

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Parte Introdutória • Parte Geral • Parte Especial

- Com a nova Lei dos Portos, nova Lei Anticorrupção e a Regulamentação do Pré-sal
- Índices Alfabético-Remissivo e Onomástico

16º edição
revista e atualizada



DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.us](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#)

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



CURSO
DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

Edições da obra

- 1^a edição – 1970
- 2^a edição – 1974
- 3^a edição – 1974
- 4^a edição – 1974
- 5^a edição – 1976
- 6^a edição – 1983
- 7^a edição – 1989
- 8^a edição – 1989
- 9^a edição – 1990
- 10^a edição – 1992
- 11^a edição – 1996
- 11^a edição – 1997 – complemento
- 11^a edição – 1998 – 2^a tiragem
- 11^a edição – 1999 – 3^a tiragem
- 12^a edição – 2001
- 12^a edição – 2002 – 2^a tiragem
- 13^a edição – 2003
- 14^a edição – 2005
- 14^a edição – 2006 – 2^a tiragem
- 15^a edição – 2009
- 15^a edição – 2010 – 2^a tiragem
- 16^a edição – 2014



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Parte Introdutória • Parte Geral • Parte Especial

16^a edição
revista e atualizada



Rio de Janeiro

I A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

I Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by

EDITORIA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

I O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

I Capa: Danilo Oliveira

I Produção Digital: Contentra

I 1ª edição – 1970/1971 / 16ª edição – 2014

I CIP – Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo

Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial /
Diogo de Figueiredo Moreira Neto. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

ISBN: 978-85-309-5371-3

1. Direito administrativo. I. Título.

*Agradecimento especial ao meu revisor,
RAFAEL VÉRAS DE FREITAS.
Rara inteligência e impressionante dedicação.*

A Cleinha, querida esposa, sabendo que esta dedicatória é muito pouco, mas certo de que você sentirá em todo o livro a inspiração de sua presença e a minha imensa gratidão por seu incentivo, leituras, sugestões e, muito, por sua paciência durante as longas horas de trabalho.

A Luís Diogo, Guilherme e Rodrigo, queridos filhos, e Felipe, Carolina, Karina, Maria Luiza, Maria Cristina e Miguel, queridos netos, para que meu carinho ternamente os acompanhe.

A Lúcia Elisa, in memoriam, única filha, que me deixou o vazio que procuro completar com lembranças e saudades.

Há quatro décadas, em 1969, este *Curso* foi concebido e redigido em sua versão original sob a motivação de seis anos de experiência docente na Faculdade de Direito da, hoje, Universidade Cândido Mendes, e sob a inspiração de quase dois anos de estudos e de meditação em Universidades europeias, vindo à luz no ano seguinte, em 1970, inicialmente dividido em dois tomos: o Primeiro, com a *Parte Introdutória* e a *Parte Geral*, e o Segundo, com a *Parte Especial*. Em 1974, toda a obra foi fundida em único volume, passando a apresentar, em seus vinte Capítulos, os fundamentos da Disciplina, mantendo a sistemática originária, que se mostrara suficientemente flexível, no correr desses anos, para expandir-se e acomodar satisfatoriamente os novos temas nas sucessivas edições, até esta, apresentada a seus antigos e novos leitores.

As preocupações iniciais, que me valia recolhendo à experiência docente à época, na qual se mostrava o reprovável apego do alunado ao uso das denominadas “apostilas de aula”, às quais dava preferência como fonte principal, senão que única, para os estudos de bacharelado, ou, como também se observava naqueles anos, a inevitável carência de espaço acadêmico para debate e crítica, em parte pelas escassas alternativas de livros-textos para guiar os primeiros contatos com a disciplina, sucederam-me essas e outras inquietações didáticas.

Assim, na medida em que novas preocupações foram se agregando, em tempos que o Direito Administrativo entrava em fase de grandes e céleres transformações, durante as últimas décadas do século passado, tanto em suas vertentes doutrinárias como na positiva e na jurisprudencial, o que ainda mais se veio a se acelerar, culminando com os impulsos renovadores da exitosa experiência brasileira de *reconstitucionalização*, em 1988, seguiu-se a sua absorção pelo Direito Pátrio, notadamente graças ao precioso contributo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e ao fluxo de tendências renovadoras, ainda em curso, marcaram o advento do racionalismo e do positivismo novecentistas e o início da paulatina demolição de velhos mitos, acumulados durante a modernidade, tais como o totalitarismo, a estatização da vida social e a intoxicação das ideologias de plantão, as quais, por quase um século de absurdo culto a mazelas de plantão, minimizaram e entorpeceram a Ciência do Direito.

Dessa forma é que esta obra se inseriu, desde logo, entre as primeiras respostas do Direito Público brasileiro ao grande repto lançado à comunidade acadêmica com o advento da nova Constituição, o que ocorreu na sua 7^a edição, refundida e atualizada, editada logo em seguida à promulgação da Carta, que bem refletia a renovação de próprio conceito de

Direito Administrativo, que então emergia na linha traçada pela ordem recém-inaugurada, substituindo o primado do *Estado-administrador*, pelo da *pessoa* do administrado.

Contudo, essa permanente preocupação, com a magnífica atualização conceitual que havia partido da visão do *administrado-súdito* para elevar-se à do *administrado-cidadão*, foi motivada e absorvida graças às constantes e profundas influências hauridas no contato com grandes Mestres de elevada compreensão humanística, que pontificaram durante o século XX, como, no Brasil, de FRANCISCO CAMPOS, na Filosofia do Direito, ainda nos bancos do Doutorado da então Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil; de MARCELO CAETANO, em Portugal, em curso de especialização na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; de THEODOR MAUNZ, na Alemanha, em estágio no Instituto de Direito Público e Ciência Política da Universidade de Munique, e, a partir de 1971, de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, jurista maior da latinidade, cuja amizade desde então acalento ternamente, tornando-me participante assíduo de seus celebrados Seminários de Catedráticos de Direito Administrativo das quartas-feiras na Universidade Complutense de Madri e, não menos, do frutífero intercâmbio que me proporcionou com a sua formidável *Escola de Catedráticos*, única na Espanha e provavelmente em toda a Europa, a cujas reuniões anuais venho comparecendo, por vezes em companhia de meu discípulo e afilhado FÚBIO MEDINA OSÓRIO, doutorado da Casa, para desfrutar da companhia de tantos amigos que fizemos e, sempre, aprender um pouco mais.

Desse modo, mantendo-se tradicional quanto ao *método*, mas buscando sempre a vanguarda quanto ao *conteúdo*, pois que é preciso estar atento às sucessivas mutações, inevitáveis e necessárias em qualquer Ciência, este *Curso* alcança a sua décima sexta edição mantendo, esquematicamente: em sua *Parte Introdutória*, a propedêutica atualizada pela incorporação dos enfoques científicos da pós-modernidade, visando a oferecer uma orientação interdisciplinar, notadamente juspolítica, ao leitor; em sua *Parte Geral*, sistematizada em torno do conceito central da *ação administrativa*, consolidando as bases da Disciplina, e, ao cabo, em sua *Parte Especial*, a mais extensa, distribuída em dez Capítulos, tratando os seus campos de atividade específicos, em resposta à seguinte ordem metódica de questões – *quem age, como age e como se controla a juridicidade da ação administrativa do Estado*, sempre com foco na experiência brasileira.

Como qualquer obra didática que pretenda manter-se em dia, foi-me imprescindível valer-me de toda a colaboração que me prestaram, em forma de sugestões, de críticas e de pesquisas ao longo dessas décadas no Brasil, tanto quanto foi importante a maturação proporcionada por uma, a esta altura, já longa experiência acadêmica, vivida no Brasil e no exterior, de modo que, como o tenho feito nas edições anteriores, cumpro de público o dever de gratidão de, entre tantos que me ajudaram, estimularam e honraram com suas valiosas contribuições, declinar a nômina de colaboradores mais diretos, como a querida amiga LÚCIA LEFBVRE FISHER, Chefe da Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de

Janeiro; a dedicada KARIN THIELE QUEIROZ, Chefe do Setor de Atualização Legislativa da Editora Forense, que desde muitos anos têm sido essenciais para a atualização desta obra, às quais se agregaram os queridos amigos VANICE LÍRIO DO VALLE, LEONARDO COELHO RIBEIRO e, de modo muito especial, RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, meu devotado e cuidadoso revisor final desta edição, todos que dedicaram preciosas horas de seu tempo em leituras críticas, provendo preciosas sugestões para o aprimoramento da obra.

Seja-me, assim, permitido destacar – *na geração com a qual aprendi a melhor ensinar para continuar ensinando* – dois de meus queridos ex-assistentes, por muitos e inesquecíveis anos, que perseveraram ativamente no cultivo de nossa Ciência: CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA, como Assistente na Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, hoje eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e meu pranteado afilhado de letras, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, como dedicado Assistente na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, que deixou sua marca luminosa em todas as instituições em que serviu ao Direito e à Justiça, notadamente em sua última obra – o *Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ*, criada juntamente com o festejado jurista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, meu querido ex-aluno do bacharelado e sempre amigo JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, que desde a primeira hora contou com meu modesto mas entusiasmado apoio.

Mas a todos esses juristas refinados que, com incansável devotamento, muito deram de si para a minha felicidade pessoal e para o aperfeiçoamento deste livro, agregaram-se, em anos mais recentes, trazendo-me preciosos estímulos e incentivos, por todas as formas, mesmo imerecidas, como só as sabem dar os mais queridos amigos, os Procuradores de Estado e juristas FLÁVIO AMARAL GARCIA e HENRIQUE BASTOS ROCHA, meus colegas de banca de advocacia consultiva, que mantivemos com o nome que pereniza a presença afetiva de nosso sócio e fundador, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, e, *last but not the least*, esta extraordinária magistrada, jurista e mestra, a Desembargadora LEILA MARIA CARRILLO CAVALCANTE RIBEIRO MARIANO, que faz hoje História, ao honrar as tradições do Estado do Rio de Janeiro e de seu Tribunal de Justiça, como a sua primeira Presidente.

Agradecimentos não estariam rematados sem a evocação, como venho mantendo e que me é tão especialmente estimada – *na geração com a qual aprendi a me preparar para continuar aprendendo* – das venerandas figuras dos Mestres que me formaram no amor ao Conhecimento e na devoção ao Direito e à Justiça, aos quais, reverenciando-os do fundo do coração, os represento a todos nas pessoas de meus ilustres prefaciadores, que, em suas apresentações desta obra, se permitiram (como tantas vezes venho afirmado) expandir a generosidade de seus espíritos, acolá do que a sua formação de cientistas por certo os aconselharia, deles estacando, com a devida vénia, por justiça, o nome venerando do grande homem e jurista exemplar, renovador do Direito Administrativo brasileiro em seu

tempo – MIGUEL SEABRA FAGUNDES – a quem rendo meu preito de imperecível débito e saudade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

É com a maior alegria que abrimos esta primeira obra de caráter sistemático do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. E, de saída, esta satisfação cresce à sombra do casarão da Praça XV: o autor terçou, aqui, e aqui só, o seu aprendizado didático praticamente exclusivo. São a experiência e o diálogo – temperados pelo reenvio incessante da crítica, entre o mestre e o alunado – que finalmente chegam à sua forma exata, nas páginas que seguem.

Tem razão o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto de combater a apostila, e fazê-lo, mais do que com brilho retórico, mercê da verdadeira forma de transcendêla. Ou seja, a de, em realidade, levar a organização dos Cursos ao cuidado, à clareza sistemática, ao travamento interior em que se reconhece já um marco objetivo da sua própria obra de cientista social. Mas a fugir da limitação dos textos demasiadamente agarrados ao cotidiano das preleções, guardou o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto a sua comunicabilidade: o escopo nítido da mensagem desimpedida do meandro verbal, ou da interrogação, muitas vezes a esmo, da obra não radicalmente comprometida com a transmissão.

É, pois, uma simplicidade contida, e guardada como eco daquele diálogo a que flui nestas páginas, mantendo o mesmo viço das aulas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. E o justo empolgamento que desata nos seus alunos é já o de uma voz vigorosa que, no quadro do Direito Administrativo brasileiro, arranca para a contribuição original, toda delineada no presente trabalho. Mais do que à esteira da tradição dos epígonos do Direito Administrativo brasileiro, o autor inflete, em cheio, para os rumos – e as fontes em que bebeu diretamente – da escola de Theodor Maunz, na Alemanha, e dos Queiró e Gonçalves Pereira, que hoje deixam sua marca tão funda no novo Direito Administrativo português. É de se ver como, inclusive, na fidelidade extrema – e ao mesmo tempo atual – à sistemática do tratado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto arma a sua obra em torno da noção de relação jurídico-administrativa, e a declina, em compasso certo e abrangente, em todas as gamas em que aquela categoria fundamental vai permitir uma crescente institucionalização. Não descura nunca dos eixos fundamentais e não é sem razão que a sucessão de suas páginas evidencia a épura tranquila de quem pode fazer do compêndio, já, o reflexo de uma organização intelectual altamente integrada.

Entendemos como esplêndido o marco estratégico que escolheu para conseguir apresentar o repertório categorial necessário à apreensão, no Direito Administrativo, das competências fundamentais da ação do Estado no desenvolvimento. A sua despretensão –

que é, sobretudo, uma sutil lição de rigor e de um rico aparelho cultural – é que, na verdade, lograria Diogo de Figueiredo Moreira Neto resultar na sua lição clara e percutente. É ela que agora se amplia, nos quadros da Faculdade de Direito Cândido Mendes, para toda uma nova geração de universitários brasileiros despertados para a eminência e a importância da forma quiçá mais sensível do Direito Público, na edificação das instituições de uma sociedade em mudança.

Cândido Antônio Mendes de Almeida

O pleno domínio da matéria pelo autor, aliado ao impressionante poder de síntese e à clareza da exposição, faz deste volume do Curso de Direito Administrativo, do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um repositório excelente pelas qualidades didáticas e, ainda, pela contribuição que projeta, além do âmbito limitado de um curso, para a apreensão e solução de problemas pelo administrador, pelo advogado, pelo juiz.

O plano da obra permite-lhe abranger, em visão sistemática, a relação indivíduo-administração, nos tantos aspectos sugeridos pela gama, sempre crescente, da presença do Estado no quotidiano das atividades do homem. Da relação de trabalho às de propriedade, com os condicionamentos peculiares ao múltiplo exercício do poder de polícia, às de serviço público, às que apanham o homem no que o autor denomina de ordenamento social.

A tríplice seriação sob que o emitente Professor estuda a Administração – direta centralizada, direta descentralizada e indireta – enseja-lhe recolher a contribuição pioneira do direito escrito – a Lei nº 200, de 25.02.1967 – e igualmente lhe permite opor reservas a simplórias simplificações com que se pretendem sujeitar os rebeldes fenômenos da dinâmica administrativa à geometria de regras escritas. É o caso do conceito de autarquia, para o qual prefere os rumos da Lei nº 4.717, de 29.06.1965.

A preocupação de síntese com que se trata cada um dos assuntos no desdobramento da obra não exclui que nela se abranjam tantos aspectos, ainda os mais recentemente projetados do campo do Direito Administrativo. Exemplificaria com a inclusão, entre os elementos de exercício da administração indireta, das pessoas de interesse coletivo, destinatárias de delegações atípicas.

Mas, conquanto muitos outros aspectos merecessem ser assinalados no conjunto do trabalho, a brevidade desta nota introdutória não nos abre ensejo para especificá-los. O certo, no entanto, é que completando, com este volume da parte especial, o Curso iniciado pela exposição da parte genérica, o autor, do mesmo passo que habilita os seus alunos com uma visão conjunta da matéria que dele é o objeto, põe ao alcance de advogados e juízes uma condensação bem formulada do Direito Administrativo brasileiro.

M. Seabra Fagundes

De formação um tanto recente, com raízes que se aprofundam ao longo do século XIX, o Direito Administrativo foi em larga parte fruto do Estado liberal e da correspondente concepção de Estado de direito. A extraordinária e progressiva importância com que avulta essa disciplina no âmbito da Ciência Jurídica não se explica senão em função da crise que se abateu sobre o Estado, tão poderosa e transformadora que, agigantando o poder da autoridade e contraindo a liberdade do indivíduo, produziu novos conceitos, geradores de uma normatividade cujo âmago entrou a residir no social.

Desde o advento do Estado social, tende a administração a inserir-se nas esferas econômicas da sociedade, de preferência às esferas jurídicas como acontecera na época do liberalismo. A perda do espaço de autonomia existencial do indivíduo, acompanhada da consequente massificação da sociedade, pôs assim o homem, em algumas formas sociais, na dependência absoluta do Estado tecnocrático e intervencionista, cujos laços opressivos somente a ordem jurídica poderá desatar. Quanto mais se precisa do Estado de direito, como tábua de salvação das liberdades humanas, mais parece que ele se distancia no horizonte ideológico do século XX.

Ontem, na transposta idade liberal, tudo era cômodo e sem complicações: a sociedade e o Estado constituíam duas ordens apartadas e distintas, de fronteiras facilmente reconhecíveis, onde todo o lado trágico resultava tão somente de uma igualdade consagrada na região jurídica, mas recusada no plano social.

A politização da sociedade, que ainda agora prossegue, desfez, porém, a ilusão de conservar essa fronteira: Estado e sociedade hoje se encaixam numa reciprocidade inextricável. O Estado social, que exprime a sociedade politizada e devassada pelo intervencionismo estatal, aloja um surpreendente paradoxo: é o Estado onde se governa cada vez menos e se administra cada vez mais. Em outras palavras, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional exprimem, contemporaneamente, um quadro de tensões múltiplas entre o Estado social e o Estado de direito.

Um bom administrativista percebe as pressões sociais que se acumulam sobre o poder público numa idade de massas multiplicadoras de exigências e necessariamente revisora de conceitos peculiares a um Direito Administrativo que se move em meio a incertezas e perplexidades doutrinárias.

Com efeito, dos ramos do Direito Público é o Direito Administrativo dos que mais de perto sentem o abalo de uma convivência próxima da ordem social e por isso mesmo aquele que, na variação e no alargamento de seus conceitos, mais reflete a vizinhança ou

intimidade com o Estado social: um direito exposto, por conseguinte, a problemas materiais de segurança existencial cujo imediatismo o cidadão percebe a cada passo numa conexidade direta e indeclinável que nas sociedades menos desenvolvidas o atormentam a níveis de impaciência e desespero.

São problemas concretos e assoberbantes, tais como os da execução de uma política do meio ambiente, da energia, dos transportes, das áreas metropolitanas, da melhoria dos serviços públicos, enfim, problemas não raro de um ineditismo postulador da improvisação de regras e soluções jurídicas, cuja delicadeza se patenteia na eventual ocorrência de lesão aos direitos da pessoa humana, acarretada por uma inadvertida e sufocante dilatação dos poderes do Estado.

Estado administrador por excelência ou repartidor e distribuidor, produziu ele um novo Direito Administrativo colocado precipuamente na grande faixa de intervenção econômica da sociedade; um Direito Administrativo dotado, à primeira vista, de neutralidade política aparente, mas que, em verdade, traduz o angustiante desequilíbrio entre o Estado social e o Estado de direito. Preso a esferas teóricas, o Estado de direito se identifica com o Direito Constitucional, de tradição clássica; já o Direito Administrativo, ao contrário, traduz a transparente realidade do Estado social, pelo contato direto e imediato que estabelece entre o indivíduo e as prestações concretas do ordenamento estatal, indispensáveis à satisfação de necessidades existenciais mínimas e inarredáveis.

A sociedade democrática não é indiferente, porém, à contradição que divorciou o Estado social do Estado de direito nem poderá concorrer para agradá-la, até que tome consequências ruinosas ou irremediáveis, mutiladoras daquela herança liberal de direitos a que se prende um patrimônio de liberdade, cuja perda engolfaria a vida na tristeza da solidão totalitária.

Ocorrem essas breves e sumárias reflexões ao termos a honra de prefaciar um livro didático do quilate deste que sai da lavra do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um publicista dotado de excepcionais predicados de cultura, com a visão larga e aberta aos problemas mais relevantes de nossa época.

De formação germânica, seria de temer, à base de um encanecido preconceito, que as páginas do esplêndido manual entregue às mãos acadêmicas trouxessem a erudição pedante e indigesta de alguns cultores das letras jurídicas alemãs. Tal acontece sempre que a superficialidade e carência de conceitos costumam inchar textos com citações impertinentes, apregoadoras de uma pseudocultura, a que falta alicerce científico.

Apesar de que as nascentes de sua formação assentam na familiaridade dos melhores juristas da Alemanha, de um Lorenz von Stein ou de um Otto von Gierke, fez-se todavia o Professor Moreira Neto exemplar de clareza expositiva, ao transmitir, com amenidade peculiar aos pensadores latinos, os conceitos fundamentais do Direito Administrativo.

Aliando ao sólido da doutrina o brilho de certas qualidades elucidativas da invulgar aceitação que seu compêndio obteve no meio universitário deste País, o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto não relutou em tratar assuntos difíceis com singeleza, como fazem os Mestres, pois “matérias graves só com razões claras se inculcam, e as que melhor se declaram sempre são as mais elegantes; poucos as sabem dizer com clareza, porque a elegância nunca foi de muitos”. Era a lição do autor da Summa Política, o Bispo Conde de Coimbra, confirmada agora nas páginas excelentemente didáticas do livro do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um jurista da elegância e da clareza.

Paulo Bonavides

77 Obras publicadas**Como AUTOR (21 obras)**

1. ***Curso de Direito Administrativo.*** Rio de Janeiro: Forense, 1^a edição em 1970, ora em 1^a edição.
2. ***Tribunais Administrativos para o Controle do Poder Público na República Federativa do Brasil*** (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
3. ***Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico.*** Rio de Janeiro: Forense, 1975 2^a edição em 1977.
4. ***Contencioso Administrativo.*** Rio de Janeiro: Forense, 1977.
5. ***O Homem e a Política – Atitudes do ponto de vista do poder.*** Rio de Janeiro: Forense, 1987.
6. ***Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988.*** Rio de Janeiro: APEC 1989.
7. ***Legitimidade e Discricionariedade*** (1º Prêmio da Ordem dos Advogados do Brasil). Rio de Janeiro: Forense, 1989, 2^a edição em 1991, 3^a edição em 1998 e 4^a edição em 2001.
8. ***O Regime Jurídico Único dos Servidores Civis.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990; 2^a edição em 1991.
9. ***Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.*** Rio de Janeiro: Forense, 1991.
10. ***Direito da Participação Política.*** Rio de Janeiro: Renovar, 1992 (esgotado).
11. ***Teoria do Poder.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (esgotado).
12. ***Sociedade, Estado e Administração Pública – Prospectivas Visando ao Realinhamento Constitucional Brasileiro.*** Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, obra prefaciada por Roberto Campos (esgotado).
13. ***Reforma Administrativa.*** Notas sobre a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, obra prefaciada por Caio Tácito.
14. ***O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado.*** São Paulo: Celso Bastos, 1999.
15. ***Mutações do Direito Administrativo.*** Rio de Janeiro, Renovar, 2000, 3^a edição, 2007.
16. ***Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal.*** Rio de Janeiro: Renovar, julho 2001.
17. ***Direito Regulatório.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

18. *O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
19. *Mutações do Direito Público (Direito Político, Constitucional e Administrativo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
20. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
21. *Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em Tempos de Globalização*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

Como COAUTOR EM OBRAS COLETIVAS (52 obras)

1. *O Município e o Direito Urbano*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, 1974.
2. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1^a edição, 1986; 2^a edição, 1987.
3. *Constituição Brasileira – 1988 (Interpretações)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
4. *Constituição de 1988 – O Avanço do Retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.
5. *A Reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
6. *Direito Administrativo na Década de 90. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor José Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
7. *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.
8. *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Editora Pioneira e Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.
9. *O Estado do Futuro*. Coordenado por Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.
10. *Dez Anos de Constituição. Uma Análise*. Coordenação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, São Paulo: Editor Celso Bastos, 1998.
11. *Ética no Direito e na Economia*. São Paulo, Pioneira e *Desafios do Século XXI*. Pioneira e Academia Internacional de Direito e Economia, 1999.
12. *Teto Remuneratório do Servidor Público. Emenda Constitucional nº 19*. Revista Temática da ASAERS, Porto Alegre, ano 1, nº 1, 1999.
13. *Curso de Direito do Trabalho. (Parte V)*. Coordenação de Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
14. *Miguel Reale. Estudos em Homenagem a seus 90 Anos*. Coordenador Urbano Zilles. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
15. *Reforma Trabalhista*. Coordenador Ney Prado. São Paulo: LTR, 2001.

16. ***Deficientes Físicos.*** Coletânea coordenada por Maria Paula Teperino. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
17. ***Direito Empresarial Público.*** Coordenação de Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
18. ***O Novo Tribunal de Contas – Órgão protetor dos direitos fundamentais.*** Obra coletiva com Alfredo José de Souza, Flávio Regis Xavier de Moura e Castro, Sérgio Ferraz e Valmir Campelo. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
19. ***O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada.*** Coordenação de Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Ney Prado. São Paulo: Edição da Academia Internacional de Direito e Economia, 2003.
20. ***Obra em Homenagem a Paulo Neves Carvalho,*** Coordenação do Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
21. ***Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva.*** Coordenação de Humberto Bergmann Ávila. Porto Alegre: Editora Malheiros 2004.
22. ***Direito Público. Estudos em homenagem a Adílson Abreu Dallari.*** Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior. Belo Horizonte, Del Rey, 2004
23. ***Reforma da Previdência.*** Organizada por Paulo Modesto. Belo Horizonte, Fórum e IDPB, 2004.
24. ***Direito Administrativo. Direito em Foco.*** Coordenação de Valter Shuenquener de Araújo. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
25. ***Direito e Poder. Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha.*** Coordenação de Helenc Taveira Tôrres. Barueri, São Paulo: Ed. Manole, 2005.
26. ***Princípios Constitucionais Fundamentais – Obra em Homenagem ao Professor Ives Gandra das Silva Martins.*** Coordenação de Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Cintra do Amaral. São Paulo: Lex, 2005.
27. ***El Derecho Administrativo Iberoamericano.*** Coordenação de Santiago González-Varas Ibáñez. Vol 9. Granada (Espanha): INAP, 2005.
28. ***Civilisations and Public Law. Civilisations et Droit Public.*** Volume LXXIX da European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen. Londres: Esperia Publications Ltd., 2005.
29. ***Direito Constitucional Brasileiro.*** Coordenadoras: Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
30. ***Direitos Fundamentais. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.*** Coordenadores: Daniel Sarmento e Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
31. ***Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo.*** Coordenador: Farlei Martins Riccio de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
32. ***La Contratación Pública.*** Coordenação de Juan Carlos Cassagne (Universidade de

Buenos Aires) e Enrique Rivero Ysern (Universidade de Salamanca). Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

33. ***Políticas Públicas – Possibilidades e Limites***. Coordenadores Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
34. ***Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda***. Coordenadoras: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer Pelug. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
35. ***Direito Administrativo e seus novos paradigmas***. Coordenado por Alexandre Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
36. ***Coletânea de Estudos Jurídicos – Bicentenário da Justiça Militar no Brasil***. Coordenação de Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Brasília, DF: Edição do Superior Tribunal Militar, 2009.
37. ***Estudos em Homenagem a Francisco Mauro Dias***. Coordenado por Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Liber Juris, 2009
38. ***Estudo em Homenagem a Marcos Juruena Villela Souto***. Coordenado por Celso Rodrigues. Rio de Janeiro, Liber Juris, 2009.
39. ***Neoconstitucionalismo***. Coordenado por Farlei Martins Riccio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
40. ***Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções Públcas Essenciais à Justiça***. Organização de André da Silva Ordacgy e Guilherme José Purvin de Figueiredo. Coordenação Geral do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
41. ***Tratado de Direito Constitucional***, Organizado por Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
42. ***Estudos em Homenagem à Professora Jacqueline Morand-Deviller***. Coordenação de Odete Medauar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
43. ***Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, por ocasião de sua jubilação***. Coordenação de Marcelo Rebelo de Souza, Fausto de Quadros e Paulo Otero. Lisboa: Instituto de Ciência Jurídico-Políticas, 2012.
44. ***Dicionário de Filosofia Política***. Coordenador: Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
45. ***O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico. Estudos em homenagem a Jacqueline Morand-Deviller***. Coordenadoras: Claudia Lima Marques, Odete Medauar e Solange Teles da Silva. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
46. ***Dicionário de Princípios Jurídicos***. Coordenação de Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico. 2010.
47. ***Galo Cantou***. Coordenador: Paulo Rabello de Castro. Rio de Janeiro: Instituto Atlântico

e Editora Record, 2011.

48. **Derecho Administrativo en Iberoamérica. Panorama General del Derecho Administrativo en Brasil.** Madri: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2005; 2^a edição em 2012.
49. **Direito Administrativo e Democracia Econômica.** Coordenadoras: Daniela Bandeira de Freitas e Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Editora Fórum e IDAERJ, 2012.
50. **Procedimiento Administrativo.** Tomo II – *Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo – El Procedimiento en el Derecho Comparado*. Directores: Hector Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Armando N. Canosa. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2013.
51. **Parcerias Público-Privadas de Medicamentos (PDPS).** Coordenador Sérgio de Regina. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
52. **Direito Público em Evolução.** Coordenadores: Fernando Dias Menezes de Almeida, Floriano de Azevedo Marques Neto, Luiz Felipe Hadlich Miguel e Vitor Rhein Schirato. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

Como COORDENADOR (2 obras)

1. **Direito Político.** Coletânea de ensaios da Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: APERJ e Lumen Juris, 2000, vol. VI.
2. **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo – Una Evaluación de las Tendencias Contemporáneas del Derecho Administrativo – Em Homenagem a Eduardo García de Enterría.** Edição bilíngue, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Como HOMENAGEADO (2 obras)

1. **Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto.** Coordenado por Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
2. **Advocacia do Estado – Questões constitucionais para a construção de um Estado de Justiça.** Coordenado por Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

Índice dos quadros esquemáticos

I – PARTE INTRODUTÓRIA

Capítulo I O estado e a ordem jurídica

1. O Estado e seus elementos constitutivos
2. Organização política e jurídica
3. Interesses, direitos e Direito
4. Ordem jurídica
5. Os conflitos de interesses e o Direito Público
6. O Estado e o Direito

Capítulo II ORGANIZAÇÃO E FUNÇÕES DO ESTADO

7. Poderes do Estado
8. Órgãos e funções
9. Análise das funções do Estado
 - 9.1. Função normativa
 - 9.2. Função jurisdicional
 - 9.3. Função administrativa
 - 9.4. Função política
10. Distribuição de funções entre os órgãos do Estado no Direito Constitucional brasileiro
 - 10.1. Função normativa
 - 10.2. Função jurisdicional
 - 10.3. Função administrativa
 - 10.4. Funções de fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa
11. Delegação de funções
 - 11.1. Delegação de funções de Poder a Poder
 - 11.2. Delegação de funções de órgão a órgão, dentro do mesmo Poder
 - 11.3. Delegação de funções de uma unidade federada a outra
 - 11.4. Delegação de funções a particulares

11.5. Deslegalização

Capítulo III SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

12. Soberania e autonomia

13. Federação

14. Integração administrativa: o federalismo brasileiro

II – PARTE GERAL

Capítulo IV O DIREITO ADMINISTRATIVO

15. Conceito de direito administrativo

 15.1. Grupo de conceitos limitativos

 15.2. Grupo de conceitos ampliativos

 15.3. O conceito

16. Taxinomia do direito administrativo

 16.1. Relações com as demais disciplinas jurídicas

 16.2. Relações com disciplinas não jurídicas

17. Evolução histórica e indicações bibliográficas do direito administrativo

 17.1. França

 17.2. Alemanha

 17.3. Itália

 17.4. Espanha

 17.5. Portugal

 17.6. Inglaterra

 17.7. Estados unidos

 17.8. Áustria

 17.9. Suíça

 17.10. Grécia

 17.11. Bélgica

 17.12. Argentina

 17.13. Cuba

 17.14. México

 17.15. Peru

 17.16. Chile

17.17. Colômbia

17.18. Bolívia

17.19. Uruguai

17.20. Venezuela

17.21. Japão

17.22. Equador

17.23. Brasil

18. Fontes do Direito Administrativo

18.1. Fontes organizadas

18.1.1. A norma jurídica

18.1.2. A Constituição

18.1.3. A norma legal

18.1.4. A doutrina

18.1.5. A jurisprudência

18.2. Fontes inorganizadas

18.2.1. O costume

18.2.2. A praxe administrativa

18.3. O constitucionalismo contemporâneo e o Direito Administrativo

Capítulo V

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E INTERPRETATIVOS

19. Principlologia jurídica

19.1. Conceito de princípios

19.2. Eficácia dos princípios

19.3. Hierarquização e classificação dos princípios

19.4. Aplicação dos princípios jurídicos

20. Principlologia do direito administrativo

20.1. Princípios fundamentais

20.1.1. Princípio da segurança jurídica

20.1.2. Princípio republicano

20.1.3. Princípio democrático

20.1.4. Princípio da cidadania

20.1.5. Princípio da dignidade da pessoa humana

20.1.6. Princípio da participação

20.2. Princípios gerais do Direito

20.2.1. Princípio da juridicidade

20.2.2. Princípio da legalidade

20.2.3. Princípio da legitimidade

- 20.2.4. Princípio da igualdade
- 20.2.5. Princípio da publicidade
- 20.2.6. Princípio da realidade
- 20.2.7. Princípio da responsabilidade
- 20.2.8. Princípio da responsividade
- 20.2.9. Princípio da sindicabilidade
- 20.2.10. Princípio da sancionabilidade
- 20.2.11. Princípio da ponderação
- 20.3. Princípios gerais do Direito Público
 - 20.3.1. Princípio da subsidiariedade
 - 20.3.2. Princípio da presunção de validade
 - 20.3.3. Princípio da indisponibilidade do interesse público
 - 20.3.4. Princípio do devido processo da lei
 - 20.3.5. Princípio da motivação
 - 20.3.6. Princípio do contraditório
 - 20.3.7. Princípio da descentralização
- 20.4. Princípios gerais do Direito Administrativo
 - 20.4.1. Princípio da finalidade
 - 20.4.2. Princípio da impessoalidade
 - 20.4.3. Princípio da moralidade administrativa
 - 20.4.4. Princípio da discricionariedade
 - 20.4.5. Princípio da consensualidade
 - 20.4.6. Princípio da razoabilidade
 - 20.4.7. Princípio da proporcionalidade
 - 20.4.8. Princípio da executoriedade
 - 20.4.9. Princípio da continuidade
 - 20.4.10. Princípio da especialidade
 - 20.4.11. Princípio hierárquico
 - 20.4.12. Princípio monocrático
 - 20.4.13. Princípio do colegiado
 - 20.4.14. Princípio disciplinar
 - 20.4.15. Princípio da eficiência
 - 20.4.16. Princípio da economicidade
 - 20.4.17. Princípio da autotutela
 - 20.4.18. Princípio da boa administração
 - 20.4.19. Princípio da coerência administrativa
- 20.5. Princípios setoriais do Direito Administrativo
- 21. Interpretação no Direito Administrativo

- 21.1. Técnica de interpretação
- 21.2. Técnica de integração

Capítulo VI ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- 22. Conceito de Administração Pública
- 23. Administração Pública e Política
- 24. Administração Pública e Direito
 - 24.1. Vinculação à lei
 - 24.2. Vinculação ao Direito
- 25. Classificação das atividades administrativas Públicas segundo a natureza dos interesses
 - 25.1. Administração Pública extroversa e introversa
 - 25.2. Administração Pública extroversa
 - 25.2.1. A polícia
 - 25.2.2. Os serviços públicos
 - 25.2.3. O ordenamento econômico
 - 25.2.4. O ordenamento social
 - 25.2.5. O fomento público
 - 25.3. Administração Pública introversa
- 26. Gestão e descentralização da administração dos interesses públicos
 - 26.1. A descentralização territorial
 - 26.2. A descentralização funcional
 - 26.3. A descentralização hierárquica
 - 26.4. A descentralização por delegação
 - 26.5. A descentralização setorial
 - 26.6. A descentralização social
- 27. Funções administrativas do Estado
- 28. Classificação da execução administrativa dos interesses públicos
 - 28.1. Execução direta da administração pública dos interesses públicos
 - 28.2. Execução indireta da administração pública dos interesses públicos
 - 28.3. Execução da administração privada dos interesses públicos
- 29. A administração pública e o Estado contemporâneo

Capítulo VII CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

- 30. Generalidades sobre a relação jurídica administrativa

- 30.1. Efeitos jurídicos da manifestação de vontade
- 30.2. Relações jurídicas

Seção I

O Ato Administrativo

- 31. O conceito de ato administrativo
- 32. Elementos constitutivos do ato administrativo
 - 32.1. Competência
 - 32.2. Finalidade
 - 32.3. Forma
 - 32.4. Motivo
 - 32.5. Objeto
- 33. Características do ato administrativo
 - 33.1. Imperatividade
 - 33.2. Existência
 - 33.3. Validade
 - 33.4. Eficácia
 - 33.5. Exequibilidade
 - 33.6. Executoriedade
 - 33.7. Efetividade
 - 33.8. Relatividade
- 34. Classificações do ato administrativo
 - 34.1. Critério da natureza da relação
 - 34.2. Critério da competência
 - 34.3. Critério da formação da vontade da Administração
 - 34.4. Critério da existência
 - 34.5. Critério da validade
 - 34.6. Critério da eficácia
 - 34.7. Critério da exequibilidade
 - 34.8. Critério da executoriedade
 - 34.9. Critério da originalidade do objeto
 - 34.10. Critério da articulação do objeto
 - 34.11. Critério relacional do objeto
 - 34.12. Critério da extensão dos efeitos
 - 34.13. Critério da retratabilidade
 - 34.14. Critério da duração dos efeitos
 - 34.15. Critério da forma
 - 34.16. Critério misto dos efeitos visados e da forma

- 34.16.1. Atos administrativos normativos
- 34.16.2. Atos administrativos ordinatórios
- 34.16.3. Atos administrativos negociais
- 34.16.4. Atos administrativos enunciativos
- 34.16.5. Atos administrativos punitivos

35. Processo administrativo

Seção II Contrato Administrativo

36. Conceito de contrato administrativo

- 36.1. Conceituação
- 36.2. Legislação

37. Elementos constitutivos do contrato administrativo

- 37.1. Competência
- 37.2. Finalidade
- 37.3. Forma
- 37.4. Motivo
- 37.5. Objeto
- 37.6. Capacidade
- 37.7. Consenso

38. Características do contrato administrativo

- 38.1. Imperatividade
- 38.2. Existência
- 38.3. Validade
- 38.4. Eficácia
- 38.5. Exequibilidade
- 38.6. Executoriedade
- 38.7. Bilateralidade
- 38.8. Comutatividade
- 38.9. Onerosidade
- 38.10. Instabilidade
- 38.11. Pessoalidade

39. Os contratos administrativos na legislação

- 39.1. Generalidades
- 39.2. Contratos administrativos em espécie
- 39.3. Acordos
- 39.4. Prescrições financeiras sobre contratos celebrados pela Administração

39.5. Execução de fato

39.6. Observações finais sobre os contratos Administrativos

**Seção III
Licitações**

40. Conceito de licitação

41. Princípios setoriais da licitação

42. As licitações no direito positivo

 42.1. Modalidades licitatórias

 42.2. Afastamento da licitação

 42.3. Habilitação

 42.4. Processo e julgamento

 42.5. Inabilitação, desclassificação, revogação e anulação

 42.6. O Regime Diferenciado de Contratações PÚblicas – rdc

**Seção IV
Ato Administrativo Complexo**

43. Conceito de ato administrativo complexo

44. Elementos e características do ato administrativo complexo

 44.1. Elementos do ato administrativo complexo

 44.2. Características do ato administrativo complexo

45. Atos administrativos complexos em espécie

 45.1. Convênio

 45.2. Consórcio

 45.3. Acordo de programa

 45.4. Contrato de gestão

 45.4.1. Contrato de gestão constitucional

 45.4.2. Contratos de gestão infraconstitucionais

 45.5. Contrato de gestão de organizações sociais

 45.6. Termo de parceria de organizações da sociedade civil de interesse público

 45.7. Acordo substitutivo

**Capítulo VIII
DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA**

46. Generalidades sobre a juridicidade da ação administrativa

 46.1. Ilegalidade

 46.2. Illegitimidade

46.3. Ilicitude

46.4. Síntese

Seção I
Desfazimento do Ato Administrativo

47. Espécies de desfazimento do ato administrativo

48. Nulidade do ato administrativo

48.1. Nulidade por defeito de competência

48.1.1. Usurpação de competência

48.1.2. Abuso de competência

48.1.3. Invasão de competência

48.2. Nulidade por defeito de finalidade

48.3. Nulidade por defeito de forma

48.4. Nulidade por defeito de motivo

48.5. Nulidade por defeito de objeto

49. Anulação do ato administrativo

50. Desfazimento do ato administrativo por motivos de mérito

51. Revogação do ato administrativo

Seção II
Desfazimento do Contrato Administrativo

52. Tipos de desfazimento do contrato administrativo

52.1. Desfazimento fundado na lei: anulação

52.2. Desfazimento fundado no interesse público: denúncia

52.3. Desfazimentos fundados nas cláusulas do contrato: rescisão e reversão

52.4. Desfazimentos fundados na ulterior vontade das partes: distrato e renúncia

Seção III
Desfazimento do Ato Administrativo Complexo

53. Tipos de desfazimento do ato administrativo complexo

53.1. Desfazimento fundado na lei: anulação

53.2. Desfazimento fundado no interesse público: denúncia

53.3. Desfazimento fundado nas cláusulas do ato complexo: rescisão

53.4. Desfazimento por ulterior vontade das partes: distrato

53.5. Peculiaridades dos contratos de gestão e termos de parceria

APERFEIÇOAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA COM DEFEITO DE LEGALIDADE – SANATÓRIA

54. O instituto da sanatória

55. Atos sanatórios: ratificação, reforma e conversão

 55.1. Ratificação

 55.2. Reforma

 55.3. Conversão

56. Fato sanatório: prescrição

 56.1. Prescrição e decadência

Capítulo X CONTROLE DE JURIDICIDADE

57. Princípio da juridicidade

 57.1. Conceituação

 57.2. Atuação

58. Sistemas de controle de juridicidade

 58.1. Órgãos de controle judicial

 58.1.1. Órgãos judicantes da Administração

 58.1.2. Órgãos judicantes do Judiciário

 58.1.3. Órgãos judicantes especializados do Judiciário

 58.2. Objeto do controle

59. Classificações do controle de juridicidade da atividade administrativa

 59.1. Critério da competência

 59.2. Critério da finalidade

 59.3. Critério da forma

 59.3.1. Controle da juridicidade objetiva

 59.3.2. Controle da juridicidade subjetiva

 59.4. Critério do motivo

 59.5. Critério do objeto

 59.5.1. Controle de fiscalização

 59.5.2. Controle de promoção

 59.5.3. Controle de correção

60. Controle administrativo – Autocontrole

61. Controle parlamentar

 61.1. Controle parlamentar de correção

 61.1.1. Controle parlamentar de correção pelo Congresso Nacional

- 61.1.2. Controle parlamentar de correção pela Câmara dos Deputados
- 61.1.3. Controle parlamentar de correção pelo Senado Federal
- 61.1.4. Controle de correção exercido pelo Tribunal de Contas, no desempenho de sua competência constitucional independente de controle externo financeiro-orçamentário
- 61.2. Controle parlamentar de fiscalização
 - 61.2.1. Controle de fiscalização pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas
 - 61.2.2. Controle parlamentar de fiscalização pelas Casas Legislativas separadamente ou por qualquer de suas Comissões
 - 61.2.3. Controle parlamentar de fiscalização pela Câmara dos Deputados
- 61.3. Controle constitucional autônomo de fiscalização através do Tribunal de Contas
- 62. Controle judiciário
 - 62.1. Natureza do controle judicial
 - 62.2. Competência para o controle judicial
- 63. Restrições ao controle judiciário
 - 63.1. Restrições quanto à matéria
 - 63.2. Restrições quanto à amplitude do controle
 - 63.3. Restrições quanto à oportunidade do pronunciamento
 - 63.4. Restrições quanto à extensão do pronunciamento

III – PARTE ESPECIAL

Capítulo XI ENTES ADMINISTRATIVOS

- 64. Sujeitos da relação jurídica administrativa
- 65. Personificação de direito público interno
 - 65.1. Interesse público
 - 65.2. Vontade estatal
 - 65.3. Níveis de personificação dos entes administrativos
 - 65.4. Órgãos administrativos despersonalizados anômalos

Seção I Administração Direta

- 66. Administração direta federal – A União
- 67. Administração direta dos Estados
- 68. Administração direta do Distrito Federal

69. Administração direta dos municípios

69.1. Poderes municipais pré-constituídos

69.2. A competência supletiva municipal

69.3. Organização e controle

70. Administração direta dos territórios

71. Administração direta do estado do Rio de Janeiro

Seção II Administração Indireta

72. Administração indireta por pessoas de direito público – As autarquias

73. Classificação das autarquias

73.1. Critério do campo de atuação administrativa

73.2. Critério das peculiaridades de seu regime

73.2.1. Autarquias ordinárias

73.2.2. Autarquias especiais

73.2.3. Autarquias territoriais

73.2.4. Autarquias fundacionais

73.2.5. Autarquias corporativas

73.2.6. Autarquias consorciais

73.3. Critério do modo de atuação

73.3.1. Autarquias reguladoras

73.3.2. Autarquias executivas

73.3.3. Autarquias corporativas profissionais

74. Controle autárquico

74.1. Controle político

74.2. Controle administrativo

74.3. Controle financeiro

74.4. Controles de juridicidade específicos

75. Administração indireta por pessoas de direito privado – Entidades paraestatais

76. Espécies de paraestatais integrantes da administração indireta

76.1. Empresas públicas

76.2. Sociedades de economia mista

76.3. Subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista

76.4. Fundações públicas

76.5. Notas complementares sobre as empresas estatais

76.6. Diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista

Seção III
Administração Associada

- 77. Administração associada – Conceito e espécies
- 78. Administração associada paraestatal
 - 78.1. Serviços sociais autônomos
 - 78.2. Administração associada paraestatal estadual e municipal
- 79. Administração associada extraestatal
- 80. Entes associados de parceria
 - 80.1. Entes associados em parceria por ajuste contratual
 - 80.1.1. A concessão de serviços públicos e de uso de bens públicos
 - 80.1.2. A parceria público-privada
 - 80.1.3. A permissão de serviços públicos e de uso de bens públicos
 - 80.1.4. O arrendamento de instalações portuárias
 - 80.1.5. O arrendamento operacional
 - 80.1.6. A franquia pública
 - 80.1.7. A gerência privada de entes públicos
 - 80.1.8. A compra de bilheterias
 - 80.1.9. O contrato público de risco
 - 80.2. Entes associados em parceria por ato administrativo
 - 80.2.1. Autorização de serviços públicos
 - 80.2.2. Autorização portuária
 - 80.2.3. Permissão de uso de bem público
 - 80.2.4. Credenciamento
 - 80.2.5. Reconhecimento
- 81. Entes associados de colaboração
 - 81.1. Organizações sociais
 - 81.2. Organizações da sociedade civil de interesse público
 - 81.3. Fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior
 - 81.4. Fundações de previdência privada
 - 81.5. Outras entidades de colaboração

Capítulo XII
SERVIDORES PÚBLICOS

- 82. Conceitos e regimes de servidores públicos
 - 82.1. Servidores públicos lato sensu
 - 82.2. Pessoal
 - 82.3. Militares

- 82.4. Empregados públicos da Administração Direta e Indireta
- 82.5. Agentes públicos
- 82.6. Regimes jurídicos
- 82.7. Servidores públicos de fato

Seção I
Regime Estatutário Civil

- 83. Relação jurídica administrativa da função pública
 - 83.1. Teorias bilaterais da função pública
 - 83.2. Teorias unilaterais da função pública
- 84. Institutos básicos dos estatutos de servidores públicos
 - 84.1. Institutos estatutários doutrinários
 - 84.1.1. Servidor público
 - 84.1.2. Função pública
 - 84.1.3. Cargo público
 - 84.1.4. Classe
 - 84.1.5. Carreira
 - 84.1.6. Grupo ocupacional
 - 84.1.7. Quadro
 - 84.1.8. Lotação
 - 84.2. Institutos estatutários constitucionais
 - 84.2.1. Normas organizativas
 - 84.2.2. Normas de ingresso e desempenho
 - 84.2.3. Normas relativas aos estipêndios
 - 84.2.4. Normas relativas ao afastamento
 - 84.2.5. Normas de garantia
- 85. Provimento no serviço público
 - 85.1. Nomeação
 - 85.2. Promoção
 - 85.3. Ascensão
 - 85.4. Transferência
 - 85.5. Substituição
 - 85.6. Readmissão
 - 85.7. Reintegração
 - 85.8. Aproveitamento
 - 85.9. Reversão
 - 85.10. Readaptação
 - 85.11. Transformação e reclassificação

85.12. Recondução

86. Desprovimento no serviço público

86.1. Exoneração

86.2. Demissão

86.3. Aposentadoria

86.4. Falecimento

87. Direitos dos servidores públicos

87.1. Direito à função pública

87.2. Direito ao exercício

87.3. Direitos que se fundam no exercício

87.4. Direitos ao amparo social e à dignidade do status

88. Espécies remuneratórias

89. Deveres dos servidores públicos

89.1. Deveres internos

89.1.1. Lealdade

89.1.2. Obediência

89.1.3. Assiduidade

89.1.4. Dedicação ao serviço

89.1.5. Sigilo

89.1.6. Residência

89.1.7. Urbanidade

89.1.8. Probidade

89.2. Deveres externos

89.2.1. Boa conduta

89.2.2. Sujeição aos impedimentos funcionais

89.2.3. Proibição de intermediação

90. Responsabilidade dos servidores públicos

90.1. Responsabilidade administrativa

90.2. Responsabilidade civil

90.3. Responsabilidade criminal

91. Responsabilização dos servidores públicos

91.1. Meios internos

91.1.1. Processo administrativo disciplinar

91.1.2. Processos disciplinares sumários

91.1.3. Representação administrativa sobre improbidade

91.2. Meios externos

91.2.1. Processo civil ordinário

- 91.2.2. Processo preparatório de sequestro
- 91.2.3. Processo de perdimento de bens
- 91.2.4. Processo penal comum
- 91.2.5. Processo parlamentar de crime de responsabilidade
- 91.2.6. Processo penal de crime de responsabilidade
- 91.2.7. Petição contra ilegalidade ou abuso de poder
- 91.2.8. Processo de responsabilidade penal nos casos de abuso de autoridade

Seção II
Regime Estatutário Militar

- 92. Generalidades do regime estatutário militar
 - 92.1. Estatuto das corporações militares
 - 92.2. Patentes militares
 - 92.3. Proibição absoluta de acumular
 - 92.4. Proibição de sindicalização e de greve
 - 92.5. Proibição de filiação a partidos políticos
 - 92.6. Habeas corpus
 - 92.7. Proventos e pensões
 - 92.8. Teto remuneratório, vedação de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias, inacumulabilidade de acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos ulteriores e irredutibilidade remuneratória
 - 92.9. Direitos sociais
- 93. Organização militar
 - 93.1. Fundamentos da organização militar
 - 93.2. Peculiaridades do regime estatutário militar
 - 93.2.1. Atividade e inatividade
 - 93.2.2. Ingresso e egresso

Seção III
Regime de Natureza Administrativa Contratual e Temporário

- 94. Contratados por tempo determinado

Seção IV
Regime de Natureza Trabalhista

- 95. Contratados trabalhistas

Seção I
Domínio do Estado

96. Conceitos básicos sobre o domínio do Estado e os regimes jurídicos de bens

 96.1. Domínio eminent e soberania

 96.2. Propriedade

 96.3. Fundamentos do regime geral de bens

 96.4. Domínio público patrimonial

 96.5. Res nullius

97. Manifestação do domínio eminent

98. Bens públicos e suas classificações

 98.1. Princípio da indisponibilidade dos bens públicos

 98.2. Classificações dos bens públicos

 98.2.1. Classificação quanto à titularidade

 98.2.2. Classificação quanto à utilização

 98.2.3. Classificação quanto à destinação original

 98.2.4. Classificação quanto à disponibilidade

 98.2.5. Classificação quanto à natureza física

99. Afetação, desafetação e alienação de bens públicos

 99.1. Afetação e desafetação de bens públicos

 99.2. Alienação de bens públicos

 99.3. Modalidades de alienação de bens públicos

 99.3.1. Formas contratuais

 99.3.2. Formas não contratuais

100. Utilização de bens públicos por particulares

 100.1. Utilização comum

 100.2. Utilização especial

 100.2.1. Reconhecimento

 100.2.2. Licença

 100.2.3. Autorização

 100.3. Utilização privativa

 100.3.1. Modalidades unilaterais

 100.3.2. Modalidades contratuais

 100.3.3. Modalidades complexas

Seção II
Domínio Terrestre

101. Terras públicas

102. Terras da União

- 102.1. Terras devolutas da União**
- 102.2. Ilhas da União**
- 102.3. Terrenos de marinha**
- 102.4. Praias**
- 102.5. Terrenos marginais**
- 102.6. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**

103. Outros bens do domínio terrestre da União

- 103.1. Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva**
- 103.2. Os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive os do subsolo**
- 103.3. As cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos**
- 103.4. A faixa de fronteira**
- 103.5. As terras necessárias às vias federais de comunicação**

104. Domínio terrestre dos Estados

Seção III Domínio Hídrico

105. Regime das águas

- 105.1. Partilha hídrica**
- 105.2. Competência hídrica**

106. Classificação do domínio hídrico e situação das águas

- 106.1. Classificações do domínio hídrico**
- 106.2. Situação das águas**
 - 106.2.1. Águas externas**
 - 106.2.2. Águas internas**

107. Domínio e uso das águas internas

- 107.1. Águas públicas**
- 107.2. Águas comuns**
- 107.3. Águas particulares**
- 107.4. Águas pluviais e subterrâneas**

108. Álveo abandonado e derivação

Seção IV Domínio Aéreo

109. Regime da ocupação do espaço aéreo

110. Regime da navegação aérea e aeroespacial

Capítulo XIV

O DOMÍNIO PRIVADO E O ESTADO

111. Intervenção na propriedade e intervenção econômica

112. A propriedade privada e o estado

113. Classificação dos instrumentos jurídicos da intervenção do Estado na propriedade e atividades privadas

 113.1. Quanto ao motivo

 113.2. Quanto à extensão sobre o objeto

 113.3. Quanto à abrangência

 113.4. Quanto à onerosidade

 113.5. Quanto à duração

 113.6. Quanto ao exercício

 113.7. Quanto à executriedade

 113.8. Quanto ao grau de sacrifício imposto

114. Institutos de intervenção administrativa ordinatória na propriedade e nas atividades privadas em espécie

 114.1. Ocupação temporária

 114.2. Requisição

 114.3. Limitação administrativa

 114.4. Servidão administrativa

 114.5. Tombamento

 114.6. Desapropriação

 114.6.1. Natureza jurídica

 114.6.2. Espécies

 114.6.3. Formas

 114.6.4. Declaração expropriatória

 114.6.5. Objeto da desapropriação

 114.6.6. Indenização

 114.6.7. Tredestinação

 114.6.8. Desapropriação indireta

 114.6.9. Desapropriação por zonas

 114.6.10. Desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária

115. Institutos de intervenção administrativa sancionatória sobre a propriedade e as atividades privadas em espécie

 115.1. Conceito

 115.2. Espécies de atos administrativos de intervenção sancionatória

- 115.2.1. Multa
 - 115.2.2. Interdição
 - 115.2.3. Destruição de coisas
 - 115.2.4. Confisco ou perda de bens
116. Confronto e deslinde prático entre institutos afins de intervenção na propriedade e nas atividades privadas
- 116.1. Extremando a ocupação temporária
 - 116.2. Extremando a requisição
 - 116.3. Extremando a limitação administrativa
 - 116.4. Extremando a servidão administrativa
 - 116.5. Extremando o tombamento
 - 116.6. Extremando a desapropriação
 - 116.7. Extremando os institutos da intervenção administrativa sancionatória

Capítulo XV POLÍCIA

117. Conceito

Seção I Polícia Administrativa

118. Conceito e classificação da polícia administrativa
119. Atuação da polícia administrativa
- 119.1. Ordem de polícia
 - 119.2. Consentimento de polícia
 - 119.3. Fiscalização de polícia
 - 119.4. Sanção de polícia
120. Campos de atuação da polícia administrativa
- 120.1. Segurança
 - 120.2. Salubridade
 - 120.3. Decoro
 - 120.4. Estética
121. Setores de atuação da polícia administrativa
- 121.1. Polícia de costumes
 - 121.2. Polícia da comunicação
 - 121.3. Polícia sanitária
 - 121.4. Polícia de viação
 - 121.5. Polícia do comércio e da indústria

- 121.6. Polícia das profissões
- 121.7. Polícia ambiental
- 121.8. Polícia de estrangeiros
- 121.9. Polícia edilícia

Seção II Direito Administrativo da Segurança

- 122. Conceitos de ordem pública e de segurança pública
 - 122.1. A ordem
 - 122.2. A segurança
 - 122.3. Fatores de insegurança
 - 122.4. Direito administrativo da segurança
- 123. Segurança externa, segurança interna e segurança pública
 - 123.1. Segurança externa e interna
 - 123.2. Segurança pública
 - 123.3. Prevenção e repressão
- 124. Prevenção e repressão na segurança externa
- 125. Prevenção e repressão na segurança interna
 - 125.1. Segurança interna e articulações de seus setores
 - 125.2. Polícia administrativa de segurança pública
 - 125.3. Repressão policial na segurança pública
- 126. Repressão política na segurança interna
- 127. Repressão judiciária na segurança interna
- 128. Repressão militar na segurança interna
- 129. Instrumentos jurídicos da repressão político-militar
 - 129.1. Instrumentos políticos da repressão militar
 - 129.1.1. O estado de defesa
 - 129.1.2. O estado de sítio
 - 129.1.3. A intervenção federal
 - 129.2. Instrumentos político-administrativos da repressão militar
 - 129.2.1. Mobilização
 - 129.2.2. Requisição militar
 - 129.2.3. Serviço militar
- 130. Conceito de serviços públicos

Capítulo XVI SERVIÇOS PÚBLICOS

131. Os princípios informativos específicos dos serviços públicos

- 131.1. Princípio da generalidade
- 131.2. Princípio da continuidade
- 131.3. Princípio da regularidade
- 131.4. Princípio da eficiência
- 131.5. Princípio da atualidade
- 131.6. Princípio da segurança
- 131.7. Princípio da cortesia
- 131.8. Princípio da modicidade

132. Competência para a execução de serviços públicos

133. Partilha constitucional da competência instituidora

- 133.1. Serviços públicos federais
- 133.2. Serviços públicos estaduais
- 133.3. Serviços públicos municipais

134. Formas de prestação dos serviços públicos

- 134.1. Prestação direta
- 134.2. Prestação indireta
 - 134.2.1. Prestação autárquica
 - 134.2.2. Prestação paraestatal
 - 134.2.3. Prestação contratual
 - 134.2.4. Prestação complexa
 - 134.2.5. Prestação unilateral

135. Concessão de serviços públicos

- 135.1. Histórico
- 135.2. Natureza
- 135.3. Características
- 135.4. Cláusulas contratuais
- 135.5. Princípios constitucionais setoriais atinentes à concessão de serviços públicos
 - 135.5.1. Princípio da licitação
 - 135.5.2. Princípio da contratação
 - 135.5.3. Princípio da participação dos usuários
 - 135.5.4. Princípio da tarifa política
 - 135.5.5. Princípio do serviço adequado
- 135.6. A tarifa
- 135.7. A retomada do serviço público concedido
 - 135.7.1. Reversão
 - 135.7.2. Anulação
 - 135.7.3. Encampação

- 135.7.4. Caducidade
 - 135.7.5. Rescisão
 - 135.7.6. Distrato
 - 135.7.7. Renúncia
 - 135.7.8. Desfazimento por força maior
 - 135.8. Agências reguladoras de serviços públicos
136. Permissão de serviços públicos
137. Execução de obras públicas integradas

Capítulo XVII **ORDENAMENTO ECONÔMICO**

- 138. Conceito e classificação
 - 138.1. Princípios gerais da ordem econômica
 - 138.2. Conceito de ordenamento econômico
 - 138.3. Modalidades de atuação

Seção I Regimes Especiais de Bens

- 139. Regime dos recursos minerais
 - 139.1. Sistemas de riquezas minerais
 - 139.2. Sistemas adotados no brasil
 - 139.3. Institutos básicos do Direito da Mineração
 - 139.3.1. Conceitos técnicos
 - 139.3.2. Pesquisa mineral
 - 139.3.3. Exploração e seus regimes específicos
 - 139.3.4. Minas
 - 139.3.5. Direito do proprietário do terreno
 - 139.3.6. Empresas de mineração
- 140. Regime dos potenciais de energia hidráulica
 - 140.1. Regime livre
 - 140.2. Regime de autorização
 - 140.3. Regime de concessão
 - 140.4. Regime paraestatal
- 141. Regime das florestas
 - 141.1. Competência
 - 141.2. Regime de preservação e exploração florestal
 - 141.3. Polícia florestal

141.4. Política florestal

141.5. Gestão de florestas públicas

142. Regime da caça

143. Regime da pesca

144. Regime administrativo da propriedade intelectual

145. Restrições de natureza econômica a estrangeiros

**Seção II
Ordenamento Financeiro**

146. Conceito de ordenamento financeiro

147. Regime monetário e creditício

 147.1. Instituições financeiras

 147.2. Fiscalização e sanção

148. Regime de capitais

149. Regime dos seguros privados

 149.1. Regime geral

 149.2. Regimes especiais de seguros

**Seção III
Intervenção Econômica**

150. Conceito e classificação tipológica da intervenção econômica

 150.1. Conceito de intervenção econômica

 150.2. Classificação dos instrumentos de intervenção econômica

 150.3. Intervenção regulatória

 150.3.1. Regulação dos investimentos de capital estrangeiro e de remessa de lucros

 150.3.2. Ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre

 150.3.3. Regulação restritiva da propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de som e imagens

 150.3.4. Regulação restritiva de participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão

 150.3.5. Regulação da venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis

 150.3.6. Regulação da produção e comércio de material bélico

 150.4. Intervenção concorrencial

 150.5. Intervenção monopolista

- 150.5.1. Petróleo
- 150.5.2. Minérios nucleares
- 150.6. Intervenção sancionatória
 - 150.6.1. Repressão ao abuso do poder econômico
 - 150.6.2. Responsabilidade da empresa por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular
 - 150.6.3. Parcelamento ou edificação compulsórios de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado
 - 150.6.4. Aplicação metafiscal do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana
 - 150.6.5. Desapropriação de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, em caráter sancionatório e corretivo
 - 150.6.6. Desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social
 - 150.6.7. Defesa do consumidor

Capítulo XVIII **ORDENAMENTO SOCIAL**

- 151. Conceito e classificação do ordenamento social
 - 151.1. Ordem social
 - 151.2. Conceito administrativo de função de ordenamento social

Seção I O Homem – Direito Administrativo Social

- 152. Ordenamento social da educação e do ensino
 - 152.1. Competência
 - 152.2. Princípios constitucionais do ensino
 - 152.3. Sistema infraconstitucional
- 153. Ordenamento social do trabalho
 - 153.1. Noções gerais sobre o Direito Administrativo do Trabalho
 - 153.2. Conteúdo e competência legislativa
 - 153.3. Instituições administrativas do trabalho
 - 153.4. Competência administrativa federal
- 154. Ordenamento da seguridade social
- 155. Ordenamento social da saúde
- 156. Ordenamento da previdência social
- 157. Ordenamento da assistência social

158. Ordenamento social do índio

Seção II O Ambiente – Direito Administrativo Ambiental

159. O ambiente e o Direito

160. Ecologia e Direito Ecológico

161. Atividades de ordenamento social do meio ambiente

162. Urbanismo e Direito Urbanístico

163. Disposição e uso do solo

163.1. Zoneamento

163.2. Parcelamento: loteamento e desmembramento

163.2.1. Loteamento

163.2.2. Desmembramento

164. Projetos urbanísticos e edificações

164.1. Projetos urbanísticos

164.2. Limitações edilícias

164.2.1. Limitações de proteção ao domínio público

164.2.2. Limitações de segurança

164.2.3. Limitações de higiene e salubridade

164.2.4. Limitações de estética

164.2.5. Limitações de funcionalidade urbana

164.3. Licença urbanística

164.4. Demolições

Capítulo XIX FOMENTO PÚBLICO

165. Generalidades, conceito e classificação do fomento público

165.1. Acesso ao progresso individual e coletivo

165.2. Conceito de fomento público

Seção I Planejamento Estatal

166. O planejamento para o desenvolvimento

166.1. Breve histórico do planejamento de Estado

166.2. Planejamento de Estado no Brasil

167. Desenvolvimento regional

168. Atividade econômica suplementar do Estado à iniciativa privada

168.1. Generalidades sobre a suplementaridade setorial

168.2. As empresas estatais

168.3. Desestatização e privatização

**Seção II
Fomento Social – O Homem**

169. O homem e o fomento público social

170. Fomento público social da educação, da pesquisa e da informação

171. Fomento público social do trabalho

171.1. Setor industrial

171.2. Setor comercial

171.3. Setor rural

172. Fomento público social da cultura, do lazer, dos desportos e do turismo

172.1. Fomento cultural

172.2. Fomento do turismo

173. Fomento público social ambiental

174. Fomento público social rural e reforma agrária

**Seção III
Fomento Econômico – A Empresa**

175. Fomento público econômico e a empresa

175.1. A empresa

175.2. Fomento cooperativo

175.3. Fomento às empresas de pequeno porte

176. Fomento público de atividades econômicas primárias

176.1. Fomento agropecuário

176.2. Fomento da pesca

176.3. Fomento da produção mineral

177. Fomento público científico e tecnológico

178. Fomento público financeiro e crédito

178.1. Sistemas de financiamento público

178.2. Sistemas de financiamento público de projetos integrados

**Seção IV
Fomento Institucional**

179. Setor público não estatal

179.1. Desmonopolização do Poder

179.2. Despolitização de interesses públicos

179.3. Pluralização de interesses

179.4. Entes intermédios

180. Fomento público à administração associada

180.1. Organizações sociais

180.2. Organizações da sociedade civil de interesse público

Capítulo XX
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

181. Generalidades sobre o controle da administração pública

181.1. O interesse público

181.2. Expressão política do interesse público e legitimidade

181.3. Expressão jurídica do interesse público e legalidade

182. Generalidades sobre os controles de legitimidade e de legalidade

182.1. Controle de legitimidade

182.2. Controle de legalidade

182.3. Os campos de atuação do controle

Seção I
O Controle Administrativo

183. Conceito de controle administrativo

183.1. Controle administrativo de legitimidade

183.2. Controle administrativo de legalidade

183.3. O controle como função administrativa

184. Atuação e instrumentos do controle administrativo

184.1. Modalidades de atuação do controle administrativo

184.2. Instrumentos para atuação do controle administrativo

184.2.1. Direito de petição

184.2.2. Reclamação relativa à prestação dos serviços públicos

184.2.3. Recursos em processos administrativos

185. Autocontrole contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial interno

186. O controle pelo processo administrativo

Seção II
O Controle Parlamentar

187. Conceito de controle parlamentar

188. Modalidades de controle parlamentar

 188.1. Controle parlamentar direto preventivo por plenários legislativos

 188.2. Controle parlamentar direto repressivo por plenários legislativos

 188.3. Controle parlamentar direto preventivo pelas comissões congressuais

 188.4. Controle parlamentar indireto preventivo e repressivo

189. Controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial externo

Seção III O Controle Judiciário

190. Contencioso administrativo material

 190.1. Injuridicidade objetiva e injuridicidade subjetiva

 190.2. O julgamento da matéria contenciosa administrativa

191. Escala de juridicidade

 191.1. Sistema normativo positivo brasileiro

 191.2. A constitucionalidade

 191.3. Níveis e soluções de controle infraconstitucional

 191.3.1. A ilegalidade

 191.3.2. A irregulamentariedade

192. Soluções corretivas do controle judiciário

193. O Estado em juízo

 193.1. Designação em juízo

 193.2. Foro

 193.3. Representação

 193.4. Prova

 193.5. Prazos

 193.6. Duplo grau de jurisdição

 193.7. Despesas judiciais

 193.8. Precatório

 193.9. Prescrição

 193.10. Outras peculiaridades processuais e não processuais

194. Responsabilidade patrimonial do Estado e de prestadores de serviços públicos

 194.1. Histórico e teorias sobre a responsabilidade patrimonial do Estado

 194.1.1. Primeira fase: da irresponsabilidade

 194.1.2. Segunda fase: da responsabilidade civilística

 194.1.3. Terceira fase: da responsabilidade publicística

 194.2. Regime constitucional da responsabilidade patrimonial do Estado

- 194.2.1. Danos causados por agentes públicos
- 194.2.2. Direito de regresso
- 194.3. Danos causados por abuso de autoridade
- 194.4. Danos causados por ato legislativo
- 194.5. Danos causados por ato judiciário

Seção IV Os Meios de Controle Judiciário

- 195. Generalidades sobre o controle judiciário
- 196. Meios inespecíficos de controle judiciário
 - 196.1. Meios ordinários
 - 196.1.1. Ação ordinária
 - 196.1.2. Ação penal
 - 196.2. Meios especiais
 - 196.2.1. Interditos possessórios
 - 196.2.2. Ação de nunciação de obra nova
 - 196.2.3. Ação de consignação em pagamento
- 197. Meios específicos de controle judiciário de provocação do Estado
 - 197.1. Execução fiscal
 - 197.2. Ação de desapropriação
 - 197.3. Ação de intervenção de defesa econômica
 - 197.4. Ação discriminatória de terras devolutas
 - 197.5. Ação de dissolução de sociedades ilícitas
 - 197.6. Ação de renda e indenização por trabalhos de pesquisa mineral
- 198. Meios específicos de controle judiciário de provocação do administrado
 - 198.1. Habeas corpus
 - 198.2. Mandado de segurança
 - 198.2.1. Histórico
 - 198.2.2. Objeto
 - 198.2.3. Motivo
 - 198.2.4. Parte ativa
 - 198.2.5. Parte passiva
 - 198.2.6. Medida liminar
 - 198.2.7. Defesa
 - 198.2.8. Direito líquido e certo
 - 198.2.9. Ilegalidade ou abuso de poder
 - 198.2.10. Procedimento
 - 198.2.11. Coisa julgada

198.3. Mandado de segurança coletivo

198.4. Ação popular

 198.4.1. Sujeito ativo

 198.4.2. Sujeito passivo

 198.4.3. Ato lesivo

 198.4.4. Valores tutelados

 198.4.5. Procedimento

 198.4.6. Sentença

198.5. Habeas data

198.6. Mandado de injunção

198.7. Ação penal privada subsidiária nos crimes de ação pública

199. Meios específicos de controle judiciário de provocação comum do Estado e dos administrados

 199.1. Ação direta de constitucionalidade

 199.2. Ação declaratória de constitucionalidade

 199.3. Conflito de atribuições

 199.4. Ação civil pública

 199.5. Reclamação para preservação de competência e garantia da autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

 199.6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal

 199.7. Reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar

 199.8. Ação de improbidade administrativa

00. Execução de sentença contra a administração

Ídice onomástico

Ídice alfabético-remissivo

- Quadro I – Composição de Conflitos
- Quadro II – Relações Jurídicas
- Quadro III – Expressões do Poder Estatal
- Quadro IV – Transferência de Funções
- Quadro V – Integração Administrativa no Federalismo Brasileiro
- Quadro VI – Evolução do Conceito de Direito Administrativo
- Quadro VII – Taxinomia do Direito Administrativo
- Quadro VIII – Classificações dos Princípios Jurídicos
- Quadro X – Interesse Público
- Quadro XI – Descentralização da Administração dos Interesses Públicos
- Quadro XII – Execução da Administração dos Interesses Públicos
- Quadro XIII – Fenomenologia do Direito Administrativo
- Quadro XIV – Desconstituição da Relação Jurídica Administrativa
- Quadro XV – Sanatória
- Quadro XVI – Classificação do Controle de Juridicidade
- Quadro XVII – Controle de Juridicidade
- Quadro XVIII – Entes Administrativos
- Quadro XIX – Pessoal Público
- Quadro XX – Domínio Público
- Quadro XXI – Utilização dos Bens Públicos por Particulares
- Quadro XXII – Intervenção na Propriedade Privada
- Quadro XXIII – Atuação da Polícia Administrativa
- Quadro XXIV – Polícia Administrativa
- Quadro XXV – Formas de Prestação de Serviços Públicos
- Quadro XXVI – Ordenamento Econômico
- Quadro XXVII – Ordenamento Social
- Quadro XXVIII – Fomento Público
- Quadro XXIX – Controle Judiciário

I

PARTE INTRODUTÓRIA

1. O ESTADO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

As sociedades, para exercerem e para garantirem sua autodeterminação, organizam-se política e juridicamente em certo território, instituindo o *Estado*.

No conceito clássico, essas sociedades se individualizavam sociologicamente como *nações*, de modo que o Estado não seria apenas um *instrumento* por elas criado, mas a própria transfiguração da nacionalidade, entendido, assim, como a *nação política e juridicamente organizada*.

A ideia de *nação*, porém, como um grupo social com atributos étnicos ou culturais comuns, é fluida e vaga, como tão bem captou a pena elegante de Ernest Renan, “uma nação é uma alma, um princípio espiritual”, de modo que em sua compreensão combinam-se lembranças, costumes, vicissitudes, glórias, língua, passado e aspirações comuns, todos esses aspectos, como liames culturais que dão unidade e propósito a um grupo humano, mas que não se prestam a uma caracterização jurídica.

Assim é que o elemento da *nacionalidade* tornou-se dispensável à formulação do conceito de Estado, ainda porque, multiplicam-se os Estados conformados por várias nações que se reúnem por conveniência política, econômica ou social ou, mesmo, nada mais que perpetuando uma tradição histórica.

Nessa evolução, do mesmo modo a ideia de *soberania*, originariamente concebida como *autodeterminação juspolítica plena*, um atributo dos soberanos, deixa de ser relevante para a organização política de muitos desses grupos nacionais, que passam a se satisfazer, realisticamente, com o gozo de uma razoável *autonomia*, que lhes garanta, mínima e simultaneamente, a identidade e a segurança, associando-se, para isso, a vários outros grupos e de vários modos, como sucede em inúmeros modelos de Estado contemporâneos complexos e de conglomerados estatais.

Todavia, em ambos os conceitos de Estado, tanto no antigo, quanto no novo, há sempre três elementos em destaque: o *humano* (a sociedade), o *institucional* (a organização político-jurídica) e o *geográfico* (o território).

Quanto à *soberania*, que era apontada como um quarto elemento do conceito clássico de Estado, não mais é essencial, mas, como sugerido por Georg Jellinek, atua como um *atributo* específico do poder estatal, que lhe proporciona a insubmissão de sua ordem jurídica a qualquer outra.

2. ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E JURÍDICA

A organização *juspolítica*, apresentada como elemento essencial à existência do Estado, compreende um conceito díplice, *estrutura e funcionamento*, muito à semelhança com um corpo físico, que, para atingir suas finalidades, desenvolve *funções* específicas e, para desempenhá-las, gera *órgãos* especializados.

Observa-se que, desde a rudimentar *vida comunitária*, por que passam os grupos sociais primitivos, às mais complexas formas de *sociedades políticas* contemporâneas, essas funções e esses órgãos vão lentamente desenvolvendo certos padrões de regularidade. Originariamente, esses padrões surgiram como fruto da reiteração *espontânea* de comportamentos reputados como de comprovada eficiência social, levando a cristalizarem-se, alguns deles, como *normas costumeiras*, consensualmente acatadas pelo grupo. Aos poucos, na medida em que essas sociedades evoluem, aqueles padrões normativos recebem *impositividade*, por parte do poder político instituído, dando origem a *normas jurídicas*, distinguindo-se as destinadas ao *funcionamento* e as destinadas à *estruturação* da vida do grupo.

A esse *sistema integrado* de normas desenvolvidas na sociedade, dá-se o nome de *ordem jurídica*, conceituada, assim, como um modelo abstrato de condutas interpessoais destinado a reger harmonicamente as relações sociais, imposto com a finalidade de manter a *unidade* e a *permanência* do grupo (*segurança*) e proporcionar-lhe o máximo de *eficiência* na vida associativa (*progresso*).

Para isso, a organização jurídica se articula sobre certos *princípios*, destinados a conferir essa desejada harmonia e dar sentido à ordem social e à ordem política que instituem, para conformar as traves mestras de uma *ordem jurídica*.

É comum, por isso, em uma primeira e ainda limitada aproximação para desenvolver um conceito de Direito Administrativo, aqui tomado em relação ao Estado, conotá-lo, principalmente, às suas regras de *funcionamento*, como um administrador de *interesses gerais* da sociedade, que lhe são cometidos pela atribuição e partilha de competências definidas por sua arquitetura constitucional, lançando, com isso, as vigas mestras de sua *estruturação*.

Esta visão, ainda que muito esquemática e simplificada, é útil como um primeiro e amplo enfoque sobre o Direito Administrativo, no contexto do Estado e de sua ordem jurídica, que se seguirá ampliado e enriquecido sob uma perspectiva integral do Direito Público.

3. INTERESSES, DIREITOS E DIREITO

A convivência numa sociedade civilizada seria impossível sem um mínimo de *segurança* de seus membros de que certo *núcleo fundamental de interesses individuais* será invariavelmente

respeitado e protegido.

Portanto, ao Estado, como a *organização juspolítica da sociedade*, cabe declarar quais são esses *interesses*, que devem ser por ele assegurados, uma vez que, para o desempenho desta missão, ele veio a se tornar historicamente o centro da mais significativa concentração de poder institucionalizado, constituindo-se como um *Poder Público* e, desse modo, atuando como *fonte de direito*.

Como se pode observar, nem todos os interesses dos indivíduos, em determinada sociedade, recebem tutela na ordem jurídica instituída, de modo que remanesce uma infinidade de *interesses simples*, ao lado dos *politicamente selecionados* para serem institucionalizados como *interesses juridicamente protegidos*.

Por muito tempo, os interesses protegidos e, portanto, os respectivos direitos se classificavam apenas sob o critério de sua relevância em face do próprio Estado: eram assim, apenas, *privados* ou *públicos*.

A *pluralização dos interesses* na vida contemporânea levou a reclassificá-los em novas categorias, em atenção a critérios mais recentes, como a *transindividualidade*, a *divisibilidade* e a *solidariedade*, que passaram a ter grande importância prática nas sociedades contemporâneas, dando surgimento a novas categorias, como as dos *interesses e direitos individuais*, dos *interesses e direitos individuais homogêneos*, dos *interesses e direitos coletivos* e dos *interesses e direitos difusos*, entre outras mais, que incessantemente se desdobram e se identificam no curso do processo civilizatório.

Assim, *interesses ou direitos individuais* são aqueles que dizem respeito a cada pessoa, física ou jurídica, singularmente considerada. *Interesses ou direitos individuais homogêneos* são, os que afetam a cada pessoa singularmente considerada, repetem-se e se tornam comuns em certo grupo, que se liga e se identifica pela mesma relação de fato, que os tornam direitos opcionalmente *solidários* ou *divisíveis* em seu exercício. *Interesses ou direitos coletivos* são variedades ditas *transindividuais* (ou *metaindividuais*), porque sua titularidade se entende a um grupo determinado de pessoas, ligado por uma relação que, solidarizando-as, os tornam *indivisíveis* em seu exercício. *Interesses e direitos difusos* também são *transindividuais*, porque sua titularidade se estende a um número indeterminado de pessoas, envolvendo toda a sociedade ou segmentos dela, tendo em comum, como liame, que os solidariza, uma circunstância de fato juridicamente relevante, sendo também *indivisíveis* em seu exercício – todos esses interesses – que materializam os denominados direitos fundamentais de terceira geração – estão, hodiernamente, consagrados no art. 81 da Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Mas os próprios *interesses públicos* também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a que parte da diferenciação entre *interesses públicos primários*, que dizem respeito à sociedade, e os *interesses públicos secundários*, que se referem ao próprio

Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos *secundários* só são legítimos quando forem instrumentais para o atingimento dos *primários*.

Finalmente, para encerrar essas considerações vestibulares, tenha-se em mente a clássica conceituação geral de *Direito*, formulada por Rudolf von Ihering, como “*complexo das condições existenciais da sociedade asseguradas pelo Poder Público*”, da qual se pode partir com segurança para integrá-la aos demais elementos conceptuais até aqui examinados.

A primeira ideia, contida na expressão “*o complexo*”, está a indicar a existência do que se pode chamar de uma *nomografia*, ou seja, uma *coleção de normas*, que evolui para tornar-se um *sistema de normas*.

A seguir, “*das condições existenciais*”, contém a afirmação de que o Direito, como técnica de convivência social, é pressuposto da própria sobrevivência das organizações sociais.

Por “*da sociedade*”, entende-se a referência feita a um grupo humano suficientemente coeso para desenvolver autonomamente uma unidade de propósitos e de atuar em função deles.

Por fim, identifica-se na expressão “*asseguradas pelo Poder Público*”, a introdução do distintivo elemento jurídico da *coerção* – com o sentido de mando, de poder, de supremacia, em suma, de *imperium* – que está na própria essência do Estado, como seu legítimo monopolista nas sociedades juspoliticamente organizadas.

Este conceito, uma vez agregado ao de *organização política*, assim se sintetiza: *Direito é o complexo das condições existenciais de uma organização política*. Nele estão compreendidas tanto as relações basicamente de *coordenação*, que se travam no plano da sociedade, como as relações basicamente de *subordinação*, que se estabelecem entre ela e o Poder Público, bem como as relações, tanto de *coordenação* como de *subordinação*, que se travam internamente, na própria estrutura e funcionamento do aparelho instrumental do Estado.

Em se considerando a relação meramente pragmática entre ambos os conceitos, chega-se à conclusão de que a *finalidade formal, imediata e instrumental* do *Direito* é, reflexamente, a de criar e manter a *organização política que o sustente*, ou seja, a de criar e manter o próprio *Estado*, como condição essencial para alcançar a sua *finalidade material, mediata e finalística*, que é a *imposição dos valores convivenciais* que o inspiram.

Deduz-se, assim, que, no sentido *instrumental*, o Direito é uma elaborada *técnica social* milenarmente desenvolvida para a manutenção de estruturas sociais estáveis, de modo a garantir a satisfação dos *interesses dos membros de uma sociedade*, e, na mesma linha, é o Estado, a sua máxima expressão formal, ao qual se cometem poderes para protegê-los, bem como para promover e acautelar determinados interesses comuns, definidos como *interesses públicos*, a cargo de *órgãos* e por meio de *processos* próprios.

Fácil é observar-se que a ideia de Poder – e, aqui mais precisamente, a de *Poder Público* –

é a que se apresenta com um relevo mais nítido, na base dos conceitos oferecidos. Uma expressão que, no sentido orgânico, ou subjetivo, é sinônima de *governo*, e no sentido funcional, ou objetivo, indica a própria *coerção* de que vem caracteristicamente dotado.

Em síntese, pode-se conceituar o *Poder Público* como o *complexo de órgãos e funções*, caracterizado pela *coerção*, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada.

Ao destacar, novamente, as expressões *órgão* e *função*, ganham maior profundidade essas noções propedêuticas, de modo a identificar no *órgão* uma *parte* atuante de um corpo ou de um sistema, e, na *função*, a *atividade* por ele desenvolvida.

Ora, como já se tem adiantado, o *Direito Administrativo* é disciplina de natureza predominantemente *funcional*, no que se extrema, desde logo, do ramo do Direito Públco que lhe está mais próximo, o do Direito Constitucional, em que releva a finalidade predominantemente *estrutural* e *ônica* de suas normas.

No caso da estruturação do próprio Estado, como sistema *policêntrico* e *poliorgânico*, as funções nele se multiplicam e se descentralizam, na medida em que lhe são cometidas as mais diversas atribuições constitucionais, em processo que tende a constituir cada vez mais um *sistema polifuncional*.

Segue-se o exame mais detido, de como se apresenta o *complexo institucional*, orgânico e funcional característico das sociedades civilizadas, identificado como *ordem jurídica*.

4. ORDEM JURÍDICA

Como exposto, em suas trajetórias históricas, as sociedades, não importa por que processos, elegem determinados *fins* comuns a serem por elas alcançados, para este efeito ordenando-se institucionalmente com a criação de *organizações políticas* de todo gênero, destacadamente formalizadas como Estados ou como associações de Estados.

A o *Estado*, como organização juspolutíca contemporânea dominante, resultado de milenar evolução, voltada a atingir os fins para os quais foi criado, são atribuídos *poderes*, que dimanam da sociedade que os gera, de modo que, nele *concentrados* e por ele aplicados, possam prover duas básicas modalidades de funções: as de natureza *teleológica*, destinadas a prosseguir os fins sociais cometidos ao Estado, e as de natureza *metodológica*, que visam a assegurar a situação de ordem e de equilíbrio, na qual se torna possível a convivência produtiva entre as variadíssimas manifestações de poder que passam a ser nele coexistentes.

Para o desempenho dessas duas funções básicas, o Estado desenvolve *atividades jurídicas*, que são assim designadas porque são vinculadamente desempenhadas a um conjunto de normas de obrigatoriedade observância: a *ordem jurídica*, conceito aqui tomado em seu sentido mais amplo, abrangendo todo tipo de *princípios*, e *regras*, inclusive, em última

análise, os *atos* que os concretizam.

A doutrina contemporânea insiste, ademais, que o Direito não se reduz ao complexo de normas jurídicas, ou seja, a uma simples *nomologia*, ampliando essa visão, dita *normativa*, com o reconhecimento de que a *norma* vem a ser, ao mesmo tempo, *produto* e *parte operante* de um conceito maior, a de *instituição jurídica*, que lhe dá vida infundindo-lhe o poder cogente, nisso consistindo o que se denomina de visão *institucional* do Direito.

Dito de outro modo, a *ordem jurídica* de um Estado não se limita nem se esgota na coleção das normas de *direito positivo*, embora seja um sistema central de referência, pois nela ainda se integram: (1) os *princípios* gerais e especiais do Direito e de seus ramos; (2) os *preceitos* ou *regras*, oriundos de fontes jurídicas secundárias, institucionais ou costumeiras dotadas de eficácia, tais como as normas setoriais de todo gênero, como as admitidas, as reconhecidas, as recepcionadas e as deslegalizadas, (3) os *costumes* e (4) a *moral*, tanto a geral, como a própria de grupos diferenciados.

Resulta da *ordem jurídica*, considerada assim em sua *plenitude* e tomada agora em seu duplo aspecto, *normativo* e *concreto*, o estabelecimento de uma *condição de segurança e de equilíbrio da sociedade* na qual, teoricamente, torna-se possível *harmonizar todos os interesses que nela coexistem*, produzindo uma situação genericamente definida como a *ordem social*.

Esta submissão se obtém tanto no aspecto *estático* e tradicional do Direito, que vem a ser o da *prevenção e composição dos conflitos de interesses*, como no aspecto *dinâmico* e de vanguarda, que é o do *condicionamento socioeconômico desses interesses*, o que leva, como se discorrerá, a outras distinções funcionais relevantes para a classificação das atividades próprias do Direito Administrativo.

5. OS CONFLITOS DE INTERESSES E O DIREITO PÚBLICO

A *harmonia social* é uma situação de equilíbrio instável. Os *conflictos de interesses* são inevitáveis e devem ser considerados sob todos os seus aspectos. Existirão sempre conflitos, em quaisquer modalidades de relações humanas, mas nem todos repercutirão sobre o grupo social e, ainda assim, nem sempre nele se refletirão negativamente, pois muitas divergências podem apresentar um potencial criativo e aperfeiçoador. Sobrevirão, porém, inevitavelmente e em maior número, aqueles conflitos que perturbam a harmonia social e que introduzem um potencial destrutivo e corruptor, sendo esses, pois, os que deverão ser *evitados* e, uma vez manifestados, *solucionados*.

É desses *conflictos* socialmente deletérios, cuja detecção e definição cabem notadamente ao legislador, o tema de que se ocupa a ordem jurídica, tanto *prevendo* sua eclosão através de *normas* de conduta como os *reprimindo*, se instaurados, através de *sanções*. Eis por que se entende como *norma jurídica completa*, aquela dotada de *preceito* e *sanção*, embora nem toda

sanção deva ser necessariamente punitiva.

Enquanto os conflitos se travam entre pessoas, físicas ou jurídicas, da sociedade civil, o Estado intervém geralmente sob provocação, no vasto campo das relações sociais horizontais, regidas pelo Direito Privado. Quando os conflitos passam a comprometer interesses mais abrangentes, definidos pela própria ordem jurídica como *interesses públicos*, o Estado assume a condição de parte na relação, passando a atuar por direito próprio, mesmo *ex officio*, se necessário para compor as relações sociais regidas pelo Direito Público.

O entendimento da mecânica desses fenômenos contenciosos, notadamente os de sua composição, torna-se mais fácil, se iluminado por uma breve *etiologia da norma jurídica*.

Parte-se, para apresentá-la, da ideia de *valor*, concebido como todo bem, corpóreo ou incorpóreo, que traz uma vantagem, um prazer, uma satisfação, uma garantia, um cômodo, de qualquer natureza, ao indivíduo. O *interesse* é, pois, o liame que se estabelece entre um *homem* e um *valor*, representado como uma projeção da personalidade sobre um bem.

Dois interesses, ou mais, podem coincidir sobre o mesmo bem. Se não se excluem, temos, na hipótese, uma *relação de coordenação*, mas se antagônicos, tem-se instaurada uma *relação de confrontação*, ou, como é mais conhecida, *de conflito*.

Ora, uma vez suscitado o *conflito*, para não se romper a paz social, torna-se manifesta a necessidade de solucioná-lo – o que se denomina de *composição do conflito* – existindo, para tanto, basicamente, três soluções: a *ética*, a *transacional* e a de *autoridade*.

Na *solução ética*, um dos conflitantes desiste de seu interesse em favor da paz.

Na *solução transacional*, os conflitantes, mediante concessões recíprocas, abrem mão parcialmente de seus interesses. Esta solução admite, por sua vez, três subtipos, conforme a transação se dê por *acordo*, por *mediação* ou por *arbitramento*. No *acordo*, as próprias partes interessadas dispõem sobre a fórmula transacional. Na *mediação*, as partes pactuam que um terceiro, de confiança de ambas, oferecerá uma solução capaz de compor satisfatoriamente o conflito, embora não as obrigue. No *arbitramento*, também se demanda a intervenção de um terceiro, delegado dos conflitantes, mas que deles recebe *poder* para criar uma fórmula obrigatória de harmonização.

Observe-se que a solução *transacional arbitral* já importa na utilização de uma *técnica de composição*, envolvendo a aplicação de alguma *norma* preexistente.

A terceira classe de instrumentos de composição funda-se na *solução de autoridade*, que se caracteriza pela *imposição* de uma fórmula de composição, por um terceiro, que não é delegado dos conflitantes. Aqui também duas modalidades são distinguíveis: a *solução arbitrária* e a *solução jurídica*.

A diferença entre ambas é que esse terceiro, dotado de autoridade, que deverá reduzir o conflito, impondo a fórmula de composição, ou agirá *arbitriamente*, ou seja, não consultando mais que sua própria vontade, ou *vinculadamente*, neste caso, aplicando ao caso

concreto uma vontade editada anteriormente à instauração do conflito, formulada em termos gerais e abstratos, cujo teor era ou poderia ser do conhecimento dos conflitantes, ou seja: uma *norma jurídica* (v. quadro I).

QUADRO I – COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS



Eis por que a *composição jurídica* caracteriza-se também como uma *técnica social*, que exige um elemento *subjetivo*, que é a presença de um *terceiro*, estranho ao conflito e dotado de poder de impor a solução, e um elemento *objetivo*, que é um sistema de normas ao qual se vinculará a decisão.

A diferença é nítida: se faltar *autoridade* ao elemento subjetivo, a solução será *arbitral*; se faltar *anterioridade, generalidade e publicidade* ao elemento objetivo, a solução será *arbitrária*.

À luz dessas considerações, o *Direito* pode ser entendido, agora sob um enfoque eminentemente pragmático, como um *sistema instrumental voltado à solução de conflitos*, ou, em outros termos, *uma refinada técnica de convivência social*.

Os conflitos, todavia, considerados agora quanto a seu *conteúdo*, podem se apresentar envolvendo diversas ordens de *interesses*, variando, em consequência, as fórmulas e técnicas de composição a serem empregadas.

Quando se trata de interesses entre Estados soberanos, busca-se a regra de composição jurídica no *Direito Internacional Público* (*Direito Público Externo*), conformado por normas de coordenação.

Quando os interesses conflitantes se referem a entes ou a órgãos submetidos à mesma

soberania, será o *Direito Público Interno* – composto de normas preponderantemente de coordenação – que conterá a regra de composição.

Quando os conflitos se travam entre interesses do Estado e de seus desdobramentos, de um lado, e dos indivíduos, de outro, aplicam-se, ainda, as normas de *Direito Público Interno*; neste caso, preponderando normas de subordinação. Finalmente, quando os conflitos se instaurarem exclusivamente entre interesses particulares, serão as regras de *Direito Privado*, típica e preponderantemente de coordenação, as aplicáveis, em suas grandes divisões: *Civil, Comercial e Internacional Privado*.

O *interesse público*, legalmente definido como o que está posto sob a *responsabilidade* do Estado e tido como *finalidade* de sua ação, não é outro senão, em síntese, o *interesse geral* da sociedade, ou, em se preferindo, o *bem comum*, como acepção metajurídica inspiradora da *ação política*, que o Direito, definirá discriminadamente: para cada sociedade e para cada tempo. A positivação deste conceito, embora de inegáveis efeitos práticos para a definição da *legalidade de seu atendimento*, não afasta as dificuldades conceptuais trazidas pelo *pluralismo*, próprio das sociedades democráticas contemporâneas, que passa a exigir a consideração de múltiplos e diferentes interesses grupais, setoriais e regionais na conformação dessa *síntese* que o Estado deve satisfazer tendo em vista a *legitimidade de seu atendimento*, tornando obsoleto, em consequência, o antigo conceito, ainda rousseauiano, de *interesses gerais*.

Antes da *democracia representativa* e, agora, da agregada modalidade *participativa* se difundirem como regime político dos povos civilizados, frequentemente ocorria que os interesses definidos pelo Estado não coincidissem com os interesses da sociedade. Deve-se ao paulatino aprimoramento do regime democrático e de seus institutos juspolíticos de canalização dos interesses da sociedade a tendência à redução desse risco, tornando cada vez mais satisfatória a desejável convergência entre o interesse público positivado (expresso pela *legalidade*) e o conceito ético-político do interesse comum (expresso pela *legitimidade*).

Do exposto, é possível extrair algumas conclusões sobre a *natureza das normas* aplicáveis a cada relação conflitante, segundo o interesse em jogo, não só das destinadas à solução do conflito como das voltadas à sua prevenção.

A norma de Direito Internacional Públco é *norma de coordenação*, porque parte da assunção de que os interesses das nações têm igual valor e devem ser compostos negociadamente em caso de conflito. A norma de Direito Internacional Privado, pela mesma razão, é de *coordenação*, porque parte da igualdade básica dos indivíduos e de suas organizações privadas conflitantes.

Já o Direito Públco (Interno) rege, em regra, campos de interesses que eventualmente se podem apresentar juridicamente desigualados, neste caso empregando *normas de subordinação*, para que prevaleça um deles sobre o outro. Todavia, quando se tratar de conflitos em que não esteja definida qualquer preponderância de valores, o Direito Públco

conterá também *normas de coordenação* para regrar a sua composição.

Simetricamente, no campo do Direito Privado, poderá ocorrer que, na esfera dos interesses individuais conflitáveis ou conflitantes, a ordem jurídica erija certo interesse como *interesse público*, submetendo-o à sua tutela. Quando isso ocorrer, não obstante encontrar-se essa norma excepcional inserida em um sistema privado, ordinariamente de *coordenação*, ela terá substância de Direito Público: como norma de ordem pública – portanto, de *subordinação* (v. quadro II).

QUADRO II – RELAÇÕES JURÍDICAS

	Relações Internas	Inter-relações	Relações Eternas
	Estado Pessoas de Direito Público Interno		Estados Estrangeiros Pessoas de Direito Público Externo
Direito Público	Relações de Subordinação Direito Político Direito Constitucional Direito Administrativo Direito Processual Direito Penal Direito Tributário Direito do Trabalho	Relações de Coordenação	Direito Internacional Público
	Pessoas de Direito Privado		Pessoas de Direito Privado Estrangeiras
Direito Privado	Relações de Coordenação Direito Civil Direito Comercial	Relações de Coordenação	Direito Internacional Privado

Esse ocasional alcance de um interesse qualquer, pinçado das relações interindividuais, à categoria de *interesse mediataamente público*, é ditado pela orientação política prevalecente e leva em consideração a inconveniência de deferir-se o eventual desate dos conflitos a outras soluções que não as previstas na norma jurídica, protegendo-se, em consequência, o *imediato* interesse público.

Com isso, pode-se afirmar que as teorias que procuravam encontrar as distinções entre o Direito Público e o Privado ou na *titularidade* do interesse, ou na existência da *supremacia* na relação jurídica, não são satisfatórias. Muito mais conceptualmente próxima da realidade parece-nos ainda a clássica definição de Ulpiano: “*Publicum ius est quod ad statum reipublicae spectat. Privatum ius est quod singulorum utilitatem pertinet*”, – Direito Público é o que se refere ao Estado, Direito Privado o relativo às utilidades individuais, em tradução livre desse conciso

conceito que intacto varia os séculos.

Partindo apenas da natureza do *interesse* em jogo, segundo essa velha fórmula romana, ainda assim se pode laborar em equívoco, ao se identificar certas normas de Direito Privado protegendo interesses metaindividuais, como ocorre amiúde no ramo civil, em razão da socialização de institutos como o da propriedade privada, dos contratos e do poder familiar, consagrados, outrora, como corolários do Direito Privado Liberal dos oitocentos, mas que, em tempos pós-modernos, são reinterpretados à luz das diretrizes axiológicas da *constitucionalização do Direito Civil* – fenômeno hermenêutico pautado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Do mesmo modo, recorrendo à distinção alemã, já consignada, entre *relações de coordenação* e *relações de subordinação*, são também encontradas normas de subordinação no Direito Privado, como, caracteristicamente, as relativas à autoridade do capitão de navio e ao pátrio poder.

Por outro lado, ocorre que, no Direito contemporâneo, cada vez mais os *interesses públicos* nem se apresentam homogêneos nem, tampouco, se constituem como um monopólio do Estado. Como agudamente alguns estudiosos da evolução do Direito Público têm observado, passou-se a admitir – com Massimo Severo Giannini, na Europa e, entre nós, com Odete Medauar – a *heterogeneidade* e a *multiplicidade* do interesse público, daí decorrendo que sua promoção e defesa, em muitos de seus aspectos, devam ser compartilhadas com a sociedade através de suas próprias organizações, pois, na dicção de Umberto Allegretti, “o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social”.

Parece, assim, mais indicada, nessas circunstâncias, a adoção de um conceito didático de corte tradicional, compósito e flexível: *Direito Público é o ramo da Ciência Jurídica que estuda os princípios, regras e institutos atinentes às relações de subordinação e de coordenação referidos ao Estado, aos seus desdobramentos, aos seus delegados e à sociedade organizada, na definição, prossecução e defesa de interesses públicos, assim entendidos tanto os primários, atinentes à própria sociedade, como os secundários, referentes ao Estado, desde que compatíveis com os primários.*

“*Princípios, regras e institutos*”, se disse, porque se a referência se cingisse apenas à coleção das normas, ou seja, ao sistema positivo, estar-se-ia negando-lhe o *status de Ciência*, reconhecido apenas quando seja possível estruturar uma *principiologia*, que integre e dê coerência sistemática aos preceitos e institutos jurídicos.

“*Atinentes às relações de subordinação e de coordenação*”, pois, como visto, as normas de coordenação partem de uma presumida igualdade jurídica entre os polos de uma relação, o que não ocorre quando se cogitam de normas de subordinação que, consequentemente, são aquelas em que é nítida a afirmação do *imperium*, desde há muito apontado por Ferrara como característica distintiva suficiente do Direito Público.

A expressão “*referidas ao Estado, aos seus desdobramentos, aos seus delegados e à sociedade*

organizada" significa que todas as relações de *subordinação e coordenação* só interessam ao sistema do Direito Público quando atinentes a interesses públicos. Outras relações de subordinação, como as que Otto Gierke já vislumbrava existentes dentro de organizações particulares intraestatais, não se inscrevem, porém, no ramo do Direito Público, porque não estão em jogo tais interesses públicos.

Por fim, "na definição, prossecução e defesa de interesses públicos, assim entendidos tanto os primários, atinentes à própria sociedade, como os secundários, referentes ao Estado, desde que compatíveis com os primários", está contido o núcleo intencional do conceito, cujo desenvolvimento já foi apresentado no breve escorço etiológico da norma, desse modo confirmando, em última análise, o acerto da milenar distinção de Ulpiano, centrada no interesse público.

Finalmente, em qualquer circunstância, o interesse público será sempre o produto de uma especificação da ordem jurídica, jamais um dado metajurídico ou subjetivo, cujo ostensivo abuso na política acaba por contaminar o Direito.

6. O ESTADO E O DIREITO

As normas de conduta, que de alguma forma se impõem à sociedade e a seus membros, existem desde que o homem começou a pautar sua convivência além do instinto. O Direito, portanto, tem essa antiguidade.

Todas as instituições políticas, por outro lado, desde suas manifestações primitivas e arcaicas, até as encontradas no Estado contemporâneo, experimentaram, do mesmo modo, uma longa e lenta evolução.

O processo civilizatório determinou, entretanto, como observa Norberto Bobbio, uma paulatina convergência entre esses dois fenômenos, o Direito e o Estado, de modo que, cada vez mais, o Direito se tornou estatal e o Estado se tornou jurídico.

Essa convergência – acelerada a partir de dois grandes marcos históricos: a consolidação do Direito Civil, na Roma antiga, e o surgimento das raízes remotas do Direito Constitucional, na Inglaterra feudal – pode ser identificada tanto nas características atuais da instituição estatal quanto nas peculiaridades introduzidas no direito positivo.

Ainda que breve e esquematicamente, vale recordar algumas dessas características e peculiaridades, apresentadas em simultânea evolução, para servir de encerramento a este discurso introdutório ao Direito Administrativo.

As relações de coordenação, típicas do Direito Privado, bem como as relações de subordinação não estatais, quase não sofreram transformações apreciáveis com o passar dos séculos, conformando sistemas normativos relativamente estáveis. Diferentemente, as relações travadas entre os indivíduos e o Estado destacam-se com as que mais evoluíram em

direção ao sucessivo reconhecimento e proteção da *liberdade* e da *dignidade* individuais.

As primitivas formas de organização política originaram o chamado *Estado religioso*, no qual a autoridade se fundava na vontade divina revelada; as raras normas de subordinação se apresentavam com caráter negativo, consistentes numa série de proibições, como tabus jurídicos, e as atividades do Estado concentravam-se na manutenção da segurança, dos costumes e dos cultos.

Esse quadro permaneceu relativamente estável até o Renascimento, quando surgiu na Europa o *Estado-nação*, como organização política dominante, já apresentando alguma autonomia em relação à religião; não obstante, como o poder estava fortemente centralizado no monarca, não existia ainda espaço para o desenvolvimento de um Direito Público.

Só no final do século XVII, com o arrefecimento tanto da predominância religiosa, como do prestígio das instituições nobiliárquicas feudais, o Estado se laicizou, deslocando-se, totalmente, a autoridade, dos representantes da divindade para as pessoas dos monarcas. À época, ainda que predominassem, nas normas, os preceitos negativos, o despertar do *individualismo* começava a ditar uma separação mais nítida entre o público e o privado.

Essa evolução foi mais patente, principalmente na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França liberais, países em que se procurava demarcar um campo próprio e definido de atuação do Estado, para que não excedesse as funções de guardião da convivência ordeira, e garantidor de segurança externa e interna, um conceito que caracterizou o *Estado de polícia*, produto juspolítico original do liberalismo e seu primeiro modelo de organização política.

Mas a fermentação liberal e individualista iniciada não pararia aí: tinha se tornado necessário não só *delimitar* os campos de atividade dos indivíduos, de um lado, e do Estado, de outro, como *contê-lo*, para evitar que tendencialmente exorbitasse esses limites, pois o poder do Estado, desproporcionalmente superior ao dos indivíduos, estaria sempre proclive a excedê-los.

Em outros termos: seria preciso substituir a instável *autoridade do princípio* pela estável *autoridade da lei*, uma vez que só seria possível o desfrute da *liberdade*, quando não apenas os indivíduos e as entidades privadas, como o próprio Estado, pudessem ser todos igualmente *compelidos* a obedecer à ordem jurídica instituída: desabrochava, então, o Direito Público e, com ele, nascia o segundo modelo de organização política histórica do liberalismo: o *Estado de direito*.

Assim, com esse aperfeiçoamento das instituições do Direito Público, uma vez instaurado qualquer conflito de interesses entre o Estado e o indivíduo, sua composição já não mais se daria autoritariamente, mas juridicamente. Era a superação do arbítrio pelo direito, daí a distinção clássica dos dois elementos de contenção característicos do Estado de direito: a *limitação* e o *controle*, impostos ao poder estatal.

Com o advento do Estado de Direito, as normas de direito público ganharam essa *dúpla função*: a de *limitar* e a de *controlar o poder do Estado*, de modo a garantir os indivíduos e os grupos secundários, por eles instituídos, contra os excessos e desvios praticados no exercício do poder político.

Mas, no correr dos séculos XIX e XX, sob o acicate das grandes Revoluções – a Industrial e a Científica e Tecnológica – que marcaram os últimos cento e cinquenta anos, o Estado haveria ainda de crescer mais uma nova função em sua evolução, como instituição política central contemporânea: a *intervenção na ordem econômica e social* das sociedades, tornando-se necessário conformá-la, também, essa nova e delicada função, ao Direito Público, potencialmente concentradora de mais poderes no Estado, com a inevitável conversão de inúmeras relações antes privadas e livres em *relações administrativas* e estatalmente controladas.

Com efeito, como o *liberalismo clássico* havia pretendido manter o Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, se havia aberto um crescente espaço anônimo, o que permitiu o aumento de polos irrefreados de poder na sociedade, que passaram a causar distorções econômicas e sociais e a comprometer a igualdade de oportunidades entre os indivíduos.

Nessas condições, o Estado foi chamado a *intervir* para coibir os excessos e, simultaneamente, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico.

Com o desdobramento deste quadro, o *Estado de Polícia*, sonho frustrado dos individualistas utópicos e dos primeiros liberais, cederia passo a duas novas formas de organização política: uma, radical, o *Estado Socialista*, que concentraria na máquina estatal todo o poder que fosse necessário para dominar os processos econômicos e sociais, buscando impor a igualdade ainda que com sacrifício da liberdade; e outra, moderada, o *Estado do Bem-Estar Social*, na feliz expressão de William A. Robson, que, em vez de monopolizar os processos econômicos e sociais limitava-se a estabelecer mecanismos corretivos, de intervenção e de controle sobre as atividades privadas, buscando conciliar esta ação com o mínimo de sacrifício das liberdades fundamentais e com as conquistas juspolíticas alcançadas pelo Estado de Direito. Se, no *Estado de Polícia*, o Poder Público era o espectador e, no *Socialista*, o indivíduo foi um assistente inerme, no *Estado do Bem-Estar Social* tentou-se chegar a um equilíbrio.

Mas o “curto” século XX, na expressão de Eric Hobsbawm, com a explosão das comunicações sociais, produto da Revolução Científica e Tecnológica, marcaria ainda a busca de um novo ponto de equilíbrio, desta vez, com a devolução do poder, até então maciçamente concentrado no Estado, à sociedade, que, por se ter tornado cada vez mais afluente, passara a ser mais consciente de seus interesses e mais organizada para promovê-

los e defendê-los, manejando as instituições juspolíticas da *democracia*.

No curso desse processo, como resultado da ampliação das comunicações sociais, passaram a surgir, ao lado da tradicional democracia fundada exclusivamente na *representação política*, novas formas de *participação política*, denotando, com isso, a emergência de uma *sociedade policrática* e, em razão disso, de novas modalidades de Estado liberal, que despontaram no final do século XX e, hoje, ainda sem nome, se propagam globalmente, ultrapassando, simultaneamente, tanto o *primado do indivíduo*, da versão oitocentista, como o *primado do Estado*, que havia sido a sua contestação moderna, para afirmar o *primado do indivíduo na sociedade* e dele fazer o seu instrumento, em sua versão pós-moderna.

Para ir mais longe neste escorço, pode-se antecipar, no horizonte histórico, o surgimento e a afirmação de um modelo de *Estado do Fomento*, quiçá uma última evolução diferenciada e aperfeiçoada do liberalismo, no qual os mecanismos de intervenção *coercitivos* poderão ser paulatinamente substituídos, sempre que se faça possível, por institutos de condução *suasivos*, de modo que a igualdade material venha a ser buscada mais enfaticamente através da educação do que através da intervenção ou do assistencialismo paternalista, tão a gosto de gerações de demagogos, ainda que bem intencionados, que povoaram o século XX e ainda resistem em ambientes nacionais de baixos índices de desenvolvimento.

Possivelmente, já se esboça, no horizonte histórico, essa nova fase, em que o Estado se dedicará mais intensamente às atividades próprias, abstendo-se de atuar, concorrencial ou monopolisticamente, nos campos em que a iniciativa privada demonstra ser mais eficiente e menos onerosa e, buscará, cada vez mais, a ela associar-se, para ser cada vez mais eficiente e menos pesado, quando possível apenas regulando *atividades sensíveis* para evitar excessos, e, finalmente, até como consequência, começa a desenhar-se um modelo em que a *juridicidade* incluirá, sempre mais, a *legitimidade* e a *moralidade*, e não apenas a *legalidade*, dando-se plena justificação à expressão “*Estado Democrático de Direito*”, adotada na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1.º, *caput*).

Se essas tendências estão aqui bem identificadas e se prosperarão nas linhas apontadas na construção de um *Estado de Justiça*, na feliz expressão de Juan Carlos Cassagne, serão respostas que nos dará o futuro, as quais, sem dúvida, repercutirão profundamente no perfil da atuação do Estado, do Direito Público e, em particular, na conformação positiva e na evolução da doutrina e da jurisprudência do Direito Administrativo e no seu estudo. Entre o *dirigismo estatal* e o *individualismo egoísta*, parecem se abrir, neste início de século, as alternativas do *pluralismo* nos campos econômico e social, exigindo-nos incorporá-lo também às nossas instituições políticas, pelo aquecimento da vida democrática, afirmando-se, no processo, não apenas um *princípio de participação*, a orientá-lo, mas um *Direito da Participação*, como esgalhamento promissor do Direito Político.

Adiante, examinar-se-á mais detidamente essa trajetória evolutiva do *Estado moderno* ao *Estado pós-moderno*, que, partindo de um modelo paleoliberal, em que prevalecia a atuação preventiva e de composição de conflitos, passou a um modelo intervventivo sobre os processos econômicos e sociais das sociedades e busca hoje transcender os dois modelos pela redefinição de seu papel político-administrativo neste início do Século XXI.

É inegável que o atual *modelo de Estado* – colhido nesse processo de mudança acelerada, como responsável pela regência dos destinos de sociedades cada vez mais conscientes de seus *interesses* bem como da importância de *garanti-los*, sempre mais demandantes de *serviços* e organizadas para *exigi-los* – tornou-se uma instituição problemática. Mais uma crise a superar, mas, diferentemente das crises históricas que o accossaram, há cada vez melhores condições para resolvê-la, como, de resto, qualquer outro conflito, não importa de que natureza, desde que se o faça com os próprios *instrumentos de sua ordem jurídica* e, para tanto, *quanto mais díctil e flexível esta for*, melhor e mais rapidamente serão superadas as crises que advirão.

7. PODERES DO ESTADO

O Estado é uma instituição juspolítica que *concentra poder* de uma sociedade organizada, exercendo-o sobre pessoas e bens em seu território e até onde tenha eficácia a sua ordem jurídica, destinada à realização dos fins que lhe são outorgados pela comunidade que o gera. A soma de poderes concentrados oriundos da sociedade geratriz e instituidora denomina-se *Poder Estatal*, que, por servir a *interesses públicos*, que deverão ser por ela definidos nas sociedades democráticas, também se designa como *Poder Público*.

A expressão *poder* indica o fenômeno sociopsicológico fundamental, comum à Política e ao Direito, que é a aptidão do homem, individual ou coletivamente, de converter *vontade* em *ato*. Para a Política, prepondera o conceito de *vontade* e nele se concentra o seu estudo, e, para o Direito, sobressai o de *ato*.

O *poder*, na organização do Estado, tem, contudo, duas acepções: um *sentido orgânico* – entendido como *centro de imputação do Poder Estatal*, e um *sentido funcional* – que vem a ser um *modo de exercê-lo*. Por este motivo, em outros idiomas utilizam-se duas palavras para designar o *poder*: no sentido *orgânico*, traduz-se como o *pouvoir*, da língua francesa, o *Gewalt*, da língua alemã, ou o *power*, da língua inglesa, enquanto, no sentido *funcional* de poder, traduz-se como o *puissance*, da língua francesa, o *Macht*, da língua alemã ou o *might*, da língua inglesa.

Dessa duplicidade de sentidos, decorrem duas linhas de classificações do *Poder Estatal*: tanto sob critério orgânico quanto sob critério funcional. Para que se defina, sem necessidade de maiores esclarecimentos, em qual dos dois sentidos se há de tomar, em determinado contexto, a palavra *poder*, é possível convencionar-se o emprego de uma terminologia em que desinências sejam o elemento diferenciador.

Desse modo, convencionalmente, são *poderes orgânicos*: o *Poder Legislativo*, o *Poder Executivo* e o *Poder Judiciário*, e, *poderes funcionais*: o *poder legiferante* ou *normativo*, o *poder executante* ou *administrativo* e o *poder judicante* ou *jurisdicional*.

Inexiste, todavia, qualquer correspondência rígida entre os clássicos poderes orgânicos e os poderes funcionais com idêntica raiz etimológica, pois, nos modelos reais, a distribuição de funções entre órgãos do Estado obedece apenas a *critérios político-constitucionais*, que expressam as altas definições organizativas próprias de cada Estado.

Como indicam as denominações, os *poderes orgânicos* disparam-se articuladamente em *órgãos*, que são *entes* ou *corpos* *despersonalizados* aos quais se atribuem *competências* para executar funções determinadas, e os *poderes funcionais* se desdobram em *funções*, que são

atribuições ou conjunto de atribuições cometidas aos órgãos, para atuar em missões específicas.

Assim, esquematicamente, o poder orgânico pressupõe órgãos dotados de poder funcional, voltados ao desempenho de certas funções, que se manifestarão pela prática de seus atos próprios.

Como o símile, sempre lembrado, do corpo físico, em que se distinguem órgãos e funções estudados, aqueles, por uma *anatomia*, e, estas, por uma *fisiologia*, do mesmo modo, no corpo estatal, encontram-se fenômenos semelhantes, tratados, *grosso modo*, respectivamente: o aspecto orgânico, pelo Direito Constitucional e o aspecto funcional, pelo Direito Administrativo.

Tal distribuição, todavia, é meramente didática e, a toda evidência, não é rigorosa, porque inúmeras vezes a própria Constituição definirá certas funções, por entendê-las de grande importância, e, frequentemente, a legislação infraconstitucional criará, por sua vez, órgãos secundários de relevo, como o são os ministérios ou as autarquias.

Merce menção, por sua crescente importância nos Estados contemporâneos, que tendem a uma *poliarquia*, a multiplicação de órgãos *constitucionalmente autônomos*, que não se enquadram na clássica *tripartição de poderes*, marcando, por isso, a superação do que se pode considerar como um dogma político do liberalismo clássico. No Brasil, esta tendência se manifestou a partir da Constituição de 1988, com a instituição de órgãos *constitucionais tecnicamente independentes* e não emoldurados em qualquer dos sistemas dos três tradicionais Poderes Orgânicos: os *tribunais de contas*, os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça (*Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública*) e a *Ordem dos Advogados do Brasil*, passando a um candente debate político a inclusão do *Banco Central do Brasil* neste elenco.

8. ÓRGÃOS E FUNÇÕES

No clássico ensinamento de Marcelo Caetano, “todo e qualquer grupo social organizado tem uma estrutura ordenada em atenção a certos fins, cuja realização carece de desenvolver atividade”. Portanto, na ideia de *estrutura* está nitidamente incluída, a do órgão, que a conforma, e, na ideia de *atividade*, a de uma função atribuída.

O vocábulo “órgão”, de origem grega (significando instrumento), é empregado em Direito para indicar o *componente instrumental* de um corpo estatal. Otto Gierke, autor clássico no estudo do tema, ao distinguir os institutos *órgão* e *representação*, destaca que o *órgão*, sendo parte de um corpo, não o representa, mas, atua em direito próprio, sendo esta a característica que lhe confere identidade, ainda que não, personalidade.

Quanto à sua *conformação*, pode apresentar-se o órgão como *singular* ou *coletivo*, sem que importe o número de vontades que o comporão, pois sua atuação resultará sempre de uma vontade unificada.

No Direito, a noção de órgão é indissociável da de função: uma pressupõe a outra: para Carré de Malberg, por *funções estatais*, em Direito Público, devem ser entendidas as diversas atividades do Estado, enquanto constituam suas manifestações ou diversos modos de exercício organizado do *Poder Estatal*.

Tais *funções*, como no ensinamento clássico de Caio Tácito, se manifestam em três categorias diferenciadas: “*a formação, a realização e a contestação do direito*. A cada uma delas se endereça, no sentido material, cada uma das funções básicas cometidas ao Estado...”.

Assim, para a execução dessas funções, materialmente distintas – a *função normativa*, voltada à criação do direito positivo; a *função executiva*, destinada à realização material do direito; e a *função jurisdicional*, reservada para a solução do conflito suscitado pela contestação do direito – o Poder Público desdobra e combina suas complexas expressões orgânico-funcionais especializadas: a de *legiferar*, a de *executar* e a de *julgar*.

Reitere-se, porém, que não existe exata correspondência entre as expressões funcionais e os órgãos com a mesma etimologia entre os quais está distribuído o poder do Estado, sendo várias as razões, históricas, políticas e jurídicas que explicam as inúmeras exceções encontradas, destacando-se, entre elas, por sua importância, o sistema constitucional de *freios e contrapesos*.

Assim, ao correlacionar os Poderes Orgânicos a suas respectivas funções, observa-se que o Poder Legislativo não terá a exclusividade da função normativa, nem tampouco o Poder Executivo, a da função administrativa, e, nem mesmo o Poder Judiciário, o terá da função jurisdicional, pois essa distribuição segue critérios constitucionais que visam a um equilíbrio político, de tal sorte que os Poderes Orgânicos coexistam com independência, mas com harmonia, e equilíbrio em suas recíprocas relações, ou seja, sem hegemonia de qualquer deles.

É possível concluir que as funções exercidas pelos três tradicionais Poderes orgânicos são as modalidades de *ação do Estado*, que, com maior ou menor grau de autonomia, lhes são distribuídas, com complementaridade e interdependência, mas, como indicado, sem predominância ou exclusividade de qualquer um deles sobre os demais.

Por outro lado, a se ater apenas à natureza das funções estatais, resumir-se-iam elas, basicamente, a duas: as *normativas* e as *executivas*: a *função normativa*, referida à *criação* da norma legal, e a *função executiva*, à sua *aplicação*, nesta incluídas as duas outras atividades estatais acima examinadas – a *administrativa* e a *jurisdicional*. Essa distinção está próxima à propugnada por Paul Laband, para quem o Estado ou faz *afirmações intelectuais* – a *função normativa* – ou exerce *operações concretas* – a *função administrativa e a jurisdicional*.

Para o Direito Administrativo, considera-se destacadamente o sentido estrito da função executiva, como aquela referida à *gestão de interesses públicos*, daí a denominação de *função administrativa*, com o sentido técnico que será doravante considerado, ou seja, a *aplicação da norma jurídica na gestão de casos concretos*, sendo que, na hipótese de *aplicação contenciosa* da norma jurídica, se estará tratando da *função jurisdicional*, atividade que é o especial objeto do

Em síntese, e com escopo ainda mais abrangente, pode-se afirmar que o Estado ou formula *regras abstratas*, no exercício da *função normativa* ou as aplica *concretamente*, no exercício da *função administrativa em sentido lato*, neste caso, ou atuando indistintamente de modo imediato e geral e mediato e particularizado, no exercício da *função administrativa em sentido estrito*, ou atuando apenas de modo mediato e particularizado, no exercício da *função jurisdicional*.

9. ANÁLISE DAS FUNÇÕES DO ESTADO

9.1. Função normativa

A *função normativa* é a instituidora da *ordem jurídica* e se realiza pela criação da norma legal – a *lei*, como expressão tomada no sentido amplo. A *lei* tanto pode ser apreciada em seu *aspecto formal*, como em seu *aspecto material*. Leis, em *sentido material*, são as manifestações de vontade do Estado que, como leciona Léon Duguit, “criam, modificam ou extinguem uma situação jurídica geral”. Em *sentido formal*, reserva-se a expressão para designar especificamente uma *manifestação de vontade do Poder Legislativo*, editada com a participação do Executivo. O exercício de *função normativa* em sentido material, que não se revista da *força de lei*, ou seja, que não crie, modifique ou extinga uma situação jurídica geral, só produzirá *normas secundárias*, de natureza administrativa.

Assim, consideradas as características da lei em sentido material – que são a *generalidade* e a *abstração*, na conhecida síntese de Luigi Raggi – nelas se define o mais nítido traço diferenciativo entre a *função legislativa* e a *função administrativa*, pois que esta, em clara oposição conceitual, tem como características a *especificidade* e a *concretude* de sua atuação.

9.2. Função jurisdicional

A *função jurisdicional* é exercida para, em síntese, executar o controle da observância da ordem jurídica – o *controle de juridicidade* – geralmente operado em concreto e, algumas vezes, em abstrato, e, ainda, quando for o caso, para executar a *imposição concreta* e definitiva da vontade ordinatória nela contida.

Esta função se expressa pela *decisão judicial*, genericamente denominada *sentença*, que resulta de um ato de inteligência conjugado com um ato de vontade, e se integra pela *execução judicial*, que a operará concretamente, se necessário, com o emprego da força.

Como explica a respeito Giuseppe Chiovenda, a *vontade da lei*, que é norma geral, em face de determinados eventos deve concretizar-se em norma específica, que a que deve ser aplicada. Exige-se, portanto, do órgão judicante, uma atividade complexa: uma *afirmação* (da vontade da lei) e uma *execução* (do comando ordinatório da sentença proferida). Para a

atualização dessa excelente lição, deve-se considerar não apenas uma vontade da *lei* tomada no sentido estrito, como então apropriado à visão positivista da *ordem jurídica* e ao conceito *rousseauiano* de “*vontade geral*”, para cuja aplicação bastaria uma operação silogística, mas, hoje, entendida como a que se fundamenta na consideração de todo o *Direito*, partindo de uma visão ampliada da *ordem jurídica*, que passa a exigir do aplicador judicial não apenas o limitado emprego do silogismo, mas de toda uma complexa operação dialética necessária à construção da *justa norma* aplicável à hipótese.

Para outro insigne processualista, Francesco Carnelutti, o Estado como que se desdobra, no exercício da *função jurisdicional*, para, atuando como um terceiro, *não parte*, apreciar o conflito de interesses. Este conflito, a ser considerado, é o qualificado em *lide*, em seu conceito técnico especial dado pelo ramo processual judiciário do Direito Público.

Outra distinção de cunho mais prático, que se pode levantar, entre as duas funções, a jurisdicional e a administrativa, se obtém cotejando os respectivos efeitos. A *função jurisdicional*, expressada por atos que lhe são próprios, tem, na *decisão judicial*, o seu ato culminante, introduzindo *comandos específicos*, que derivam da aplicação da *norma específica* a ser retirada dialeticamente a partir da lei e dos demais subsídios da ordem jurídica vigente, e que é garantida pela *certeza jurídica (verdade ficta)* e pela *definitividade (coisa julgada)*. Distintamente, a *função administrativa*, expressada por atos próprios ou negócios administrativos, introduz também *comandos específicos* na ordem jurídica, sejam concretos ou gerais, mas, à diferença, as *decisões administrativas* gerarão apenas *certeza jurídica presumida e despida de definitividade*; por isso, todas essas decisões são, em princípio, suscetíveis de reapreciação e de correção quanto à *juridicidade*.

9.3. Função administrativa

A *função administrativa*, que pode ser, desde logo, apreciada em *proposição negativa*, obtida por exclusão, vem a ser toda aquela exercida pelo Estado, que não se destine à edição de *regra legal* nem produza uma *decisão jurisdicional* – ambas, aqui, em seus respectivos sentidos formais.

Como *proposição positiva* e no sentido material, as *atividades administrativas* são as que atendem a *necessidades de planejamento, decisão, execução e controle* destinadas à gestão de *interesses públicos* – entendidos como os *especificamente cometidos* pela ordem jurídica à administração do Estado.

A *função administrativa*, por essa razão, abrange toda atividade estatal residual, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, exercida por qualquer dos Poderes ou por qualquer dos órgãos constitucionalmente autônomos, de modo que se estende sobre um vastíssimo campo de competências, suficientemente amplo para conferir ao Estado atribuições executivas destinadas a satisfazer *interesses qualificados* como *públicos*.

Como o Estado administra *subsidiariamente* esses interesses, em princípio, cabe à sociedade satisfazê-los por seus próprios meios, de modo que nem todos os *interesses públicos* são *interesses públicos administrativos*, existindo, entre ambos, aqueles que devam ser compartilhados, de modo que caberá à ordem jurídica definir as três categorias de interesses: os exclusivos da sociedade e do Estado e os comuns.

O importante é observar-se aqui a *juridicidade*, ou seja: *uma vez cometida ao Estado, qualquer atividade administrativa pública passa a estar sujeita integralmente ao Direito*, variando, embora, o conteúdo e a extensão dessa vinculação.

Em consequência, a função *administrativa* não poderá ser exercida *sem prévia e expressa admissibilidade na ordem jurídica*, embora para alguns, que entendem que a função administrativa não se propõe a realizar *fins de Direito*, mas a atingir *fins de fato* determinados pelo Estado, sejam de opinião que ela possa ser exercida *praeter legem*, proibida apenas sua atuação *contra legem*.

Esta segunda corrente já fez escola, nela pontificando o ilustre Otto Mayer, como seu destacado epígonos, mas é a primeira delas, que, consistentemente com o conceito de *Estado Democrático de Direito*, tem neste um *instrumento executor da vontade da sociedade*, que só pode agir estritamente *secundum legis*, corrente hoje amplamente dominante, embora autores contemporâneos, como Hartmut Maurer, mantenham a possibilidade de existência de *atividades estatais não previstas em lei*, exemplificando-as, como administração pública livre de vinculação legal (*Gestzfreiverwaltung*), com certas atividades, como a construção de estradas, a criação de serviços comunitários, o planejamento público ou a escolha de meios de fomento.

9.4. Função política

Alguns autores aludem, ainda, a uma quarta categoria de funções: a *função política*. Em razão de cometer-se a *administração pública dos interesses da sociedade* a um *Poder do Estado – o Executivo*, Guido Zanobini, clássico italiano que bem representa importante corrente de autores, acima referida, propôs a distinção entre a *atividade de administração* e a que denomina de *atividade de governo*.

Radicalmente, Raymond Carré de Malberg se refere até à *insubordinação jurídica* da *função de governo*, ou seja, de toda essa categoria de *funções políticas*, a que Otto Mayer se refere como uma quarta espécie de atividade estatal (*Regierung*), esclarecendo que o próprio sentido da palavra *governo* escaparia ao problema técnico de situá-la entre as funções do Estado vinculadas ao Direito, acima que estaria de todas elas, levando-os a adotar um amplíssimo conceito de *Governo*, tal como se propõe em Ciência Política, ao se referir à *totalidade do aparato visível do Estado*.

Como alternativa a reconhecer a existência autônoma dessa que seria uma quarta

função jurídica do Estado – uma admissão que importaria em retrocesso doutrinário, por sua incompatibilidade visceral com conceito dominante de *juridicidade* – é suficiente considerar-se a possibilidade da abertura jurídica de uma *discretionariedade política*, que seria apenas atributiva de uma *qualidade*, ou *conteúdo*, próprios a determinadas *escolhas de governo*, que estaria juridicamente autorizada e limitada como uma especial *qualificação* de qualquer função cometida ao Estado pela ordem jurídica vigente.

Com efeito, no desempenho de qualquer função disposta pela *ordem jurídica*, a partir de seu inafastável *fundamento constitucional*, é normal que se realizem sucessivas *integrações normativas*: vale dizer que os *agentes públicos* (tais como o legislador, o administrador, o juiz e os exercentes de funções constitucionalmente autônomas), indistintamente, *atuarão com maior ou menor amplitude de opções, conforme lhes prescreva expressa ou implicitamente a própria ordem jurídica*, abrindo espaços discretionários para que logrem satisfazer plenamente e do melhor modo possível, no desempenho de suas respectivas funções, as finalidades nela indicadas.

Assim se entende a *abertura pelo Direito* de um maior ou menor espaço de *discretionariedade política*, dependendo do tipo de função e das *condições* em que deva ser exercida.

Em suma: o traço marcante da *escolha política*, seja ela principal ou residual, se encontra nessa peculiar *amplitude*, reafirme-se – *aberta pela ordem jurídica* – permitindo que certas *escolhas integrativas* sejam confiadas aos agentes de Poder ou de órgãos constitucionalmente independentes do Estado, o que geralmente é feito a partir da edição de normas amplas e rarefeitas que contenham *conceitos jurídicos indeterminados*.

Afirmada, assim, a inafastável *juridicidade* da ação do Estado, qualquer que seja a função desempenhada, cabe agora prosseguir o estudo de *como se realiza a partilha dessas funções entre as grandes divisões orgânicas estatais contemporâneas*, à luz do atual ordenamento constitucional positivo brasileiro.

10. DISTRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE OS ÓRGÃOS DO ESTADO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Parte-se das três funções constitucionais básicas: em princípio, a *função normativa* está afeta ao Poder Legislativo, a *função jurisdicional*, ao Poder Judiciário, e a *função administrativa*, ao Poder Executivo. Seguem-se as *funções constitucionalmente independentes*, atualmente voltadas às atividades de fiscalização, controle, zeladoria e promoção. Entre todas elas há *exceções e interferências funcionais* que serão sempre constitucionalmente expressas e, por se constituírem em mecanismos políticos necessários ao equilíbrio entre os Poderes e os demais órgãos constitucionalmente autônomos, tais peculiaridades deverão ser *interpretadas restritivamente*, prestigiando o princípio da *independência e da harmonia funcional* (art. 2.º, CF).

10.1. Função normativa

A função normativa é a atuação típica do Poder Legislativo (art. 48, CF), ao qual estão reservadas todas as expressões do Poder Estatal, explícitas ou implícitas, necessárias para elaborar a *norma legal*. Não obstante, cabe ao Poder Executivo exercê-la também em cooperação com o Poder Legislativo (as remissões são à Constituição Federal):

- a) na elaboração de leis delegadas (art. 59, IV);
- b) na iniciativa geral das leis (art. 61, *caput*);
- c) na iniciativa privativa (art. 61, § 1.º);
- d) na participação sancionatória (art. 66, *caput*);
- e) no veto (art. 66, § 1.º); e
- f) na celebração de tratados e convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional (arts. 49, I, e 84, VIII).

Cabem, porém, ao Presidente da República duas funções normativas autônomas, da mais alta relevância: a expedição de *decretos* e *regulamentos* (art. 84, IV e VI) e a adoção de *medidas provisórias* com força de lei (art. 84, XXVI).

A Constituição prevê, ainda, o desempenho da função normativa secundária pelos Ministros de Estado, pela expedição de *instruções* para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II).

Finalmente, compete, também, ao Poder Judiciário o exercício da função normativa, tanto em cooperação com o Legislativo, como *autonomamente*.

Em cooperação com o Poder Legislativo, cabe ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor leis que:

- a) alterem o número de membros dos tribunais inferiores (art. 96, II, a);
- b) criem e extingam cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (art. 96, II, b);
- c) criem ou extingam tribunais inferiores (art. 96, II, c); e
- d) alterem a organização e a divisão judiciárias (art. 96, II, d).

Compete ao Poder Judiciário exercer *autonomamente* a função normativa, nos seguintes casos:

- a) na elaboração dos regimentos internos dos tribunais (art. 96, I, a);
- b) na organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, b); e
- c) no estabelecimento de normas e condições de trabalho nos dissídios coletivos

Embora a aplicação da lei às relações contenciosas possa conter sempre, em algum grau, uma integração da *legitimidade*, em algumas hipóteses, a *previsão integrativa* é bastante explícita no direito positivo, como no exemplo constitucional do comando do art. 5.º, LXXI, na hipótese de falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Cabe, por derradeiro e na mesma linha, uma referência à *função integrativa da ordem jurídica*, que também vem expressamente cometido no direito positivo ao juiz, em casos de omissão do direito positivo ou quando autorizado a decidir por equidade (Código de Processo Civil, arts. 126 e 127), uma vez que as lides não podem deixar de ser decididas por escusa de anomia.

10.2. Função jurisdicional

Sob o princípio da *unidade de jurisdição*, insculpido no art. 5.º, XXXV, da Constituição, a *função jurisdicional* é predominante e quase que exclusivamente atribuída ao Poder Judiciário.

A *função jurisdicional* passou a incluir, também, em nosso direito positivo constitucional, sua manifestação preventiva – como *função cautelar* – ao incluir naquele dispositivo, a proteção à *ameaça de lesão a direito*.

A *função jurisdicional* se estende aos litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, e); ao julgamento da extradição requisitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g); à homologação das sentenças estrangeiras e à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, i) conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, o); aos conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre este e da União (art. 105, I, g); e ao controle *ex officio* da privação da liberdade de ir e vir, por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, na vigência do estado de defesa (art. 136, § 3.º, I).

Por exceção, o exercício de função jurisdicional caberá constitucionalmente ao Poder Legislativo nas seguintes hipóteses:

- a) no processo e julgamento, pelo Senado Federal, do Presidente e do Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade e, dos Ministros de Estado, e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos

- crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I);
- b) no processo e julgamento, pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, II);
- c) no julgamento, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX).

A concessão de *anistia* pelo Poder Legislativo (art. 48, VIII) também pode ser considerada como um caso especial de intervenção *modificativa* na atividade jurisdicional, privativa do Poder Judiciário, pois, através desse ato de clemência, que reveste a forma de lei, com a sanção do Presidente da República, substitui-se o comando executivo do Judiciário pelo do Legislativo, arquivando-se processos pendentes, suspendendo-se a execução das penas e cancelando-se os efeitos daquelas já cumpridas.

Quanto ao Poder Executivo, apresenta apenas dois exemplos de *intervenção* na função jurisdicional, à semelhança, porém de modo mais restrito que no caso da anistia, que são: a concessão de *indulto* e a *comutação de pena* (art. 84, XII). O indulto é impessoal e a comutação de pena, *intuitu personae*; ambas, entretanto, repercutirão diretamente sobre a *aplicação da pena* imposta pelo Poder Judiciário, um ato privativo de vontade estatal, que seria, de outro modo, por princípio, inalterável em seus efeitos.

10.3. Função administrativa

A *função administrativa* é a atribuição característica do Poder Executivo, como se lê no art. 84 da Constituição. Todavia, para que os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como os órgãos constitucionalmente autônomos possam, efetivamente, gozar de independência, é necessário que se lhes assegurem *autonomia na gestão de seu pessoal, bens e serviços*, daí, a atribuição de funções administrativas de ênfase interna, ou *introversas*, cometidas àqueles órgãos.

Cabe, por isso, constitucionalmente, ao Poder Legislativo, dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de lei para a fixação da respectiva remuneração, sob os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (arts. 51, IV, e 52, XIII).

Ao Poder Legislativo compete, ainda, o exercício da importante e excepcional função administrativa de *sustação da execução de contratos da Administração Pública* (art. 71, § 1.º).

De resto, muitas outras *reservas administrativas*, de cunho nitidamente político, vêm definidas na Constituição. São ora de competência privativa do Congresso Nacional, como as estabelecidas nos arts. 49 e 50; ora de competência da Câmara dos Deputados, como as estabelecidas no art. 51, II e IV; e, ora de competência do Senado Federal, como o extenso

elenco de medidas do art. 52, com exceção dos dispositivos já referidos, instituidores de funções jurisdicionais.

Algumas dessas reservas preveem cooperação necessária entre os Poderes Executivo e Legislativo, como nos casos de *autorização* ou de *aprovação* para a prática de certos atos administrativos.

É, todavia, na *atividade econômico-financeiro-orçamentária*, que o Poder Legislativo mais estreitamente atua na alta administração do Estado, através de várias atribuições, a seguir relacionadas.

Cabe ao Congresso Nacional:

- a) a elaboração do plano plurianual, das diretrizes e da lei orçamentária anual (art. 48, II);
- b) a fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas (art. 48, III);
- c) os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (art. 48, IV);
- d) a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b (art. 48, X);
- e) a fixação de limites de emissão de moeda (art. 48, XIV);
- f) a fixação de montante da dívida mobiliária federal (art. 48, XIV); e
- g) a fiscalização e controle, diretamente e/ou por quaisquer de suas Casas, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta (art. 49, X).

Privativamente, pela Câmara dos Deputados, cabe ainda:

- h) proceder à tomada de contas do Presidente da República, na hipótese do art. 51, II, da Constituição.

E, também de forma isolada, compete privativamente, ao Senado Federal:

- i) autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 52, V);
- j) a fixação, por proposta do Presidente da República, de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, VI);
- l) dispor sobre limites e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII);
- m) dispor sobre limites globais e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, VIII); e
- n) o estabelecimento de limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, IX).

Quanto ao Poder Judiciário, por seus tribunais, cabe-lhe desenvolver atividade

administrativa nos seguintes casos:

- a) eleger seus órgãos diretivos (art. 96, I, a);
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva (art. 96, I, b);
- c) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, f);
- d) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido ao disposto no parágrafo único do art. 169, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança, assim definidos em lei (art. 96, I, e);
- e) prover, na forma constitucional, os cargos de juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, c).

O Poder Judiciário, por gozar, também, de *autonomia administrativa e financeira*, tem a atribuição administrativa de elaborar e de encaminhar suas propostas orçamentárias (art. 99 e seus parágrafos).

Como é evidente, aos órgãos do Poder Judiciário competirá, ainda, o exercício de *todos os atos materiais de administração*, previstos em lei: como os de organização judiciária, processual ou extravagante, e os necessários ao desempenho de sua indeclinável atividade-fim, que é a prestação jurisdicional.

A atual Constituição omitiu a *competência gestora da Justiça Eleitoral* sobre a atividade eleitoral, o que vinha explicitado na Carta anterior (no art. 137, I a V), embora exista previsão em Lei Complementar (art. 121) para, no uso da competência do art. 22, I, atribuir a juízos e tribunais eleitorais a *administração do processo eleitoral*, inclusive por via normativa interna.

Finalmente, cabe destacar a atividade administrativa do Poder Judiciário, atribuída aos Presidentes de Tribunais, para executar os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal através de *precatórios* (art. 100 e seus parágrafos) (v. quadro III).

QUADRO III – EXPRESSÕES DO PODER ESTATAL

PODER

Expressões
Orgânicas
(órgãos)

Expressões
Funcionais
(funções)

Legislativo

Legiferante
(função
normativa)

Executivo

Executante
(função
administrativa)

Judiciário

Judicante

(função judicial)

Fiscalização,
Zeladoria,
Controle,
Provocação e
Defesa

10.4. Funções de fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa

A Constituição de 1988 acrescentou às três funções tradicionais do Estado acima examinadas, certas funções de *fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa* que, tal como as *funções jurisdicionais*, devam estar isentas de comprometimento político-partidário, tenham especialização técnica e sejam garantidas em sua autonomia de desempenho, constituindo um quarto bloco de *funções constitucionalmente independentes*, com seus respectivos órgãos próprios – *tribunais de contas, ministério público, advocacia pública, defensoria pública e a Ordem dos Advogados do Brasil*.

Embora não constitua, este quarto bloco, outro Poder do Estado, mas, ao contrário, mantém suas respectivas identidades fracionárias, todas essas funções, com seus órgãos próprios, individuais ou coletivos, se caracterizam pelo *exercício autônomo* das respectivas expressões de *poder estatal* que lhe são constitucionalmente cometidas para o desempenho de suas específicas missões, por meio de *atos próprios*.

Os *tribunais de contas* são órgãos a que compete autonomamente o desempenho das

funções fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme se dispõe nos artigos 70 a 75 da Constituição, destacando-se o *julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos* da administração direta e indireta, inclusive fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público e as contas daqueles que deram causa e perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário público (art. 71, II) e, também, a *sustação de atos administrativos* se não atendido, comunicando a decisão ao Legislativo (art. 71, X).

Também aos tribunais de contas, como órgãos constitucionais autônomos, compete, ainda, de forma semelhante, se organizarem internamente, conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e demais servidores que lhes forem imediatamente subordinados, e prover, por concurso de provas, ou de provas e títulos, os seus cargos administrativos (art. 73, *caput*, combinado, no que couber, com o art. 96).

O *ministério público, a advocacia pública e a defensoria pública* conformam um bloco de funções públicas autônomas, independentes e destacadas das estruturas dos três Poderes do Estado, denominadas, *funções essenciais à justiça*, conforme se dispõe dos artigos 127 a 135 da Constituição.

A *essencialidade à justiça* deve ser entendida no sentido mais amplo que se possa atribuir à expressão e não limitado, como poderia parecer à primeira vista, à *justiça formal*, entendida como aquela prestada pelo Poder Judiciário, estando compreendidas, assim, no conceito de *essencialidade*, todas as atividades de orientação, de fiscalização, de promoção e de representação judicial necessárias à *zeladoria, provação e defesa* de todas as categorias de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

São, todas, genericamente, *funções de advocacia*, tomadas em seu sentido mais amplo, divididas em dois tipos básicos: a *advocacia privada* e a *advocacia pública* (tomada aqui também em seu sentido mais amplo).

A *advocacia privada* é a prestada por *advogados*, em caráter particular, atuando na zeladoria, promoção e defesa de todos os interesses jurídicos, de modo geral, excetuando-se as atuações reservadas exclusivamente aos órgãos da *advocacia pública* (CF, art. 133). Esta, a *advocacia pública*, é prestada organicamente na *estrutura do Estado*, através de órgãos unipessoais e funcionalmente independentes, subdividindo-se em três modalidades: a *advocacia da sociedade*, cometida ao Ministério Público (CF, art. 127), a *advocacia de Estado*, reservada expressamente à Advocacia-Geral da União, aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (CF, arts. 131 e 132) e, implicitamente, aos Procuradores autárquicos e fundacionais e aos Procuradores de Municípios com investidura estatutária, e a *advocacia dos hipossuficientes*, confiada à Defensoria Pública (CF, art. 134).

Vale observar que, com técnica equivocada, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, *restringiu* a denominação de *advocacia pública* apenas às funções de

advocacia de Estado (Título IV, Capítulo IV, Seção II), quando sob tal denominação deveria incluir todas as modalidades que assume, que são, em sentido amplo, as atividades especiais do ministério público da advocacia, incluindo, assim, as *advocacias institucionais* dos Municípios e das autarquias, *em simétrica distinção*, portanto, com a sua contraparte geral, o *ministério privado da advocacia*.

Ao Ministério Público e à Defensoria Pública se assegura *plena autonomia constitucional – funcional, administrativa, financeira e orçamentária*, essencial ao desempenho independente de suas funções (arts. 127, § 2.º, e 134, § 2.º), não obstante, por injustificada omissão constitucional, não se a tenha estendido à Advocacia Pública, as autonomias administrativa, financeira e orçamentária, igualmente essenciais para bem exercer com a necessária independência, serenidade e altivez as suas funções de guardiãs e provedores da *juridicidade, das atividades administrativas* em suas respectivas esferas de atuação.

A *Ordem dos Advogados do Brasil*, entidade e órgão de representação de classe da advocacia no País, além de gozar da autonomia funcional que, por isso, lhe é própria, tem seu *status de independência* afirmado e assegurado pelos artigos 93, I; 103, VII; 103-B, XII e § 6.º; 129, § 3.º; 130-A, V e § 4.º; e 132 da Constituição.

11. DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES

Por *delegação de funções* entende-se a *transferência*, total ou parcial, com ou sem reserva, de atribuições constitucionais ou legais.

Sob o critério *subjetivo*, consideradas as pessoas do *delegante* e do *delegado*, distinguem-se:

- a) a delegação de funções de Poder a Poder;
- b) a delegação de funções de órgão a órgão, dentro do mesmo Poder;
- c) a delegação de funções de uma unidade federada a outra; e
- d) a delegação de funções a entidades privadas.

Sob critério *objetivo*, em se considerando a *natureza* das atribuições transferidas, distinguem-se:

- a) a delegação de funções normativas;
- b) a delegação de funções administrativas; e
- c) a delegação de funções jurisdicionais.

A partir da classificação subjetiva, alinharam-se os seguintes os casos de delegação explícita ou implicitamente autorizados na Constituição:

11.1. Delegação de funções de Poder a Poder

É a hipótese que se denomina, em doutrina, de *delegação de poderes*. Está implicitamente vedada pela adoção do princípio da separação dos Poderes (CF, art. 60, § 4.º, III).

Exceção é a *lei delegada* (CF, art. 59, IV), uma hipótese constitucional de *delegação receptícia congressual*, que será elaborada pelo Presidente da República, devendo esta delegação ser solicitada ao Congresso Nacional e outorgada por Resolução, por maioria absoluta, com ou sem reserva de apreciação do projeto do Executivo (CF, art. 68).

11.2. Delegação de funções de órgão a órgão, dentro do mesmo Poder

No Poder Legislativo há previsão de delegação às suas *Comissões*, do poder de votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário (CF, art. 58, § 2.º, I).

Durante o *recesso legislativo* poderá atuar uma Comissão Representativa do Congresso Nacional no exercício de atribuições específicas, a serem definidas em regimento (CF, art. 58, § 4.º).

No Poder Executivo, está prevista, constitucionalmente, a *delegação de atribuições do Presidente da República* aos Ministros de Estado, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União (CF, art. 84, parágrafo único), sem prejuízo de outras hipóteses que a lei poderá estabelecer como aplicação ordinária do princípio hierárquico.

No Poder Judiciário, uma hipótese especial de *delegação regimental* de órgão a órgão está prevista, do Tribunal Pleno a órgão especial, desde que o órgão maior tenha número superior a 25 julgadores, para o exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais (CF, art. 93, XI).

11.3. Delegação de funções de uma unidade federada a outra

As normas de *cooperação* entre União e Estados, Distrito Federal e Municípios devem ser definidas em Lei Complementar (CF, art. 23, parágrafo único), que conterá as previsões genéricas das *delegações* a serem pactuadas.

Cabe, outrossim, às Constituições Estaduais, estabelecer hipóteses de *delegação do Estado a seus Municípios*, no normal exercício da competência remanescente (art. 25, § 1.º).

A delegação administrativa da União, aos Estados e Municípios, para execução de suas leis, serviços e decisões, desde que prevista em lei, poderá ser amplamente empregada mediante *convênios* (atos administrativos complexos), modalidade prevista implícita (CF, art. 23, parágrafo único) e explicitamente na Constituição (CF, art. 39, § 2.º, e art. 241) e, em âmbito infraconstitucional, por consórcios públicos, na forma da Lei nº 11.107/2005.

11.4. Delegação de funções a particulares

Denomina-se genericamente de *transferências*, ao cometimento do exercício de certas

atividades da administração pública a entes privados.

As *transferências* podem ser cometidas, alternativamente, com ou sem delegação e com ou sem reserva, por instrumento legal (*delegações legais*) ou administrativo (*delegações administrativas*) e a entes criados pelo próprio Estado ou pela sociedade.

Os modelos de *colaboração* entre as entidades privadas e o Estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da *consensualidade*, abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de administração pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do *espaço público não estatal*. Este fenômeno social contemporâneo tem possibilitado a expansão da ação coordenada das chamadas *entidades intermédias*, assim como a instituição de novos *instrumentos de provação social de controle*. Vem-se ampliando, graças a esse processo, o espaço de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado e o consequente progresso da *legitimidade democrática*.

11.5. Deslegalização

Modalidade anômala de *transferência sem delegação* é a *deslegalização*, ou *delegificação*, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no *caput* do art. 48 da Constituição (v. quadro IV).

Eduardo Garcia de Enterría, para afastar doutrinariamente confusão entre a *deslegalização* e a *delegação receptícia*, aponta que nesta hipótese, da simples *delegação*, a norma delegada tem força de lei – *lei delegada*, ao passo que naquela hipótese, da *deslegalização*, a norma deslegalizada tem natureza administrativa ou regulamentar. Por outro lado, a norma que institui a *delegação receptícia*, *esgota sua eficácia* apenas com seu exercício normativo pelo delegado, ao passo que a norma deslegalizadora, dispondo que certas matérias serão mais adequadamente tratadas por órgãos específicos (sejam públicos ou privados), será eficaz enquanto o legislador que a instituiu não a revogue.

QUADRO IV – TRANSFERÊNCIA DE FUNÇÕES

Delegação	De Poder a Poder De Órgão a Órgão do mesmo Poder De Ente Federado a Ente Federado De Ente Público a Particulares <div style="border-left: 1px solid black; padding-left: 10px; margin-left: 10px;"> <i>Legal</i> <i>Parcial</i> <i>Unilateral</i> </div>
Deslegalização	Integral Parcial

12. SOBERANIA E AUTONOMIA

O mundo greco-romano, ensinou Georg Jellinek, não conheceu o conceito de *soberania*. Para a teoria clássica, bastou a ideia de um *poder incontrastável*, a manifestar-se tanto interna como externamente.

Porém, com o tempo, esse juízo sofreu grandes mudanças, de modo que, hoje, é preciso cautela ao abordar temas longevos e mutantes, tais como este, faltando uma conceituação que, à semelhança da que foi pedida por empréstimo, no Capítulo anterior, a Rudolf von Ihering, para o estudo do Direito, ofereça qualidades didáticas flexíveis para absorver essas flutuações históricas, e possa ser atualizada.

Assim, para se ensaiar um conceito contemporâneo de *soberania* que se aproxime dessas desejadas características, certos elementos ganham especial importância: o *conteúdo*, o *potencial* e a *referência histórica*.

No tocante ao *conteúdo*, a soberania se manifesta como um atributo de *supremacia* do *Poder Estatal*, ou seja, é uma *qualidade do poder*, como já se haviam apercebido os clássicos, ao assimilá-la ao *imperium*.

Em segundo lugar, é preciso entender esse atributo *cratológico* – referido ao *poder* – no contexto estatal, como uma *qualidade essencial*, porém *latente*, pois a soberania prescinde de atos para afirmar-se-lhe a existência. Assim como o indivíduo tem, por exemplo, *capacidade* de contratar, o que significa que esta potencialidade existe, embora não exercida, do mesmo modo, a soberania consiste na *energia política latente* de um Estado, que tampouco necessita ser exercitada para que se lhe reconheça a existência.

Em terceiro lugar, é necessário situá-la *historicamente* na relação espaço-tempo, como um *poder juspolítico* referido a determinada *ordem jurídica*, de algum Estado e em alguma época.

Com esses elementos, a soberania pode ser conceituada como a *qualidade de um poder político* que caracteriza uma *ordem jurídica insubmetida a qualquer outra*.

Georg Jellinek, que conferiu especial destaque jurídico à ideia de soberania, enfatizava-lhe, precisamente, essa característica da *autolimitação*, como a “capacidade de um ente de determinar-se a si próprio sob o ponto de vista jurídico”. A partir daí, distinguem-se no conteúdo jurídico da soberania, três distintos elementos: a *autodeterminação jurídica plena*, o *autogoverno* e a *autoadministração*.

Na ideia de *autodeterminação jurídica plena*, se expressa o poder de fixar as regras de competência para todos os órgãos do Estado soberano, peculiaridade tão importante, que

levou Paul Laband a defini-la, sinteticamente, como a *competência para ditar a competência* (*Kompetenz von Kompetenz*).

No *autogoverno*, o poder de um ente político se expressa pelo fato de se reger pelas normas que ele próprio institui, obedecendo, embora, à normatividade primária a que se submete.

N a *autoadministração*, ressalta o poder de gestão, que incide sobre pessoas, bens e serviços, com vistas ao atendimento de *interesses*, sob condições heteronomamente definidas.

Encontrando-se presentes, no *poder* próprio de um ente público, esses três elementos – *autodeterminação jurídica plena*, *autogoverno* e *autoadministração* – tem-se então caracterizada a sua *soberania*; mas se só se encontrarem os dois últimos elementos, tem-se a *autonomia*; e se apenas o último, a *autarquia*.

Para Georg Jellinek, os atributos da soberania se resumem na *unidad*, na *indivisibilidade* e na *inalienabilidade*. Por isso, em símile posto sem maior rigor, a soberania está para os Estados, assim como a liberdade está para os indivíduos; ora, como a liberdade só pode ser *una*, pois não há duas maneiras de ser de uma mesma pessoa, a soberania também é um atributo singular de cada Estado. Não se confunda, porém, a *liberdade*, concebida *in genere*, com as suas expressões específicas, as chamadas *liberdades individuais*.

Como corolário, a *soberania*, no Estado, à semelhança da *liberdade* para os indivíduos, por ser um atributo essencial, é *incindível* e *inalienável*, não podendo ser destacada do ente que a gerou, muito embora, no plano do real, o *exercício da soberania*, do mesmo modo que o *exercício da liberdade*, enquanto se considere a manifestação externa do poder, poderá estar cercado e restringido *de fato*, sem que isso em nada comprometa a sua integridade jurídica conceptual.

13. FEDERAÇÃO

Os Estados federados são exemplos de aplicação juspolítica das noções examinadas de *soberania* e de *autonomia*, uma vez que a *federação* é uma *forma de Estado* cuja característica reside na reunião de Estados-Membros *autônomos*, que se submetem a um poder central *soberano*.

A existência de uma *federação*, que na sintética expressão de Paulino Jacques é um “Estado de Estados”, depende de uma nítida *distribuição de competências*, de modo que se defina claramente o que compete ao Poder Central (a União), aos Estados-Membros (ou simplesmente Estados, Províncias, Cantões etc.), e, no caso brasileiro, também ao Distrito Federal e aos Municípios, pois que constituem unidades federadas *sui generis*.

Entre as soluções constitucionais possíveis para que se institua essa *partilha de*

competências, também denominadas de *poderes federativos*, entre União e Estados-Membros, como entidades necessariamente presentes numa federação, têm-se preferido, no Brasil, explicitar as competências da União e deixar as *remanescentes* para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por motivos pragmáticos, a doutrina distinguiu da *competência explícita* da União, a variedade *implícita*, isto é, aquela que logicamente decorre da que foi manifestamente expressada ou cuja existência deva ser necessariamente reconhecida para o pleno exercício da competência explícita.

Como se aludiu, a federação brasileira acrescentou ao esquema bipartite tradicional uma peculiaridade, com a introdução do *Município* como entidade federada, a gozar, igualmente, de *autonomia política* (art. 18, *caput*, da Constituição Federal).

A este, assim instituído, *terceiro grau de personalização juspolutica* reserva-lhe, a Constituição de 1988, um espectro de competências *enumeradas* (arts. 23 e 30, II a IX) e *não enumeradas*, estas, compreendidas numa fórmula ampla – o atendimento ao *interesse local* (art. 30, I) – que a tradição constitucional brasileira tem entendido qualificado como o *peculiar e predominante* interesse dessa circunscrição política.

Particularidade do Município de relevância para o Direito Administrativo é o *autogoverno* desses interesses locais, característica que lhe confere *autonomia* em relação ao Estado-Membro, de que faz parte integrante, desfrutando de *autodeterminação jurídica* relativa, em face das duas outras órbitas federativas, o que lhe permite, inclusive, votar sua própria *Lei Orgânica*, que é a sua *carta política municipal*, consoante o art. 29, *caput*, da Constituição Federal.

Definem-se, assim, na federação brasileira, três classes de *ordens jurídicas autônomas* em suas respectivas esferas de competência, delimitadas apenas pela Constituição Federal (art. 18, *caput*): a *federal*, as *estaduais* e as *municipais*, integrando, ainda, a organização federativa, também com sua própria *ordem jurídica autônoma*, o Distrito Federal, sede da Capital da República, situando-se constitucionalmente como um Estado anômalo, embora autônomo, com personalidade jurídica e competências políticas próprias (arts. 23 e 32, § 1.º).

14. INTEGRAÇÃO ADMINISTRATIVA: O FEDERALISMO BRASILEIRO

O *federalismo*, inspirado no protótipo de *descentralização espacial de poder*, como instituído na Constituição dos Estados Unidos da América, foi concebido como técnica de *separação de centros de poder* para reduzir os inconvenientes de uma excessiva concentração em um só ente político, flexibilizando-os de modo a atenderem às peculiaridades regionais de países com grandes territórios, como o subcontinente brasileiro, tendo sido, entre outras razões, a forma de *organização territorial política* adotada desde a primeira Constituição republicana,

de 1891, e mantida em todas as Cartas políticas que regeram o País, salvo durante o breve interregno de *unitarismo* do Estado Novo, experimentado sob a Constituição de 1937.

Desde então, nos sucessivos Diplomas Constitucionais, apenas com a exceção apontada, a solução federalista adotada pela República no final do século XIX vem-se adaptando paulatinamente à complexa realidade nacional, muito embora não se haja logrado a instituição de um modelo satisfatório para conciliar a *autonomia* dos entes da Federação com suas excessivas *desigualdades geográficas e socioeconômicas*, e para evitar as recorrentes *tendências centrípetas de poder*, que têm tolhido o desenvolvimento da identidade e da criatividade das unidades federadas pela imposição de uma irracional, exagerada e asfixiante *simetria federativa*, tanto no plano estadual como, ainda mais agravadamente, no plano municipal, no qual são ainda mais caleidoscópicas e evidentes as diversidades geográficas, sociais e econômicas.

Pode-se, não obstante, em apertada síntese, identificar, nesta perspectiva histórica de mais de um século de experiência federativa, uma persistente tendência ao fortalecimento das competências da União, tal como ocorre no tocante à tributação e à direção de políticas de desenvolvimento, e, mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, estendendo-se ao *regramento detalhado e casuístico da administração pública*, sem abrir margens à adaptação criativa, que é exatamente uma das vantagens assinaladas no federalismo.

Destacam-se, por outro lado, como acertos históricos, entre as mais importantes instituições centralizadoras produzidas nessa peculiar evolução do federalismo brasileiro, a formulação pela União de políticas integradas de *desenvolvimento regional*, destinadas a atender áreas do território nacional com características geossocioeconômicas homogêneas, independentemente da divisão política (art. 21, IX, da Constituição Federal), tal como se expressa em toda uma Seção da Constituição, intitulada “Das Regiões” (art. 43), a serem operadas pelos *organismos regionais* federais.

Envolvendo o plano estadual, existem, ainda, outros instrumentos constitucionais que também interferem nas prerrogativas autonômicas municipais, criados para promoverem a *integração física, econômica e social de áreas ou de serviços públicos*, independentemente dos limites territoriais das unidades federadas, que são as *regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas, as microrregiões e os pactos de cooperação*.

As *regiões metropolitanas*, instituto introduzido na Carta de 1967 (art. 157, § 10) e mantido na atual (art. 25, § 3.º), devem ser criadas por *lei complementar dos Estados*, com vistas à *integração da organização, do planejamento, da programação e da execução de funções de interesse comum* de grupos de municípios limítrofes, que apresentem fenômenos de *conurbação*. O mesmo se diga das *aglomerações urbanas*, que são, também, concentrações existentes fora das áreas das capitais.

As *microrregiões*, à semelhança das regiões no plano federal, congregarão municípios limítrofes geoeconômica e socialmente homogêneos, com o fim de aplicar-lhes soluções político-administrativas uniformes, de cooperação e de incentivo. Esses instrumentos devem ser criados por *lei complementar estadual*, que definirá sua organização e funcionamento (art. 25, § 3.º, da Constituição Federal).

Quanto aos *pactos de coordenação* para a atuação concertada de unidades da federação, como se dá nas modalidades do *convênio*, do *consórcio* e do *acordo de programa*, neste incluídos os impropriamente denominados *contratos de gestão*, abrem, todos eles, um amplo campo à negociação entre as unidades políticas.

O *convênio* institui uma *cooperação administrativa* para a execução de atividades que sejam de competência de uma das partes, o *consórcio* reúne meios para executar, por cooperação, atividades de competência de todas as entidades pactuantes e os *acordos de programa* somam esforços cooperativos e colaborativos de entidades e órgãos privados ou públicos, sob a coordenação ou supervisão de uma ou de várias destas últimas.

Os pactos de coordenação de atividades entre entes públicos poderão, sob autorização legislativa específica outorgada pelas partes, instituir órgãos personalizados para a execução das atividades comuns, sob a forma de *autarquias*, de *paraestatais* ou *delegá-las a entidades privadas*.

Superando a escassez de legislação atualizada e apropriada para o desenvolvimento dessas fórmulas político-administrativas de coordenação de atividades de interesse público, que cada vez mais ganham expressão na prática federativa, a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, inaugurou uma nova etapa de instrumentação desses pactos, dispondo sobre normas gerais de contratação de *consórcios públicos*; iniciativa meritória, embora a opção por uma *indevida contratualização*, forçada nessa modalidade de pacto e o seu indisfarçável viés burocrático e centralizador, traga obstáculos à sua ampla aceitação e generalizado emprego, como certamente se pretenderia.

Em suma, de um lado, a forte tendência centralizadora na União e o cultivo anacrônico do *princípio da simetria*, e de outro, a tímida abertura autonomista proporcionada pela instituição das referidas modalidades de *coordenação administrativa*, a que se acrescem, positivamente, a distinção doutrinária entre as *leis federais nacionais* e as *leis federais tout court*, de aplicação restrita à União, bem como o conceito, ainda em evolução, de *normas gerais*, como se apresenta, na Constituição de 1988, nos casos de competência concorrente limitada (art. 24, § 1.º), apontam tendências equívocas, que, em suma, são as que caracterizam ainda um modelo *in fieri* de federalismo brasileiro (v. quadro V).

QUADRO V – INTEGRAÇÃO ADMINISTRATIVA NO FEDERALISMO BRASILEIRO

INSTRUMENTOS COERCITIVOS	INSTRUMENTOS VOLUNTÁRIOS
Desenvolvimento Regional (Art. 21, IX, CF)	
Regiões Metropolitanas	
Aglomerações Urbanas	
Microrregiões (Art. 25, § 3º, CF)	Pactos de Cooperação
	Consórcios Convênios Acordos de Programa

II

PARTE GERAL

15. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Em comparação com os multicentenários ramos da ciência do direito, o *direito administrativo*, com pouco mais de dois séculos de existência, é ainda relativamente recente. Por outro lado, sua elaboração, em vez de ter sido lenta, cuidada e repensada e, tal como o ramo privado, intensamente trabalhada a partir de um *direito costumeiro* milenarmente sedimentado, foi improvisada, por vezes apressada e, sobretudo, sempre conturbada por acontecimentos políticos, econômicos e sociais que agitaram os últimos duzentos anos, em que se apreciaram grandes transformações históricas.

Somem-se a isso, já na perspectiva brasileira, as vacilações e vicissitudes que marcaram a elaboração positiva nacional das instituições jusadministrativas e a peculiaridade de ser um ramo jurídico pouco consolidado e raramente codificado, e ter-se-ão algumas das razões pelas quais se ressentiu a Disciplina de maior coerência e de segura estratificação em vários de seus suportes teórico-dogmáticos.

Mas essa perspectiva se tem alterado a partir do quadro constitucional inaugurado em 1988, bem como sob o influxo renovador das fontes doutrinárias europeias, de modo que o Direito Administrativo brasileiro se desenvolveu mais nestes últimos vinte anos do que em toda sua trajetória desde a independência, fato que se pode constatar facilmente não só pela explosão legislativa, como pela abundância de obras jurídicas publicadas nesse período e pela cada vez mais aperfeiçoada qualificação de seus cultores.

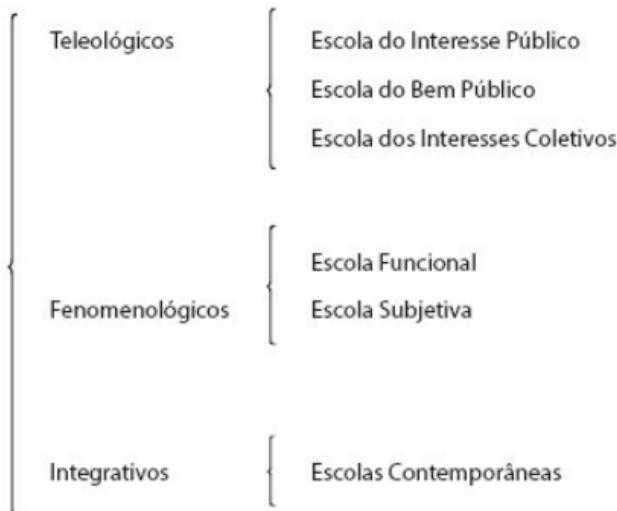
Todavia, a herança do ritmo, então lento, da elaboração doutrinária e jurisprudencial continental europeia, a que se somava o fato de que em grande parte do mundo anglo-saxão o Direito Administrativo não era cultivado, limitava a fertilização cruzada entre os grandes *sistemas jurídicos ocidentais*; isso, além dos percalços apontados em sua própria evolução, refletidos nas vacilações e desencontros doutrinários, o que se manifesta, desde logo, quando se trata da *conceituação do Direito Administrativo*, pois tão variados são os enfoques, que se faz necessário desenvolver um trabalho classificatório preliminar, com vistas a distinguir os diferentes tipos de abordagens do elusivo conceito da Disciplina, os quais, para comodidade didática, serão reunidos em dois grupos: um grupo *limitativo do conceito* e um grupo *ampliativo do conceito* (v. quadro VI).

QUADRO VI – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1. GRUPO LIMITATÓRIO



2. GRUPO AMPLIATIVO



15.1. Grupo de conceitos limitativos

No primeiro grupo, alinharam-se as escolas e os autores que dão sentido limitativo ao Direito Administrativo, delimitando-lhe um determinado campo substantivo de abrangência. Alinha-se neste grupo a chamada *Escola Legalista*, a mais antiga e também conhecida como *Escola Francesa* ou *Clássica*, para a qual o Direito Administrativo consistia, meramente, no estudo das normas administrativas de um determinado país, um conceito que, não obstante padeça de evidente vício lógico, pois que se vale, para definir, de um elemento a ser, ele próprio, definido – o que são normas administrativas – ainda mantém adeptos.

Também neste grupo se inclui a chamada *Escola Italiana* clássica que, a partir das lições de Lorenzo Meucci, entendia o Direito Administrativo como o estudo dos atos do Poder Executivo, uma corrente, que ostenta nomes ponderáveis do Direito peninsular, como Oreste

Ranelletti e Guido Zanobini e, entre os mais recentes, Arturo Lentini.

Alinhamp-se, como importante subgrupo, alguns doutrinadores que reduzem, ainda mais, o Direito Administrativo ao *conjunto das regras que regem os serviços públicos* ou, pelo menos, os que consideram central esta noção. Esse critério, também de origem francesa, teve os avais de Léon Duguit e de Gaston Jèze, de certa forma o de Henri Berthélémy, e impressionou tratadistas sul-americanos mais antigos, entre os quais Rafael Bielsa, na Argentina, e Themístocles Cavalcanti, no Brasil.

15.2. Grupo de conceitos ampliativos

Neste segundo grupo, encontram-se as escolas e os autores que partem de *critérios ampliativos* para conceituar o Direito Administrativo, portanto, sem preocupação de delimitar seu conceito a elementos objetivos, mas procurando caracterizá-lo em função do que seriam considerados *fenômenos jusadministrativos*, genericamente enunciados sem lindes precisos, e permeados de intensa subjetividade.

Para tanto, de modo geral, este grupo se vale de *conceitos indeterminados*, tais como *bem comum* ou *interesse geral*, para identificar o que seria o peculiar *campo dos fenômenos jusadministrativos*, de sorte que as conceituações propostas, do mesmo modo, se apresentam sempre muito abertas, porém imprecisas. Os autores nele alinhados justificam o emprego deste critério em razão do que apontam como a *característica dinâmica* do Direito Administrativo, que, por isso, se mostraria incompatível com a adoção de conceitos que, por restritivos, acabariam contrastando com essa peculiaridade.

Pensam assim, até mesmo os que procuraram estreitar um pouco mais esses referenciais amplíssimos, como Paul Duez, que o define como o ramo do Direito que se ocupa das relações em que existe um *interesse público*, ou André Buttgenbach, que o relaciona a um *bem público*, ou o ilustre mestre lusitano Marcelo Caetano, que o vê como o sistema de normas jurídicas que disciplinam as relações pelas quais o *Estado, ou pessoa que com ele coopera, exerce a iniciativa de gerir interesses coletivos utilizando o privilégio de execução prévia*, acrescentando esta qualificação – a *execução prévia* – que, não obstante, veio a perder a importância de que se revestia no Direito Administrativo clássico.

Como se pode apreciar, existia nesses casos, em comum, o *aspecto teleológico da ação do Estado*, que, de algum modo, vinha sempre ressaltado.

Esta preocupação, de *deixarem aberta* toda a categoria dos fenômenos estudados pelo Direito Administrativo, fez escola na Alemanha, a partir do gênio sistematizador de Otto Mayer, que *deduziu o conceito da Disciplina por exclusão*, a partir do exame do *conjunto das atividades exercidas pelo Estado*, irradiando-se por vários sistemas. A sua fórmula, enunciada em 1895, foi tão feliz, que ainda hoje se mostra suficientemente elástica para articular-se elucidativamente com os novos enfoques: o *Direito Administrativo rege todas as atividades do*

Estado que não forem formalmente legislativas ou jurisdicionais, ou seja, excluídas, apenas, a criação formal da norma legal e sua aplicação judiciária ao caso concreto.

Observe-se que esse conceito *compreende, efetivamente, o Direito Administrativo das atividades introversas de corpos legislativos e de tribunais judiciários*, sempre que eles não estejam, rigorosamente, *legislando ou julgando conflitos de interesses, bem como, igualmente, inclui as atividades-meio introversas desenvolvidas por quaisquer órgãos constitucionalmente autônomos*, tanto os existentes, como os que venham de futuro a ser criados.

Do mesmo modo, com preocupação *fenomenológica*, aceitando, porém, o critério de *enumeração de atividades*, em vez de se servirem de fórmulas de exclusão, são encontrados importantes outros conceitos ampliativos nas obras de Gascón y Marín, Benjamin Villegas Basavilbaso e, entre nós, propostos pelos mestres Ruy Cirne Lima e José Cretella Júnior, sendo que este último, ao apresentar a Disciplina, atribui especial ênfase ao critério subjetivo ao enunciá-la como “*o ramo do direito público interno que regula a atividade das pessoas jurídicas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas*”, com ampla divulgação no Brasil.

José Cretella Júnior, em obra anterior, já demonstrara, como também o fez entre nós Mário Masagão, uma forte influência da concepção de Otto Mayer, como pode ser bem observada na definição irretocável de Masagão: “*conjunto dos princípios que regulam a atividade não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral.*”

Posteriormente, coube a Hely Lopes Meirelles, sem dúvida o grande sistematizador nacional da Disciplina em sua época, corrigir a insuficiência apresentada pelos conceitos puramente *teleológicos* e *fenomenológicos*, combinando-os habilmente na seguinte definição: “*Direito Administrativo Brasileiro é o conjunto harmônico de princípios e normas jurídicas que regem as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*”.

Com a qualificação de “Brasileiro”, ressalta o autor a característica *nacional* da Disciplina. Com a menção aos “princípios”, evoca o seu *caráter científico*, estremendo-o, pioneiramente, de um exclusivo estudo do *direito positivo*. Referindo-se às “atividades públicas”, insere discretamente o critério *fenomenológico*. Finalmente, com a menção aos “fins desejados pelo Estado”, completa o seu conceito com o elemento *teleológico*. Em suma: Hely havia produzido, com seu peregrino talento didático, um conceito eclético que vem servindo às gerações subsequentes.

Mas é especificamente, ao introduzir a expressão “*atividades públicas*”, que o ilustre doutrinador marca o seu afastamento da clássica proposta de Otto Mayer para dar um toque pessoal ao espinhoso problema de defini-las, ao qualificá-las sob um tríplice aspecto: (1) como *atividades concretas*, diferenciando-as daquelas voltadas à elaboração da norma legal, que são *atividades abstratas*; (2) dizendo-as *diretas*, para distingui-las da atividade judiciária, que é

indireta; e (3) caracterizando-as como *imediatas*, para excluir as atividades sociais do Estado, que prosseguem de maneira *mediata* os seus fins.

Encerrando este repasso histórico, com a intenção de obviar os defeitos correntes dos conceitos ampliativos, o administrativista austríaco Adolf Merkl propôs *duas definições combinadas*: uma *positiva* e outra *negativa*, mas que necessitam de uma apreciação conjunta para expressarem o pleno sentido, tal como presente nos conceitos produzidos na Modernidade. Nele, a *definição negativa* é ainda a que se expressa na linha de Otto Mayer: “*Tudo o que resta da atividade do Estado, excluída a legislação e a jurisdição*”, mas é a *definição positiva* que vai resgatar a característica da *imperatividade*, que necessariamente ele via nos fenômenos objeto da Disciplina, assim apresentada: “*É o campo da atividade estatal colocado no regime de subordinação*”.

Como se apreciará, de um lado, a *multifuncionalidade* das atividades dos Estados pós-modernos ultrapassou a limitada visão funcional tripartite e, de outro, uma nova concepção democrática das relações entre Estado e sociedade permitiu a abertura de inúmeros setores de cooperação entre ambos, em que a *consensualidade* passou a ser tanto ou mais importante que a imperatividade na ação administrativa pública.

15.3. O conceito

Ao se considerar o Direito Administrativo como *ramo do Direito Públco*, como examinado no Capítulo I, à luz da *teoria dos conflitos*, não há inconveniente em manter no *núcleo* do conceito que se propõe neste Curso, a concepção elástica de Otto Mayer, sem correr-se o risco de chegar a uma formulação efêmera.

Por outro lado, é preciso distinguir no Direito Administrativo, como alertou o clássico francês André de Laubadère, duas distintas realidades: de um lado, a da *disciplina científica* e, de outro, a do *corpo de regras*, objeto de seu estudo.

Finalmente, com alusão a uma expressa referência aos *fins do Estado*, sem dúvida um referencial valorativo indispensável, é preciso que o conceito a ser aqui proposto, conserve e enfatize o enfoque *teleológico*.

Mesmo com esses cuidados, este conceito em construção não será satisfatório se não refletir também a inserção contemporânea da Disciplina no *contexto constitucionalizado*, adotado pelo País, como *Estado Democrático de Direito* (CF, art. 1.º), expressão que indica a dupla e inextricável submissão que se quer do Estado: à *vontade do povo* e à *vontade da ordem jurídica*, que surge como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente do conceito mais antigo – o de *Estado de Direito* – com o do mais recente – o de *Estado Democrático* – que, no constitucionalismo emergente da segunda metade do século XX – também por isso hoje mais conhecido como *neoconstitucionalismo* – ganharam sua vitoriosa *expressão integrada*.

De um lado, o *Estado de Direito*, que se subordina à *ordem jurídica*, não é apenas aquele em que a *legislação* está limitada e condicionada por uma Constituição e em que a *jurisdição* garante sua aplicação na solução dos conflitos de interesses, mas aquele em que a *administração pública*, bem como todas as demais manifestações do Poder Público submetem-se totalmente ao princípio da *legalidade*, em que a *reserva legal* limita e condiciona a ação do Estado.

Por outro lado, o *Estado Democrático*, que se subordina ao *interesse público*, tal como o define o povo pelos instrumentos de participação política, tampouco é apenas o que espelha em sua *legislação* essa opção popular, mas aquele em que também a *administração pública*, bem como todas as demais manifestações do Poder Público, estão do mesmo modo adstritas à finalidade de realizar o interesse público e no qual a *jurisdição* passa, também, a exercer o controle dos atos que excedam ou afrontem o princípio da *legitimidade*, em que a *reserva do consentimento político* igualmente limita e condiciona qualquer ação do Estado.

Finalmente, mas não com menor importância, é preciso que se enfatize que os *valores morais* da sociedade, reiteradamente referidos na Constituição, que devem permear e orientar tanto a ordem jurídica abstrata como a ação concreta do Estado, são tão ou mais importantes que os referenciais mencionados, da lei e do consentimento político. Assim, a fiscalização da observância dessa elevada e ultimada exigência da *licitude* da ação pública, tal relevância tem para a construção de um *Estado de Justiça*, que foi cometida ao próprio povo – o soberano nas democracias – de forma solene e amplíssima pela Constituição (art. 5.º, LXXIII, CF), pondo em destaque evidência o princípio da *moralidade* (art. 37, *caput*, CF).

Portanto, submetida assim à tríplice vinculação ética – à *legalidade*, à *legitimidade* e à *moralidade* – não se esgota a República Federativa do Brasil em expressar-se como *Estado Democrático de Direito*, mas afirma, sobretudo, a sua transcendente *vocação* para tornar-se, em síntese, um *Estado de Justiça*.

Ao se levar em consideração todos esses elementos, um conceito integrativo pode ser assim enunciado:

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.

Este conceito, coerente com as propostas do Estado Democrático de Direito e na orientação acenada pelo Estado de Justiça, supera, simultaneamente, as visões políticas outrora prevalecentes tanto no Estado paleoliberal como no Estado do bem-estar social: o primeiro, que reagia ao absolutismo do poder com uma forte vocação de *liberdade*, e o

segundo, que reagia à omissão excessiva do poder com uma forte visão de *solidariedade*, acompanhando, dessa maneira, as ideias jurídicas que se assentaram durante essas duas fases da história política recente, na mesma acelerada e riquíssima evolução que levou à transcendência da chamada *jurisprudência dogmática* em direção à *jurisprudência dos interesses* e, desta, para a enriquecedora *jurisprudência de valores*, como praticada no Estado pós-moderno.

Por derradeiro, vale ressaltar que o conceito oferecido expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo, que o tinha como um *direito do Estado*, enquanto administrador monopolista do interesse público, para incorporar essa nova perspectiva da pós-modernidade, que enfatiza o *direito do administrado* em face do Estado, este, agora, enquanto instrumento e parceiro da sociedade na *funcionalização de seus direitos fundamentais*.

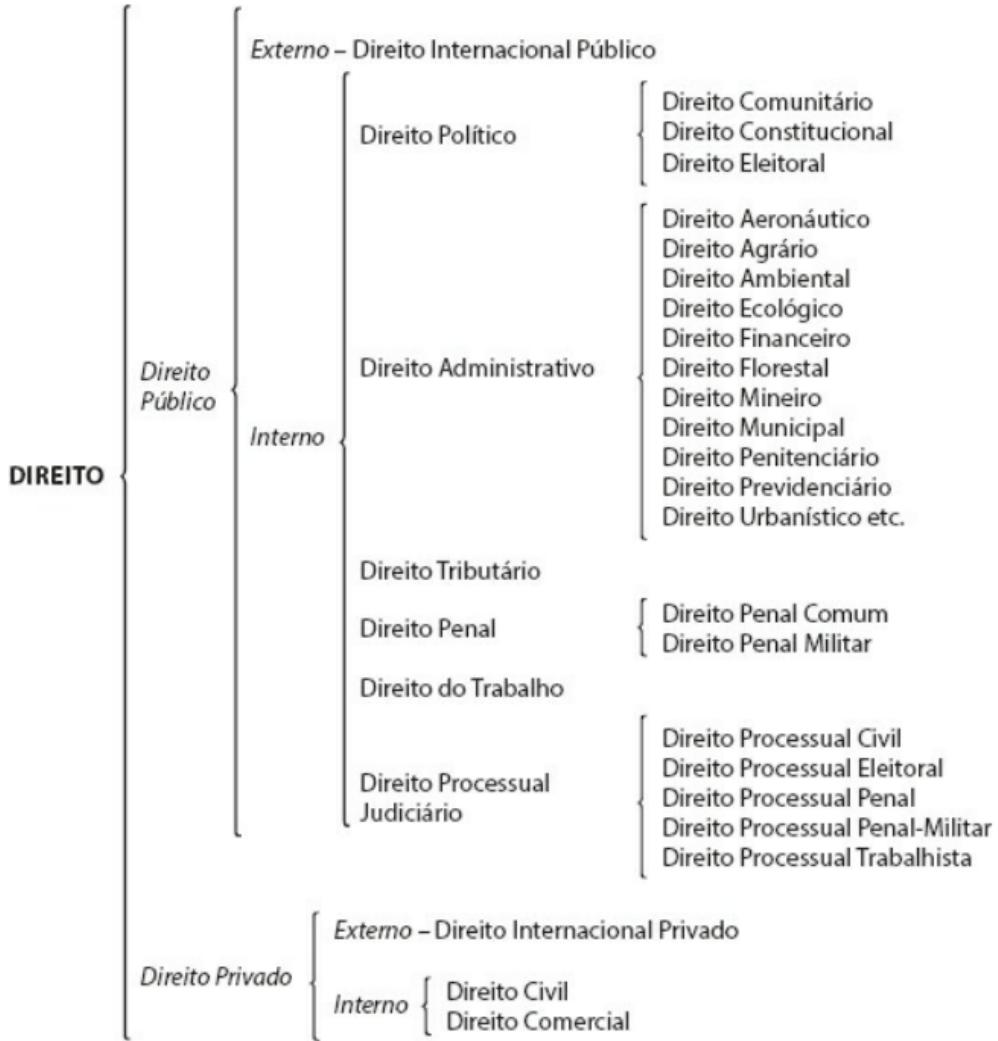
Na exata lição de Hartmut Maurer, o Direito Administrativo não rege apenas as atividades dos órgãos da Administração, pois que, no sentido preciso do termo, se ocupa das relações entre a *administração pública* e os *administrados*. Observe-se que, com este enfoque, a tradicional denominação – de *administrados* – não mais padece da conotação pejorativa, associada no passado à *submissão*, mas, ao contrário, indica hoje aqueles que, por serem os legítimos senhores do poder político, necessariamente devem ser os *servidos e beneficiados pela ação do Estado*, como alusão às características dessa *relação fundamentalmente balizada no neoconstitucionalismo*.

Em conclusão, o Direito Administrativo ganha, na pós-modernidade, uma amplitude ambivalente, passando a ser entendido como um *direito comum* das relações entre Administração e administrado, sob o qual são constituídos *direitos e obrigações recíprocos*, mas que, salvo nas expressas exceções contempladas na própria Constituição, os *direitos e garantias imanentes às pessoas preferem às prerrogativas de função outorgadas à Administração Pública*, pois, em termos de valor, a *gestão pública é instrumental*, enquanto a *liberdade é substancial*.

16. TAXINOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Trata-se, neste item, de situar a posição enciclopédica do Direito Administrativo entre as Disciplinas afins e os demais ramos do Direito; a situação desde o início sugerida, quando se indicou a sua inclusão no *Direito Público* e nele se o distinguiu das matrizes do *Direito Constitucional*.

Assim, o *Direito Administrativo* se relaciona com os demais ramos das *Ciências Jurídicas* (A) e com as demais Ciências que lhe fornecem subsídio lógico ou metodológico (B) (v. quadro VII).



16.1. Relações com as demais disciplinas jurídicas

Com o *Direito Internacional PÚBLICO* – As atividades diplomáticas são *atividades administrativas* do Estado que se destinam a projetar a vontade do País no campo específico do Direito Internacional PÚBLICO. Quanto aos *tratados e convenções* internacionais, pode-se observar que vários assuntos afetos ao Direito Administrativo recebem tratamento concomitante por parte do Direito Internacional PÚBLICO, fato que se vem tornando cada

vez mais corriqueiro, como, por exemplo, nas *atividades consulares*, nas *telecomunicações*, na *navegação marítima e aérea*, nos *correios*, na *propriedade industrial*, na *defesa sanitária*, na *identificação pessoal*, na *ecologia*, na *moeda* e nas *finanças*, no *comércio* e tantos outros setores de atividade que se vão acrescendo a esta lista. No que se referem às atividades dos órgãos internacionais, elas estão submetidas ao que já se convencionou chamar de *Direito Internacional Administrativo*, regendo a atuação daqueles órgãos sob técnicas e institutos de nossa Disciplina.

Com o *Direito Político* – As relações são entre *finalidade* e *objetivo*. O Direito Político estabelece as *finalidades* da Política, do Estado e do Direito, enquanto o Direito Administrativo persegue *objetivos* que lhe são constitucionalmente impostos, delas derivados.

Com o *Direito Comunitário* – Neste novíssimo ramo jurídico que rege a organização e funcionamento de comunidades políticas supranacionais, das quais o único exemplo consumado é a *Comunidade Europeia*, as relações são tão intensas a ponto de justificar-se o seu estudo discriminado, que se constitui, quase que em sua integralidade, de *normas de direito administrativo*.

Com o *Direito Constitucional* – As relações já foram expostas, mas por outro ângulo, a Constituição fixa com preeminência, além da organização do Estado, os *direitos fundamentais* e as *grandes linhas de todos os ramos jurídicos*, embora, por vezes, desça a detalhes prescritivos de menor importância, neste caso, já com o propósito de lhes conferir maior *estabilidade*, como abundantemente o faz a Constituição Federal de 1988.

Com o *Direito Eleitoral* – A vinculação está na organização dos processos de escolha de representantes e de altos agentes políticos, inclusive nas atividades de votação e de apuração dos pleitos, bem como na dinâmica do funcionamento dos partidos políticos e disciplina interna de suas atividades.

Com o *Direito Financeiro* e o *Tributário* – Estes recentes esgalhamentos do Direito Administrativo regem, especificamente, as atividades e relações administrativas que se referem à *captação, custódia, gestão e dispêndio de recursos públicos*, o que é feito sob a disciplina geral administrativa, embora com autonomia disciplinar substantiva, justificada pela crescente importância e complexidade de que se revestem essas específicas atividades no Estado contemporâneo.

Com o *Direito Municipal*, com o *Direito Ambiental*, com o *Direito Urbanístico*, com o *Direito Ecológico*, o *Direito Agrário*, o *Direito da Mineração*, o *Direito da Eletricidade*, o *Direito das Águas*, o *Direito da Navegação*, o *Direito Florestal*, o *Direito do Petróleo* e tantos outros – todos recentes ramos didáticos, inegavelmente, por sua importância e também por sua crescente complexidade no mundo atual – demandam *tratamento sistemático especial*, relacionando-se com o Direito Administrativo na razão de parte para o todo. Com efeito, embora os *princípios* e muitos dos *preceitos* que os regem, sejam predominantemente administrativos, a eles se

acrescem princípios próprios específicos e elaboradas regras técnicas que justificam sua *autonomia didática*.

Com o *Direito Penitenciário* – Igualmente, uma relação de *todo para parte*, ganhando, o ramo didático, uma relativa autonomia em razão de sua interconexão com as *Ciências Jurídico-Penais*, notadamente com a *Criminologia*, o *Direito Penal* e o *Direito Processual Penal*.

Com o *Direito Penal* – São vários os vários os pontos de contato, podendo ser mencionados: os *crimes contra a Administração Pública*, os *crimes praticados por servidores públicos*, os *crimes de responsabilidade* e as *transgressões limítrofes capituladas* como atos de *improbidade administrativa*. Por outro lado, há que se considerar a específica repercussão de certos julgados criminais na órbita administrativa e, mais recentemente, a possibilidade de aplicação de certos princípios penais no *Direito Administrativo Sancionatório*, sempre que imprescindível à salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Com o *Direito Previdenciário* – Outro ramo cujo estudo demanda autonomia didática, também pela complexidade e importância da matéria, é de se notar a situação intermediária do Direito Previdenciário, entre o Administrativo e o do Trabalho, colhendo em ambos os ramos, importantes subsídios institucionais.

Com o *Direito Processual* – Qualquer dos ramos do *Direito Judiciário*, o civil, o penal, o eleitoral, o trabalhista e o penal militar, apresentam estreita vinculação com o Direito Administrativo, porque os membros do Poder Judiciário praticam, dentro e fora dos respectivos processos, *atos administrativos* e se valem de *processos administrativos*. As atividades judiciais, além disso, são reguladas pelas Leis de Organização Judiciária e pelos Regimentos dos Tribunais, que são corpos de normas administrativas internas – *interna corporis*. Acresce, sob outro aspecto, que os princípios da Teoria Geral do Processo informam, também, os processos administrativos, inclusive com a aplicação subsidiária de normas processuais, que são de Direito Público.

Com o *Direito Aeronáutico* – Muito embora sua natureza híbrida, isso não o torna um ramo do Direito Comercial, não obstante a existência de normas de Direito Privado, pois, em razão das inúmeras *relações jurídicas de Direito Público por ele reguladas*, situa-se como um ramo didaticamente destacado do Direito Administrativo, tanto quanto o são vários de seus esgalhamentos, com imbricações internacionais e, até mesmo, *transestatais*, como é o caso das normas administrativas editadas pela IATA (*International Air Transport Association*).

Com o *Direito do Trabalho* – Esta é outra Disciplina de colocação enciclopédica controversa, mas a maioria da doutrina a vê como um ramo disciplinar do Direito Público, não só em razão da maciça intervenção estatal nas relações laborais e paralaborais que rege, como do nítido entrelaçamento que decorre da administração, realizada por órgãos públicos, do cumprimento dos preceitos da legislação trabalhista, inclusive com atividades no exercício de manifestações específicas do poder de polícia.

Com o *Direito Internacional Privado* – A vinculação está no desenvolvimento das múltiplas atividades administrativas a cargo de agentes consulares.

Com o *Direito Civil* – As relações são também plurímodas. Desde logo, a parte geral do Direito Civil contém os grandes delineamentos da *Teoria Geral do Direito*: basicamente, os conceitos fundamentais sobre pessoas, bens e atos jurídicos são lá encontrados. Quanto à sua parte especial, prosperaram, durante muito tempo, inextricáveis confusões entre as duas Disciplinas, havendo mesmo, no início do século, quem quisesse, por isso, reassimilá-las. Na França, onde a separação foi laboriosa, certa tendência a confundir os institutos de Direito Administrativo com os do Direito Civil permaneceu em vários vezos doutrinários, que atravessavam o Atlântico com o timbre de autoridade e, por isso, ainda hoje, são encontrados, tantas vezes inadvertidamente repetidos.

Essa confusão se originou na noção de *Fisco*, pessoa que se colocava ao lado do Soberano e do Estado, com posição privatística, o que repercutiu profundamente em vários institutos de Direito Administrativo, para conferir-lhes coloração civilista. Por isso é que, não raro, a *desapropriação* aparecia como “venda forçada”, a *função pública*, como “locação de serviços”, a *requisição*, como “arrendamento” etc.

Com o *Direito Comercial* – As vinculações se dão nos campos da navegação marítima, do comércio bancário, da disciplina jurídica do crédito, do seguro, do registro de comércio e das bolsas de valores etc. Releva, ainda, sublinhar as liquidações extrajudiciais de certas empresas que, por sua importância pública, não se submetem a processos falimentares. Finalmente, as relações com o Direito Comercial se multiplicam no campo do ordenamento econômico, ora nele buscando tipos básicos, de que se vale a Administração, para executar a intervenção concorrencial e a monopolista, através de entidades de sua criação, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, ora estabelecendo regras para as demais formas interventivas no mercado, como a intervenção regulatória e a sancionatória do abuso do poder econômico.

Em conclusão: o Direito Administrativo, após dois séculos de evolução, acompanhando as grandes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas nesse período, não mais pode ser considerado, como já se sublinhou, um sistema derogatório do Direito Privado concernente às atividades administrativas do Estado, mas um sistema *ordinário*, destinado a conciliar a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos com a prossecução do interesse público.

Esta é a razão pela qual o Direito Administrativo deve ser estudado como o *direito comum* do Direito Público, assim como o Direito Civil é o *direito comum* do Direito Privado, pois, como facilmente se deduz da taxinomia aqui sumariamente apresentada, hodiernamente, no Direito Administrativo são encontrados inúmeros princípios, preceitos, conceitos e institutos fundamentais aplicáveis aos demais ramos disciplinares e didáticos do Direito Público.

contemporâneo.

16.2. Relações com disciplinas não jurídicas

Como a atividade administrativa se desenvolve em tantos e tão variados setores, é compreensível que seja a que mais demande uma ampla gama de conhecimentos técnicos especializados. As Normas administrativas, cada vez mais, demandam o saber de ciências não jurídicas, exigindo, em regra, conhecimentos especializados de ciências naturais e humanas ou multidisciplinares. Por este motivo, a relação que se segue de Ciências auxiliares mais empregadas é meramente exemplificativa: *Administração, Antropologia, Cibernética, Contabilidade, Demografia, Ecologia, Economia, Engenharia, Estatística, Ética, Etnografia, Filosofia, Finanças, Geografia, Geologia, Hidrografia, História, Informática, Medicina, Política, Psicologia, Sociologia* e tantas outras, em extenso rol que a cada dia mais se estende com a ampliação dos horizontes do Conhecimento.

Destarte, o desdobramento da parte especial do Direito Administrativo, assim como o grau de conhecimento exigido de seus aplicadores dilatam, tendencialmente, a possibilidade de novos nexos enciclopédicos possíveis, que precisam ser estudados e dominados.

Não devem, por outro lado, o profissional do direito e, muito menos, o jurista – aquele que se propõe não apenas a aplicá-lo, mas a aprofundar o seu *estudo e pesquisa*, atuando para a melhor diluição e aperfeiçoamento de seus institutos – descurar do conhecimento atualizado das *Ciências do Homem* e se olvidar de que a universalidade e o pragmatismo inerentes ao Direito Administrativo exigirão sempre mais uma profunda identificação e familiaridade com os fenômenos políticos, econômicos e sociais que são por ele regulados, no Estado e fora dele.

17. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Algum tipo de *administração de interesses comuns de um grupo*, em sentido amplo, portanto, uma *administração pública*, sempre terá existido, por mais rudimentar que tenha sido a sociedade primitivamente organizada. O Direito Administrativo, porém, como a *disciplina jurídica* dessas atividades voltadas ao atendimento de interesses coletivos, é, como se adiantou, de recente desenvolvimento, mesmo levando em conta somente os, também não tão longos, registros históricos do Direito.

A própria *organização política*, fenômeno ainda incipiente nos Estados da Antiguidade Oriental, somente na *Grécia Clássica* começou a definir alguns de seus atributos atuais e, com eles, os traços mais remotos do que hoje configura o Direito Administrativo. Com efeito,

embora embrionárias e confundidas as funções administrativas e jurisdicionais, já se cuidava, na *polis*, do exercício da *policia*, da *prestaçao de serviços públicos* e da *repartição de atribuições de gestão de interesses coletivos* entre órgãos e agentes encarregados de executá-los.

Em Roma, embora o Direito Públco não houvesse igualado o desenvolvimento do seu monumental Direito Privado, não é de subestimar-se o legado do notável gênio organizador latino, que submeteu e colonizou quase todo o mundo ocidental então conhecido, criando inúmeros institutos públicos, notadamente no *serviço do Estado romano*, como os dos “ofícios” de *edil*, de *curator reipublicae*, de *praesides*, de *consul*, de *vice consul* e de outros “cargos civis”, cumprindo notar que, na Roma Imperial, todo agente público era um delegado do Imperador.

Na *Idade Média*, se distinguem claramente duas fases da administração de interesses públicos: a *fase feudal*, que se estendeu do final do século V até o século XII, e a *fase comunal*, que se prolongou até o século XV. Na *fase feudal* preponderou a *administração patrimonialista* e o *arbítrio*, inexistindo condições para prosperar um direito público, embora tenha sido época de lenta fermentação de ideias que possibilitariam o surgimento da *fase comunal* de administração, já distinguindo um *patrimônio público*, cuja gestão se baseava no modelo da constituição municipal romana.

Na medida em que, de um lado, se afirmavam as *corporações de ofício*, como instituição característica da nova organização social que constituiria a *burguesia urbana*, e, de outro, ressurgia o interesse pelos clássicos e o estudo do *Direito Romano* nas universidades da Itália pré-renascentista, repontavam os antigos *institutos imperiais*, que, com o pleno eclodir do *Renascimento* se tornariam os fundamentos necessários para *derrocada do feudalismo* e de sua substituição pela *realeza moderna* e, com ela, o advento do *absolutismo moderno*, ambos de inspiração cesárea e, também ambas, *instituições políticas* centrais que viriam a se impor hegemonicamente, sem repto, até o século XVIII, em que o *humanismo* e o *liberalismo* seriam os novos paradigmas juspolíticos da mudança em marcha.

Na *Época Moderna*, os autores costumam apontar no calendário revolucionário, o dia 28, Pluvioso, do Ano VIII (1800), a data em que a *Revolução Francesa* editou a primeira lei reguladora da pública administração, tida, assim, como “certidão de nascimento” do *Direito Administrativo*. Devem ser ressaltados no período, não apenas pela contribuição para o surgimento da Disciplina, mas por sua imensa importância civilizadora para o desenvolvimento do *Direito Públco* moderno, fastos como a publicação do *L'ésprit des lois*, de Charles de Secondat, Barão de la Brède e de Montesquieu, em 1748, sistematizando a teoria da *separação de poderes* proposta por John Locke; a criação, por Napoleão Bonaparte, da *justiça administrativa*, como uma seção de jurisdição contenciosa do *Conselho de Estado Francês*; a publicação da obra de Charles Jean Bonin, *Principes d'administration publique*, em 1808, na qual se apresenta, pela primeira vez, a discriminação entre o *Direito Constitucional* e o *Direito Administrativo*; e, como o grande evento de impacto acadêmico, a inauguração da Cadeira

pioneira, na Universidade de Paris, por Luís XVIII, em 1828, entregue ao filósofo, educador e filantropo, Joseph-Marie, Barão de Gérando.

A partir de então, acompanhe-se, *na resenha cronológica de obras* que se segue, tomadas como exemplo, portanto sem a preocupação de apresentar um levantamento bibliográfico exaustivo – o que escaparia ao propósito deste *Curso* – o desenvolvimento dessa impressionante elaboração doutrinária do Direito Administrativo produzida em pouco mais de duzentos anos, que, na observação sempre precisa e elegante do mestre Eduardo García de Enterria, arrancava da França como um direito público revolucionário e napoleônico, que “se oferecia aos juristas europeus como uma criação deslumbrante: reduzido a princípios sistemáticos claros e simples” e era recepcionado por sociedades distintas, do mesmo modo que o Direito Romano o fora a partir do século XI, em toda a Europa e mais tarde na Alemanha, no século XVI, como um “*Direito de juristas*”.

17.1. França

Nesse País, logo após a fundação da cátedra pioneira do Barão de Gérando, intensificou-se o seu estudo doutrinário, marcando a precedência científica que, como acima se expôs lhe é reconhecida, e consolidando a autonomia encyclopédica da nova Disciplina, notadamente por desvencilhá-la paulatinamente da secular e compreensivelmente dominadora influência do Direito Civil, principalmente como uma lenta e laboriosa construção de seu Conselho de Estado e dos *administrativistas*.

A primeira obra que veio à luz é da lavra do próprio Barão de Gérando: *Institutes de Droit Administratif Français*, em 1829; seguindo-se, no século XIX, os seguintes autores: Émile Masseux Victor Foucart (*Éléments de Droit Public et Administratif*, 1832), Louis-Firmin, Julien Laferrière (*Cours de Droit Public et Administratif*, 1839), Louis Marie de la Haye, Visconde de Cormenin (*Droit Administratif*, 1840), Adolphe Chauveau (*Principes de Compétence et de Juridiction Administratif*, 1841), Gabriel Dufour (*Traité Général de Droit Administratif Appliqué*, 1843), Louis Antoine Macarel (*Cours d'Administration et de Droit Administratif*, 1844-1846), Alexandre François Auguste Vivien (*Études Administratives*, 1859), Anselme Polycarpe Batbie (*Précis de Droit Public et Administratif*, 1860 e, mais tarde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Administratif*, 1868 a 1872), Théophile Ducrocq (*Cours de Droit Administratif*, 1863), Léon Aucoc (*Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 1869), Henri Berthélémy (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, 1889, e *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1900), Jean-François Marie (*Éléments de Droit Administratif*, 1890) e Maurice Hauriou (*Précis de Droit Administratif*, 1892).

No século XX a Ciência do Direito Administrativo encontra seu pleno desenvolvimento numa série de obras verdadeiramente monumental em que sobressaem os nomes de Gaston Jèze (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1904), René Foignet (*Manuel Élémentaire de*

Droit Administratif, 1913), Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*, Partie Générale, 1935, precedido por importante monografia, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, 1934), Marcel Waline (*Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, 1946), Louis Trotabas (*Manuel de Droit Public et Administratif*, 1948), Paul Duez et Guy Debeyre (*Traité de Droit Administratif*, 1952), André de Laubadère (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953), Jean Rivero (*Droit Administratif*, 1960), Georges Vedel (*Droit Administratif*, 1961), Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader (*Droit Administratif*, 1967), Francis-Paul Benoit (*Le Droit Administratif Français*, 1968), Charles Debbasch (*Droit Administratif*, 1968; e *Institutions de Droit Administratif*, 1976), ainda, Georges Vedel (*Droit Administratif*, 1976), ainda André de Laubadère (*Manuel de Droit Administratif*, 1976), René Chapus (*Droit Administratif Général*, 1985, em 2 volumes, com sua 13^a edição em 1999), Georges Vedel e Pierre Devolvé (*Droit Administratif*, 1990), Jean Rivero (*Droit Administratif*, 1990), Jacques Moreau (*Droit Administratif*, 1990-1991), André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet (*Traité de Droit Administratif*, 1990 também com sucessivas edições), Georges Dupuis et Marie-José Guédon (*Droit Administratif*, 1991), Jacqueline Morand-Deviller (*Cours de Droit Administratif*, 1991 com sua 7^a edição em 2001), Jean-Pierre Dubois (*Droit Administratif*, 1992), Guy Braibant (*Le Droit Administratif Français*, 1992), ainda Georges Vedel e Pierre Delvolvé (*Droit Administratif*, com obra em 2 volumes e com a 12^a edição em 1992), e, sob ângulo histórico muito especial, François Burdeau (com uma completa *Histoire du Droit Administratif Français*, 1995).

17.2. Alemanha

Em 1817, a doutrina alemã já discriminava o Direito Administrativo do Direito Constitucional, como se pode encontrar na obra de J. L. Klüber, *Öffentlichen Recht des deutschen Bundes*, mas as sistematizações autônomas só se iniciaram muito mais tarde, destacando o estudo da Disciplina da literatura do Direito Constitucional. Embora não seja o primeiro, o gigante do século XIX é, sem dúvida, Paul Laband, Professor da Universidade de Estrasburgo, que no seu *Das Staatsrecht des deutschen Rechts*, de 1876, sintetizou praticamente todo o Direito Administrativo alemão à época. À sua obra precederam: na História, a unificação política do Império Alemão (1870); nas ciências auxiliares, a fundação da Ciência da Administração por Lorenz von Stein (*Verwaltungslehre*, 1866), e no Direito Administrativo, os trabalhos de Friedrich Mayer (*Grundsätze des Verwaltungsrechts*, 1862) e Karl von Stengel (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1866). Foi ainda a obra de Paul Laband que, traduzida para o francês, nos anos de 1900 a 1904, por C. Gandilhon, para a *Bibliothèque Internationale de Droit Public*, série de alto nível científico, dirigida por Max Boucard e Gaston Jèze, com o título de *Droit Public de l'Empire Allemand*, divulgou nos países latinos o que se adiantara, até então, na Alemanha.

Até o fim do século XIX destacar-se-iam, ainda, os seguintes sistematizadores: Rudolf

Gneist (*Das Rechtsstaat*, 1879 e *Das Englische Verwaltungsrecht*, 1883), Otto Sarwey (*Das Öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtflege*, 1880, e *Allgemeines Verwaltungsrechts*, 1884), George Mayer (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1883 a 1885), Edgard Löning (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884), A. von Kirchenheim (*Einführung das Verwaltungsrechts*, 1885), Wilhelm Jebens (*Verwaltungsrechtliche Aufsätze*, 1889), culminando com Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, em 2 volumes, com 3^a edição em 1922), talvez o mais citado, no Brasil, dos juristas alemães, autor que introduziu no Direito Administrativo uma rigorosa sistemática, perfeitamente liberta do Direito Privado. Ele próprio verteu sua obra para o francês, para a *Bibliothèque Internationale de Droit Public*, de Max Boucard e Gaston Jèze, em 1903, ampliando sua justa influência.

No século XX escreveram: Spiegel (*Die Verwaltungswissenschaft*, 1909), Fritz Fleiner (*Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1911), Georg Meyer-Dochow (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1913), Julius Hatschek (*Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 1919), Carl Diekmann (*Verwaltungsrecht*, 1926), Konrad Bornhak (*Grundriss des Verwaltungsrechts in preussen und deutschen Reiche*, 1828), Giese-Neuwien-Cahn (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 1930), Walter Jellinek (*Verwaltungsrechts*, 1931), Ludwig von Koehler (*Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, 1936), Christian Kötingen (*Deutsche Verwaltungs*, 1936), Frank (*Deutsches Verwaltungsrechts*, 1937), Theodor Maunz (*Verwaltung*, 1937), Wilhelm Laforet (*Deutsch Verwaltungsrecht*, 1937), Ernst Forsthoff, outro marco da literatura jurídica alemã (*Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, que, ampliada, resultou no *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1949, com edição em 1973), Bodo von Dennewitz (*Verwaltung und Verwaltungsrecht*, 1944), Robert Nebinger (*Verwaltungsrecht*, 1946), Hans Peters (*Lehrbuch der Verwaltung*, 1949), Egon Von Turegg (*Lehrbuch der Verwaltungsrecht*, 1949), Friedrich Giese (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1952), Wilhelm Merk (*Deutsch Verwaltungsrecht*, 1952), Hans Y. Wolff (*Verwaltungsrecht*, 1965), Alfred Bochalli (*Besonderes Verwaltungsrecht*, 1967), Fritz Ossenbuhl (*Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, *Verwaltungsrecht im sozidem Rechtsstaat*), Hans I. Wolff e Otto Bachof (*Verwaltungsrecht*, 1974), N. Achterberg (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982), H. U. Erichsen, W. Martens *et alii* (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1988), I. von Münch *et alii* (*Besonderes Verwaltungsrecht*, 1988, com 9^a edição em 1992) e Hartmut Maurer (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1990 e 1992), Hans Peter Bull (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1991), Heiko Faber (*Verwaltungsrecht*, 1992) e Hans Julius Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober (*Verwaltungsrecht*, 1994, em 3 volumes, com a 10^a edição do I Volume em 1994).

17.3. Itália

A doutrina italiana tem, na vanguarda, um pioneiro dos sistematizadores do Direito Administrativo, Gian Domenico Romagnosi, que, em 1814, produziu seus *Principii fondamentali di Diritto Amministrativo*.

No século XIX destacam-se ainda: De Gioannis Gianquinto (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1877), Lorenzo Meucci (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1879, com última edição em 1909) e o prestigioso Vittorio Emmanuele Orlando (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1891, com última edição em 1952, e mais seu alentado *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, cujo volume inicial veio à luz em 1897).

No século XX floresce uma extraordinária bibliografia peninsular, com Santi Romano (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1901), Enrico Presutti (*Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano*, 1904, com edição em 1933), Oreste Ranelletti (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1912), Federico Cammeo (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1914), C. F. Ferraris (*Diritto Amministrativo*, 1922-1924), Santi Romano (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1930), Ugo Forti (*Diritto Amministrativo*, 1931), Francesco D'Alessio (*Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano*, 1932-1934), Luigi Raggi (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1932), Cino Vitta (*Diritto Amministrativo*, 1933 a 1935, com última edição em 1955), Guido Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1936 a 1938, com edições sucessivas até 1980), Arnaldo de Valles (*Elementi di Diritto Amministrativo*, 1937, última edição em 1956), Arturo Lentini (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1939), G. Miele (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1945-1953), Piero Bodda (*Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1947), Silvio Lessona (*Elementi di Diritto Amministrativo*, 1948), Umberto Fragola (*Manuale di Diritto Amministrativo*, 1949), Renato Alessi (*Diritto Amministrativo*, 1949), Massimo Severo Giannini (*Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1950), Arnaldo de Valles (*Elementi di Diritto Amministrativo*, 1951), Aldo M. Sandulli (*Manuale di Diritto Amministrativo*, 1952), P. Gasparri (*Corso di Diritto Amministrativo – Parte Generale*, 1953 e, posteriormente, em 1955 e 1956), F. Benvenuti (*Appunti di Diritto Amministrativo*, 1984-1950 com reedições em 1977 e 1987), Afonso Tesauro (*Istituzioni di Diritto Pubblico e Diritto Amministrativo*, 1961), Costantino Mortati (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1969), Massimo Severo Giannini (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1970), Renato Alessi (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1974), Roberto Lucifredi (*Diritto Amministrativo*, 1977), Affonso Quaranta (*Lineamenti di Diritto Amministrativo*, 1978), Filippo Satta (*Introduzione a un Corso di Diritto Amministrativo*, 1980), Capacioli (*Manuale di Diritto Amministrativo*, 1983), Massimo Severo Giannini (*Trattato di Diritto Amministrativo*, coordenado por Giuseppe Santaniello, vol. V. I – 1988 e *Diritto Amministrativo*, 1990 e 1993), Vicenzo Cerulli Irelli (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1991, com última edição em 1997), Franco Bassi (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1991), Luigi Galateria e Massimo Stipo (*Manuale di Diritto Amministrativo*, 1993), Rocco Galli (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1994), Sabino Cassepe (*Le basi del Diritto Amministrativo*, 1995, com 9ª edição no ano 2000), e Pietro Virga (*Diritto Amministrativo*, 1995).

17.4. Espanha

No século XIX destacaram-se: Posada de Herrera (*Lecciones de Administración*, obra

pioneira aparecida em 1843), Manuel Colmeiro (*Derecho Administrativo Español*, 1858), Mellado (*Resumen de Derecho Administrativo*, 1890) e Adolfo Posada (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1897).

O século XX apresenta destacados nomes como José Gascón y Marín (*Principios*, 1919), C. García Oviedo (*Derecho Administrativo*, 1927), Antonio Royo Villanova (*Elementos de Derecho Administrativo*, 1934), Sabino Álvarez-Gendin (*Manual de Derecho Administrativo*, 1954, *Tratado General de Derecho Administrativo*, 1958), C. García Oviedo e E. Martínez-Useros (*Derecho Administrativo*, 1968), José Luis Villar Palasi (*Derecho Administrativo*, 1968) e J. A. García-Trevijano (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1970, em três volumes, I tomo, com 3^a edição em 1974).

A Espanha é, atualmente, um dos países em que mais se elabora a disciplina e se distingue por sua pléiade de administrativistas sempre atualizados, com Fernando Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1961 a 1963, em 3 Volumes, vol. I na 14^a edição em 2005, vol. II na 12^a edição, em 2006 e vol. III, na 2^a edição em 2006), Aurelio Guaita (*Derecho Administrativo Especial*, 1969-1989, em 5 Volumes), Rafael Entrena Cuesta (*Curso de Derecho Administrativo*, 1970, com 13^a edição em 1999), Ramón Martín Mateo (*Curso de Derecho Administrativo*, 1970), o seu ilustre *chef-de-file*, Eduardo García de Enterría, em parceria com Tomás Ramón Fernandez (*Curso de Derecho Administrativo*, 1974, em 2 volumes, com sucessivas edições até a 14^a (I Vol.), em 2008), Gustavo Adolfo Revidalí (*Derecho Administrativo*, 1984) e José M. Borquera Oliver (*Derecho Administrativo*, 1986, 10^a edição em 1996), F. González Navarro (*Derecho Administrativo Español*, 1987-1997, em 3 Volumes, Tomo I, 2^a edição em 1993, Tomo II, 2^a edição em 1994 e Tomo III. 1^a edição em 1997), José Ramón Parada Vázquez (*Derecho Administrativo*, 1987/1992, em 3 volumes: vol. I, em 15^a edição, vol. II, em 18^a edição e vol. III, em 10^a edição – 2004/2005), Juan Alfonso Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1988), Ramón Martín Mateo (*Manual de Derecho Administrativo*, 1988, com 24^a edição em 2005), Luis Cosculluela Montaner (*Manual de Derecho Administrativo*, 1993, com 10^a edição em 2007) e, ainda, Juan Alfonso Santamaría Pastor (*Principios de Derecho Administrativo*, 1994/1995, em 2 Volumes), José Bermejo Veras (*Derecho Administrativo, Parte Especial*, 1994, 7^a edição em 2009), Sebastián Martín Retortillo (*Derecho Administrativo Económico*, 1998, 2 Volumes). L. Parejo Alfonso, A. Jiménez Blanco e Luis Ortega (*Manual de Derecho Administrativo*, 1998, em 5^a edição), J. L. Villar Escurra (*Derecho Administrativo Especial*, 1999), L. Morrel Ocaña (*Curso de Derecho Administrativo*, 2002) Luis Parejo Alfonso (*Derecho Administrativo*, 2003), Santiago Muñoz Machado (*Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, 2006, em 3 Tomos, em 2^a edição em 2009), Miguel Sánchez Morón (*Derecho Administrativo, Parte General*, 2007) e Santiago González Varas (*Tratado de Derecho Administrativo*, 2008, em 6 Volumes).

Em Portugal publicou-se em 1849 a primeira obra de Direito Administrativo em vernáculo: os *Apontamentos de Direito Administrativo*, de Souza Pinto, retirados de suas preleções proferidas em Coimbra, em 1844 e 1845. Seguiram-se: Justino Antonio de Freitas (*Instituições de Direito Administrativo Português*, 1857), Lobo D'Ávila (*Estudos de Administração*, 1874), Antonio Lopes Guimarães Pedrosa (*Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 1904) e João Tello de Magalhães Collaço (Direito Administrativo, 1924), Marcelo Caetano edita a principal obra portuguesa, o *Manual de Direito Administrativo*, em 1937, que reapareceria em sucessivas edições, sempre atualizado e enriquecido, existindo mesmo uma edição brasileira de 1970, Diogo Freitas do Amaral, discípulo e seguidor do eminent Marcelo Caetano (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 1986, 2^a edição, 1996; 2001, vol. II) e abordando especificamente o Direito Comunitário, Fausto de Quadros (*Direito da União Europeia*, 2004).

17.6. Inglaterra

Dadas as peculiaridades do sistema jurídico inglês, o Direito Administrativo custou a emergir como disciplina autônoma. Autores de porte, como Albert Venn Dicey, chegaram a negar sua existência enquanto sistema excepcional, derogatório da *common law*. Destacam-se os trabalhos de Port (*Administrative Law*, 1923), William A. Robson (*Justice and Administrative Law*, 1823), Greffith & Street (*Principles of Administrative Law*, 1957), H. W. R. Wade (*Administrative Law*, 1974), O. Hood Phillips e P. Jackson (*Constitutional and Administrative Law*, 1978), J. F. Garner (*Administrative Law*, 1979), D. Foulkes (*Administrative Law*, 1982) e J. A. de Smith (*Administrative Law*, 1983). Geralmente, os publicistas ingleses tratam-no em conjunto com os estudos constitucionais, como nos trabalhos de C. Harlow-R. Rawlings (*Law and Administration*, 1992), A. De Smith (*Judicial Review of Administrative Action*, 1992), Stet J. Jowell-D. Oliver (*The Changing Constitution*, 1993).

17.7. Estados Unidos

Não obstante a existência de antigos problemas de aceitação de um Direito Administrativo, semelhantes aos da Inglaterra, a sistematização se iniciou solidamente bem mais cedo que neste País com a obra de Frank J. Goodnow (*Comparative Administrative Law*, 1893, e *Principles of Administrative Law*, 1905), seguindo-se John A. Fairlie (*The National Administration of the United States*, 1905), John M. Mathews (*Principles of American State Administration*, 1917), William Bennett Munro (*Principles and Methods of Municipal Administration*, 1924), William F. Willoughby (*Principles of Public Administration*, 1927), Leonard D. White (*An Introduction to the Study of Public Administration*, 1930), J. Hart (*An Introduction to Administrative Law*, 1949), Bernard Schwartz (*An Introduction to American Administrative Law*, 1958) e Kenneth Culp Davis (*Treatise on Administrative Law*, 1959), Gellhorn e Byse (*Administrative Law*, 1974), S. Dreyer e R. Stewart (*Administrative Law and*

Regulatory Power, 1979), Kenneth Culp Davis (*Administrative Law*, 1977-1979), D. D. Barry e H. R. Whitcomb (*The Legal Foundation of Public Administration*, 1981) e John Adler, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, 1989, em 4^a edição em 2002). Mencione-se, ainda, pela importância no estudo do Direito Administrativo norte-americano, a obra de Ernst Freund (*Das Öffentlichen Recht der Vereinigten Staaten von America*, 1911, e, em inglês, *Administrative Power*, 1928).

17.8. Áustria

São seus mais significativos nomes: Rudolf Herrnritt (*Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, e *Österreichisches Verwaltungsrechts*, 1925), Ludwig Adamovich (*Österreichisches Verwaltungsrechts*, 1924), Adolf Merkel, o aplicador das construções de Hans Kelsen ao Direito Administrativo (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927), e Walter Antoniolli (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1955).

17.9. Suíça

Destaca-se a obra de André Grisel (*Droit Administratif Suisse*, 1970).

17.10. Grécia

É bem conhecido o tratado de Michel Stassinopoulos (em francês: *Traité des Actes Administratifs*, 1954).

17.11. Bélgica

A primeira obra belga é de J. H.-N. de Fooz (*Le Droit Administratif belge*, 1894); seguem-se: O. Orban (*Manuel de Droit Administratif belge*, 1897), Paul Errera (*Traité de Droit Public belge*, 1909), Maurice Capart (*Droit Administratif Élémentaire*, 1924), Maurice Vauthier (*Précis de Droit Administratif de la Belgique*, 1928), André de Buttgenbach (*Manuel de Droit Administratif*, 1954), André Mast (*Précis de Droit Administratif belge*, 1966), e Cyr Cambier (*Droit Administratif*, 1968).

17.12. Argentina

Merece especial menção, pelo alto nível alcançado, o Direito Administrativo na Argentina. Iniciada sua elaboração em 1866, com Ramón Ferreyra (*Derecho Administrativo argentino*), prosseguiu com Lucio V. Lopez (*Derecho Administrativo argentino*, 1902), Rafael Bielsa (*Derecho Administrativo*, 1921), Rodolfo Bullrich (*Nociones de Derecho Administrativo*, 1925), Daniel Antokoletz (*Elementos de Derecho Constitucional y Administrativo argentinos*, 1926), Rodolfo Bullrich (*Derecho Administrativo*, 1932, e *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1942), Alcides Greca (*Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*

Municipal, 1943), Felix Sarría (*Derecho Administrativo*, 1945), Benjamin Villegas Basavilbaso (*Derecho Administrativo*, 1949), Manuel María Díez (*Derecho Administrativo*, 1963), Miguel S. Marienhoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1966), Bartolomé Fiorini (*Manual de Derecho Administrativo*, 1968), José Canasi (*Derecho Administrativo*, vol. I – *Parte General*, 1972), novamente, como tratadista, Agustín A. Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1974 e segs., com 4^a edição em 1999 e 2002), Manuel María Díez (*Manual de Derecho Administrativo*, 1976), Juan Carlos Cassagne (*Derecho Administrativo*, 1977, obra sempre atualizada, com sucessivas edições até 2007), Hector Jorge Escola (*Compendio de Derecho Administrativo*, 1984) e José Roberto Dromi (*Manual de Derecho Administrativo*, 1987, e *Derecho Administrativo*, 1995).

17.13. Cuba

Este País pode orgulhar-se da obra pioneira na América, de José María Morilla, publicada em 1847: *Breve tratado de Derecho Administrativo General del Reyno y Especial de la Isla de Cuba*. Mencione-se, ainda: Juan Modesto Ruiz y Gomes (*Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1935) e Lancis y Sanchez (*Derecho de la Actividad Administrativa y sus Manifestaciones*, 1942).

17.14. México

Também inicia sua bibliografia no século passado, com Manuel Cruzado (*Elementos de Derecho Administrativo*, 1895), alcançando plena maturidade científica com a obra de Gabino Fraga (*Derecho Administrativo*, 1934); na literatura recente destacam-se André Serra Rojas (*Derecho Administrativo*, 1965), J. Olivera Toro (*Manual de Derecho Administrativo*, 1976) e Miguel Acosta Romero (*Teoria General del Derecho Administrativo*, 1981).

17.15. Peru

Destaca-se a obra de Paz Soldán y Toribio Alayza: (*Derecho Administrativo General y del Perú*, de 1927).

17.16. Chile

Mencione-se Ivan Antonio Irribarren (*Lecciones de Derecho Administrativo*, 1936). Manuel Jara Cristi (*Manual de Derecho Administrativo*, 1948), Patricio Aylwin Azócar (*Manual de Derecho Administrativo*, 1952) e E. Silva Cimma (*Derecho Administrativo Chileno*, 1968-1969).

17.17. Colômbia

Destacam-se Pedro M. Carreño (*Apuntes sobre Derecho Administrativo*, 1934), Eustorgio Sarría (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1948), Jaime Vidal Perdomo (*Derecho Administrativo*,

1985, com 11^a edição em 1997), Jaime Orlando Santofino (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1996 e 2001).

17.18. Bolívia

Cite-se A. Revilla Quesada (*Derecho Administrativo boliviano*, 1954).

17.19. Uruguai

Destacam-se as penas de Enrique Sayagués Laso (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1953 a 1959) e de J. A. Pratt (*Derecho Administrativo*, 1977-1984).

17.20. Venezuela

Tomás Polanco (*Derecho Administrativo Especial*, 1959) e Allan Rand Brewer Carias (*Derecho Administrativo*, 1975 com edições posteriores).

17.21. Japão

O Direito Administrativo do Japão é conhecido na versão francesa de 1928, da obra de Yorodzu Oda, *Principes de Droit Administratif du Japon*.

17.22. Equador

Tem sido justamente difundida a obra de Ramiro Borja y Borja (*Teoría General del Derecho Administrativo*, 1985).

Encerrando a relação, a trajetória da Ciência do Direito Administrativo no País.

17.23. Brasil

Na época em que Laferrière e Macarel estavam publicando suas obras, o Direito Administrativo brasileiro ensaiava os seus primeiros passos. Antes da Independência, a administração pública havia seguido os padrões portugueses; o Império do Brasil, constituído sob a égide da centralização e sob a inspiração cultural francesa, buscou, na administração e no Direito que a Revolução de 1789 desenvolvera, o modelo de várias de suas instituições políticas e jurídicas.

Proclamada a Independência, entretanto, levaria, o Império, ainda cinco anos para livrar-se da improvisação jurídica e do atrelamento conimbricense, únicas fontes à disposição dos dirigentes políticos para criarem um novo Direito para a jovem Nação. A Carta de Lei de 11 de agosto de 1827 fundou os Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda, mas somente em 1855 foram inauguradas, simultaneamente, nas duas Faculdades, as Cadeiras de Direito Administrativo, seguindo-se a publicação das obras pioneiras de seus respectivos

catedráticos, Vicente Pereira do Rego (*Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, Recife, 1857) e de José Antônio Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, São Paulo, 1857).

Os construtores do Direito Administrativo do Império prosseguiram na tradição francesa: Prudêncio Geraldes Tavares da Veiga Cabral (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1859), Paulino Soares de Souza, Visconde do Uruguai, considerado o autor mais significativo do período imperial (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*, 1862), Furtado de Mendonça (*Excertos de Direito Administrativo Pátrio*, 1865), Antônio Joaquim Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1866) e José Rubino de Oliveira (*Epítome de Direito Administrativo Brasileiro*, 1884).

A República, advinda em 1889, mas consolidada juridicamente apenas em 1891, alterando fundamentalmente vários suportes doutrinários do direito brasileiro pela introdução da linha doutrinária constitucional norte-americana, marcou o despertar de maior interesse pelo Direito Público em geral e, em especial, pelo Direito Administrativo. Ainda, assim, a produção da Primeira República, que vai da Proclamação até a Revolução de 1930, foi discreta e apenas preparatória do surto que o Direito Administrativo viria a experimentar a partir de então, notadamente depois de 1941, sob o influxo de uma obra capital para o País, que, embora não sendo sistemática, foi, pelo seu avançado método e precisos conceitos, a responsável pela orientação doutrinária fundamental da Disciplina no Brasil no século XX – *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, de Miguel Seabra Fagundes.

Com efeito, desde a Proclamação, ou se assim se preferir, desde o último epitomista do Império, José Rubino de Oliveira (1884), até a Revolução de 1930, enquanto na Europa e na América pontificavam os grandes autores que consolidavam a Ciência do Direito Administrativo, não surgiram entre nós mais que sete sistematizações, de apenas seis autores, o que vale dizer que a produção científica brasileira nesta disciplina se reduzia, quantitativamente ao menos, à metade do período Imperial, pois esse mesmo número, sete obras, havia sido publicado no lapso de 27 anos durante o Império e nos primeiros 51 anos da República. Eis os nomes: Augusto Olympio Viveiros de Castro (*Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 1906), Alcides Cruz (*Noções de Direito Administrativo Brasileiro*, 1910, e *Direito Administrativo Brasileiro*, 1914), Carlos Porto Carreiro (*Lições de Direito Administrativo*, 1918), M. P. Oliveira Santos (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 1919), Aarão Reis (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1923) e Mário Masagão, o consagrado Mestre das gerações que se seguiram, com uma obra preparatória de seu *Curso* que só viria a lume em 1959-1960 (*Conceito de Direito Administrativo*, 1926).

Depois da Revolução de 1930, rompe Ruy Cirne Lima com uma década de silêncio e desvenda no País a riqueza da doutrina alemã, que alimenta sua obra, em pé de igualdade com as contribuições tradicionais da fonte francesa e da italiana; sua importante bibliografia

se inicia com os *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Parte Geral, 1935, e Parte Especial, 1939, com sucessivas edições; prossegue com a *Introdução ao Estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, em 1942, e se aperfeiçoa com *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, em 1953.

Estava aberto o caminho para o paulatino amadurecimento de uma doutrina nacional, com José Mattos de Vasconcellos (*Direito Administrativo*, 1936-1937), Themístocles Brandão Cavalcanti, iniciando uma alentada bibliografia (*Instituições de Direito Administrativo*, 1936), Guimarães Menegale (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 1938), Tito Prates da Fonseca (*Direito Administrativo*, 1939), José Rodrigues Valle (*Curso de Direito Administrativo*, 1941), Djacir Menezes (*Direito Administrativo Moderno*, 1943), ainda Themístocles Cavalcanti (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1945), Celso de Magalhães (*Direito Administrativo*, 1945), novamente Themístocles Cavalcanti (*Tratado de Direito Administrativo*, 1948-1949), J. H. Meirelles Teixeira (*Estudos de Direito Administrativo*, 1949), Carlos S. de Barros Júnior (*Introdução ao Direito Administrativo*, 1954), José Cretella Júnior, iniciando sua rica produção, que viria alcançar seu zênite 10 anos mais tarde no mais completo tratado em língua portuguesa (*Direito Administrativo do Brasil*, 1956), Fernando H. Mendes de Almeida (*Noções de Direito Administrativo*, 1956), Onofre Mendes Júnior (*Direito Administrativo*, 1956), Amílcar de Araújo Falcão (*Introdução ao Direito Administrativo*, 1960), Carlos Schimdt de Barros Júnior (*Compêndio de Direito Administrativo*, 1963), Manoel Ribeiro (*Direito Administrativo*, 1964), Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1964), José Cretella Júnior (*Tratado de Direito Administrativo*, em 10 volumes, de 1966 a 1972), Valmir Pontes (*Programa de Direito Administrativo*, 1966), José Cretella Júnior (*Curso de Direito Administrativo*, 1967), Carlos S. de Barros Júnior (*Compêndio de Direito Administrativo*, 1969), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*, 1ª edição em 1970-1971 e 15ª edição em 2009), José Cretella Júnior (*Lições de Direito Administrativo*, 1970), Julio Scantimburgo (*Elementos de Direito Administrativo*, 1970), Luiz Delgado (*Compêndio Elementar de Direito Administrativo*, 1970), Oscar de Oliveira (*Sinopse de Direito Administrativo*, 1971), Rosal Russomano e Nailé Russomano de Mendonça Lima (*Lições de Direito Administrativo*, 1972), Sérgio de Andréa Ferreira (*Lições de Direito Administrativo*, 1972), Luiz de Castro Neto (*Elementos de Direito Administrativo*, 1973), Henrique de Carvalho Simas (*Manual Elementar de Direito Administrativo*, 1974), Luciano Benévolo de Andrade (*Curso Moderno de Direito Administrativo*, 1975), Nelson Schiesari (*Direito Administrativo*, 1975), Rosal Russomano e Floriana Quadros Martins de Oliveira (*Direito Administrativo*, 1975), Caio Tácito (*Direito Administrativo*, 1975), Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho (*Programa de Direito Administrativo*, 1976), Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito Administrativo Didático*, 1979), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Curso de Direito Administrativo*, 1979) Celso Antonio Bandeira de Mello (*Elementos de Direito Administrativo*, 1980, depois de 1993 transformado

em *Curso de Direito Administrativo*, 25^a edição em 2008), Diógenes Gasparini (*Curso de Direito Administrativo*, 1989, com 7^a edição em 2002), Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*, 1990, com 20^a edição em 2008), Carlos Pinto Coelho Motta (*Curso de Direito Administrativo*, 1991), Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, 1994, com 8^a edição em 2006), Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Administrativo*, 1994), Odete Medauar (*Direito Administrativo Moderno*, 1996, com 12^a edição em 2008), José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, 1997, com a 20^a edição em 2008), Edimur Ferreira de Faria (*Curso de Direito Administrativo Positivo*, 1999), Petrônio Braz (*Manual de Direito Administrativo*, 1999), Marcos Nóbrega (*Curso de Direito Administrativo*, 2004), Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*, 2005), Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito Administrativo*, 2005), Edmir Neto de Araújo (*Curso de Direito Administrativo*, 2005), Gabriel de Brito Campos *Curso de Direito Administrativo*, 2006), Dirley da Cunha Júnior (*Curso de Direito Administrativo*, 6^a ed. em 2008), Flávio Sátiro Fernandes (*Lições de Direito Administrativo*, 2007), Aloísio Zimmer Jr. (*Curso de Direito Administrativo*, 2008).

Esta relação de sistematizadores, bastante expressiva para um século e meio de cultivo da Disciplina no Brasil, se completa com uma plêiade de monografistas, tesistas e articulistas contemporâneos, dos quais se destacam, embora correndo o risco de graves omissões, Ada Pellegrini Grinover, Adilson Abreu Dallari, Adriano Murgel Branco, Alberto Bittencourt Cotrim Neto, Alexandre Santos de Aragão, Alice Gonzales Borges, Almiro do Couto e Silva, Álvaro Lazzarini, Antonio Carlos Cintra do Amaral, Antonio Carlos Flores de Moraes, Arnoldo Wald, Carlos Ari Sundfeld, Carlos Pinto Coelho Motta, Carlos Ayres de Brito, Cármem Lúcia Antunes Rocha, Clémerson Merlin Clève, Clovis Beznoz, Egon Bockmann Moreira, Diógenes Gasparini, Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, Eros Grau, Edgar Guimarães, Emerson Gabardo, Eurico de Andrade Azevedo, Eurico Sodré, Fábio Medina Osório, Fabrício Motta, Fernando Oliveira Teixeira, Flávio Amaral Garcia, Fernando Herren Aguillar, Floriano de Azevedo Marques Neto, Francisco Mauro Dias, Gustavo Binenbojn, Gustavo Justino de Oliveira, Helita Barreira Custódio, Ivan Barbosa Rigolin, Jessé Torres Pereira Júnior, José Afonso da Silva, José Mauro de Lima O'de Almeida, José Nilo de Castro, José dos Santos Carvalho Filho, Jacinto Arruda Câmara, Juarez Freitas, Leon Frejda Szklarowsky, Lúcia Valle Figueiredo, Luis Roberto Barroso, Luiz Alberto Blanchet, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Marçal Justen Filho, Márcio Cammarosano, Marcos Augusto Perez, Marcos Juruena Villela Souto, Maria Tereza Fonseca Dias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro, Marcio Cammarosano, Miguel Reale, Odete Medauar, Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Neves de Carvalho, Paulo Modesto, Pedro Paulo de Almeida Dutra, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Rafael Valim, Rafael Véras de Freitas, Raul Armando Mendes, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Rommel Macedo, Rodrigo Pagani de Souza, Roy Reis Friede, Romeu Felipe Bacelar Filho, Sérgio Ferraz, Sérgio Guerra, Simone de Almeida Carrasqueira, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Sonia Rabello de Castro, Têmis Limberger, Toshio

Mukai, Valeschka e Silva Braga, Vanice Regina Lírio do Valle, Valmir Pontes Filho, Vera Monteiro, Vicente Greco Filho, Vitor Rhein Shirato, Yara Darci Police Monteiro, Weida Zancaner e Walter Campaz.

18. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para o Direito, o vocábulo *fontes* pode ser tomado sob três acepções: no sentido *material*, atende-se às suas causas; no sentido *subjetivo*, aos órgãos de origem, e no sentido *formal*, à sua exterioridade.

Para o Direito Administrativo releva apreciar o tema das fontes sob o critério *formal*, distinguindo as *fontes organizadas* – norma jurídica, doutrina e jurisprudência – e as *fontes inorganizadas* – costume e praxe administrativa.

Os *princípios* não se constituem em fonte autônoma: poderão ser *doutrinários*, quando induzidos da ordem jurídica, ou serão *positivados*, quando constantes da legislação.

18.1. Fontes organizadas

18.1.1. A norma jurídica

A *norma jurídica* é a fonte por excelência do Direito Administrativo, constituindo o direito positivo da Disciplina, que abrange toda uma vasta gama hierárquica de normas, desde a Constituição Federal às mais simples ordens de serviço, passando pelas emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos, leis delegadas, medidas provisórias com força de lei, regulamentos, regulações, regimentos, resoluções, instruções e circulares e todos os demais atos administrativos normativos, caracterizados por conterem um *comando geral e abstrato*.

É necessário, todavia, nas fontes normativas, distinguir as *normas legais* – Constituições, emendas constitucionais, leis orgânicas autônomas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções legislativos, as *normas administrativas*, que são os *atos administrativos normativos*: regulamentos, regulações, regimentos, resoluções, instruções, circulares, ordens de serviço e outros atos abstratos de menor abrangência.

18.1.2. A Constituição

O ordenamento jurídico do País tem em seu vértice a *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Como o conhecimento da Teoria Constitucional é pressuposto inarredável do estudo do Direito Administrativo, é essencial fixar alguns elementos doutrinários.

A palavra *constituição*, comum a várias ciências, naturais e sociais, tem a significação

básica de estruturação, disposição de um corpo ou de uma entidade. No Direito, todavia, seu sentido deixa de ser meramente *descritivo* para indicar uma conformação *normativa* que se deseja impor à realidade, ou seja, *um ordenamento dotado de poder*.

É essa acepção de *categoria normativa* que se encontra na literatura do Direito Constitucional, como, por exemplo, a de Biscaretti Di Ruffia, que a define como um instrumento, *ato fundamental de um Estado*.

Enquanto *fenômeno social* de natureza instrumental destinado a fundar e organizar um Estado, pode-se considerar uma Constituição sob três aspectos: o *sociológico*, o *político* e o *jurídico*.

Sob o ângulo *sociológico*, determina-se o seu conteúdo material: os *interesses e valores* adotados pela sociedade que se organiza – é o *discurso da licitude*.

Sob o ângulo *político*, estuda-se o seu conteúdo procedural: como, a partir de uma sociedade se processam, se cristalizam e se formalizam esses interesses e seus respectivos valores em *normas* que fielmente os refletem – é o *discurso da legitimidade*.

Sob o ângulo *jurídico*, finalmente, abre-se o campo da normatividade cogente, para declarar e garantir os direitos individuais, organizar o Estado e estabelecer as relações fundamentais entre ele e a sociedade, com a expressão positivada dos valores e da legitimidade – é o *discurso da legalidade*.

18.1.3. A norma legal

Entre as várias classificações disponíveis relativas à *norma legal*, duas merecem atenção por suas consequências práticas: a que as dispõe por sua *origem* – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – e a que as dispõe por sua *abrangência técnica* – os princípios normativos, as normas gerais e as normas específicas (ou, simplesmente, regras ou preceitos).

a) Classificação quanto à origem: normas legais federais, estaduais e municipais

A *Constituição Federal* e suas *emendas* constituem fontes positivas de aplicação nacional sobre todas as ordens federativas.

As *normas infraconstitucionais federais* – leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções – ou serão regras nacionais ou serão estritamente aplicáveis à União, conforme dispuser a regra de competência constitucional.

As *Constituições Estaduais* e suas *emendas* aplicam-se nos respectivos âmbitos estaduais sendo que, relativamente aos Municípios, também em seus princípios (art. 29, CF).

As *normas infraconstitucionais estaduais* se aplicam no âmbito do Estado-Membro que as editou.

As *leis orgânicas distritais federais e municipais* e as *normas infraorgânicas* delas derivadas

têm aplicação em suas respectivas circunscrições.

A legislação positiva, entretanto, subdividida em três graus políticos de competência e referente a milhares de entidades públicas e suas delegatárias, regendo seus atos, pessoas, bens e serviços, ressente-se da boa ordem e da unidade sistemática proporcionada pelas codificações.

É conhecida e lembrada, pelos que negam valor à *codificação*, a objeção de Friedrich Carl von Savigny, que a considerava uma solução esterilizadora, que levaria o Direito à estagnação. A experiência jurídica não lhe deu razão, pois os grandes corpos sistemáticos proliferaram e cresceram em importância, sem prejuízo de terem sido, quando necessário, renovados e reajustados à realidade.

Lamentavelmente, a *codificação do Direito Administrativo* ainda não chegou com a Constituição de 1988, nem se pode considerar como avanço neste sentido o grande número de normas interventivas casuísticas introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Desse modo, os institutos fundamentais da *Parte Geral* da disciplina continuam a depender apenas do esforço unificador da doutrina, agravando-se a sua falta diante da multiplicação das *normas gerais* setoriais atinentes à Parte Especial e aos demais ramos do Direito Público que têm, no Direito Administrativo, a sua Parte Geral. Basta lembrar que além da *competência privativa* da União para legislar em nível de normas gerais sobre política nacional de transporte (art. 22, IX), Polícias Militares e Corpos de Bombeiros (art. 22, XXI), educação nacional (art. 22, XXIV) e licitação e contratação para a administração pública (art. 22, XXVII), toda a *competência concorrente* exigirá sempre da União legislar também nesse nível de normas gerais sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (art. 24, I); orçamento (art. 24, II); juntas comerciais (art. 24, III); produção e consumo (art. 24, V); florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII); previdência social, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII); proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV); proteção à infância e à juventude (art. 24, XV) e organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (art. 24, XVI).

Como se observa, essa diáspora de normas administrativas em dois graus, federal e estadual, às que se acrescem as municipais, editadas em caráter suplementar (art. 30, II, CF), só vêm a acentuar a necessidade de o Direito Administrativo brasileiro vir a contar com uma providencial previsão constitucional de *codificação de normas gerais nacionais* para disciplinar a sua Parte Geral.

Não obstante, toda essa plethora de legislação jusadministrativa de todos os níveis, mesmo à míngua de uma codificação básica que lhe imprima unidade doutrinária, coerência, sistemática e manuseabilidade, pode ser compulsada e categorizada sem maiores

problemas com a aplicação uma metodologia de análise eficiente para levantar e interpretar as fontes aplicáveis aos casos porventura sob exame.

Já que os três níveis políticos – União, Estados e Distrito Federal e os Municípios – legislam sobre Direito Administrativo, a primeira e mais importante tarefa, principalmente para os iniciantes no Direito Administrativo, consiste em *identificar a fonte legislativa competente* para regular as relações jurídicas em causa.

Para tanto é preciso *situar o tema no texto constitucional federal*, entre os dispositivos que regulam a partilha, ao tratar da Organização do Estado. Há, todavia, regras específicas no Título III, Capítulos I a V, no que concerne à partilha federativa de competência; há outras regras específicas de partilha tributária, concentradas no Título VI, Capítulo I, e, ainda, há regras extravagantes de repartição de competências, disseminadas por todo o texto constitucional, como, por exemplo, no Título IV, que trata da Organização dos Poderes, no Título V, da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, e no Título VIII, da Ordem Social.

Destacam-se, todavia, as normas dos arts. 21, 22, 23, 24, 25, 30, 32 e 33, todos do Título III, Capítulos I a V, da Constituição Federal, como as mais importantes fontes para a definição de competências relevantes para o Direito Administrativo.

É necessário distinguir-se, porém, entre elas, as regras de partilha de *competência legislativa*, basicamente as constantes dos arts. 22, 24, 25, 30 (I, II, III) e 32, § 1º, das regras de partilha de *competência administrativa*, que, implicitamente, permitirão, por sua vez, a edição de normas complementares que forem necessárias à sua execução, como as são as previstas nos arts. 23 e 30, V, VI, VII e IX.

São competências legislativas:

1. Competência legislativa da União

Competência exclusiva (indelegável): arts. 22, IX, XXI, XXIV e XXVII (normas gerais para todas as entidades da federação e normas específicas para si); 22, parágrafo único; 23, parágrafo único; 32, § 4º; 34; 43; 48; 49; 51; 93; 128, § 5º; 145; 146; 147; 148; 149; 153; 172; 173, §§ 4º e 5º; 178; 182, § 4º; 184; 187; 192; 195; 198; 199, § 4º; 201, § 10; 202; 214; 225, § 6º; 236, §§ 1º e 2º e 238.

Competência privativa (delegável): art. 22 (excetuados os incisos IX, XXI, XXIV e XXVII).

Competência concorrente: arts. 93; 134 e 146 (excludentes) e 24 e seu § 1º (limitada).

O art. 22 define a *competência legislativa privativa da União*: são as matérias sobre as quais ela pode legislar *exclusivamente* e *exaustivamente*. No parágrafo único, todavia, há previsão de lei complementar que poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas dessas matérias. É preciso, pois, mesmo após haver situado a competência privativa da União, no elenco do art. 22, verificar se acaso se materializou essa previsão de delegação legislativa em

alguma lei complementar, pertinente à matéria em questão.

O art. 24 define a *competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal*; são arroladas as matérias sobre as quais a União pode legislar em nível de *normas gerais* e os Estados, ou o Distrito Federal, exerçerão competência legislativa *suplementar*, integrando essas normas gerais com legislação de âmbito local (art. 24, § 1º). No caso de inexistir lei federal estabelecendo as normas gerais, devolve-se aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência legislativa *plena*, também com âmbito de vigência local (art. 24, § 3º).

Recorde-se que, além de poder legislar sobre as matérias partilhadas, conforme as regras mencionadas, cabe à União legislar sobre matéria tributária nacional e federal, sobre as matérias indicadas nas regras extravagantes inseridas em outros Títulos, a que já nos referimos, e, *implicitamente*, sobre as *matérias de competência administrativa exclusiva*, do art. 21, e *comum*, do art. 23.

2. Competência legislativa dos Estados

Competência exclusiva: arts. 18, § 4º; 22, XXI, XXIV e XXVII (a exclusividade se limita a legislar sobre normas específicas); 25, *caput*; 25, §§ 2º e 3º; 31, § 1º; 128, § 5º; 134, § 1º; 149, § 1º; 155; 218, § 5º.

Competência concorrente: arts. 24 e 34, § 8º, do ADCT (suplementar) e arts. 22, parágrafo único; 29 e 204 (complementar).

Competência implícita: arts. 35 e 155.

Competência reservada: art. 25, § 1º, limitada, todavia, pelos seguintes princípios e preceitos; art. 19; 23, parágrafo único; 30, VII; 34, VII, a, b, c e d; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 70 a 75; 93 a 100; 125 e 126; 132; 135; 144, IV e V; 160; 161, I e II; 162; 163; 165 a 169; 173, §§ 1º e 2º; 195, *caput* e § 1º; 199, § 2º; 218; 225, §§ 4º e 5º; 235 e 241; e, ainda, arts. 38, 41 e 69 do ADCT.

O art. 25, § 1º, consagra a técnica dos *poderes reservados* ou *remanescentes* nas federações, *outorgando aos Estados todas as competências que não lhes foram vedadas pela Constituição*. A competência legislativa remanescente é, portanto, *implícita*, exigindo que o intérprete esteja seguro de que a matéria sob seu exame não se enquadre na deferida à União e aos Municípios. Essa competência é exercida primariamente através da Constituição do Estado (art. 25, *caput*).

Além dessa previsão, cabe aos Estados legislar *privativamente* em dois casos específicos (art. 25, §§ 2º e 3º), bem como sobre matéria tributária estadual, sobre as matérias indicadas nas regras extravagantes inseridas em outros Títulos, a que já fizemos menção e, *implicitamente*, ainda, sobre as *matérias de competência administrativa comum* (art. 23).

3. Competência legislativa dos Municípios

Competência exclusiva: arts. 29; 30, I e II; 156 e 182.

Competência concorrente: arts. 30, II (suplementar) e IV; 22, XXIV e XXVII (complementar).

O art. 30 delimita a *competência legislativa* do Município, que pode assumir dois tipos: *exclusiva*, que poderá ser originária ou complementar, no caso dos assuntos de interesse local (art. 30, I, III, IV, V e VIII) e *supletiva* de legislação federal e estadual no que couber, isto é, quando houver possibilidade de suplementação sempre diante de especificidade do interesse local (art. 30, II). A competência legislativa municipal é exercida primariamente através da Lei Orgânica ou Carta Municipal (art. 29).

Além das mencionadas, cabe aos Municípios legislar sobre as matérias tributárias que lhes foram reservadas, bem como, *explicitamente*, regrar sua peculiar atuação nas *matérias de competência administrativa comum* (do art. 23, e do art. 30, VI, VII e IX).

4. Competência legislativa do Distrito Federal

Ao Distrito Federal cometeu-se a competência legislativa dos Estados cumulada com a dos Municípios, ambas acima examinadas (art. 32, § 1.º), com ressalvas expressas relacionadas às Polícias, Civil e Militar, e ao Corpo de Bombeiros Militar (art. 21, XIV e art. 32, § 4.º) bem como à organização judiciária, ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e à Defensoria Pública dos Territórios (art. 22, XVII).

Está claro que todas as demais modalidades de competência legislativa e administrativa atribuídas aos Estados e Municípios podem também ser exercidas pelo Distrito Federal.

Uma vez localizado o tema sob pesquisa no quadro constitucional das competências, o segundo passo consiste em examinar como elas foram eventualmente exercidas pela entidade competente.

5. Aplicação da norma infraconstitucional

Chegada à conclusão de que a *competência* é efetivamente da União, após esgotar-se o exame constitucional, segue-se o *infraconstitucional*, compreendendo, buscando-se, na mesma ordem: a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções (art. 59).

Se a competência for do Estado, cumpre inicialmente indagar se existem preceitos e princípios constitucionais federais que devam ser observados (art. 25). A partir daí, verifique-se, então, qual o tratamento constitucional estadual e, a seguir, sua legislação *infraconstitucional*.

Com a conclusão de que a competência é do Município, cumpre, também, certificar se existem princípios e preceitos constitucionais federais ou princípios estaduais cuja

observância seja obrigatória (art. 29). Isso feito busca-se a legislação municipal, partindo de sua Lei Orgânica própria e prosseguindo-se com a legislação infraorgânica, que assumirá as características formais que aquela vier a definir.

Se a competência, por fim, vier a ser do Distrito Federal, será necessário, igualmente, verificar-se a existência de preceitos e princípios de observância obrigatória na Constituição Federal e, a partir daí, buscar-se o tratamento da matéria, sucessivamente na sua Lei Orgânica e na sua legislação infraorgânica.

No processo de análise dos preceitos e princípios constitucionais federais que, como se percebe, é preliminar e indispensável em todos os casos, amiúde se depara com uma *expressa previsão de lei complementar* ou de *lei ordinária*, que deva explicitar algum princípio, regra ou conceito da Carta Federal.

Quando isso ocorre, se não se encontrar uma inequívoca definição de tratar-se de lei complementar ou ordinária, federal ou estadual, o intérprete deverá se valer dos princípios da própria Constituição para definir com precisão qual o nível de competência legislativa infraconstitucional foi o previsto.

O Texto de 1988, mais do que os anteriores, é abundante de exemplos de normas que apresenta esses comandos incompletos, havendo várias remissões à necessidade de uma legislação infraconstitucional como *condição de aplicabilidade* do preceito constitucional (com exceção das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais, *ex vi* do art. 5.º, § 1.º).

A solução para essa indefinição consiste em voltar-se à discriminação fundamental de competências legislativas acima estudada, e, a partir dela, aplicar o método sugerido. Há, portanto, hipóteses em que a Constituição *define claramente* qual a competência para editar essa legislação infraconstitucional que a integrará (ex.: art. 33); há outras hipóteses, ainda, em que, sem muito esforço, patenteia-se a inferência, como no caso da lei que deva abranger mais de um nível de autonomia política (ex.: art. 169).

O problema se situa naquelas hipóteses que suscitem dúvidas quanto a uma eventual inversão, substituição ou ablação das competências genericamente estabelecidas. Nesta terceira hipótese, a previsão de legislação infraconstitucional específica ocorreria cumulativamente com uma exceção à partilha original das competências. O que não cabe, porém, é admitir-se, *a priori*, existir tal exceção, ou seja, que cada vez que o legislador constitucional federal tenha previsto uma lei explicitatória, tenha também pretendido nela alterar o sistema geral de competências autônomas.

O intérprete não se deve impressionar, por isso, com alguma anomalia que acaso encontre na *inserção topológica* da previsão no texto constitucional, nem, tampouco, com argumentos metajurídicos, políticos, econômicos ou sociais retirados do preceito a ser explicitado.

Em princípio, portanto, a lei explicitatória *específica* deve ser editada pela mesma entidade política à qual se conferiu a competência *genérica* para legislar sobre a matéria.

Uma reserva explícita em favor da União – quando existir – há de ser *inequívoca*, como convém às exceções, como ocorre, para servir de exemplo, no art. 32, § 4.º, que *desloca* uma competência, que seria da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para o Congresso Nacional. Portanto, na dúvida, a mera previsão de existência de lei infraconstitucional, seja ela complementar ou não, é insuficiente para se pender em favor de uma *inovação*, que altere a sistemática geral da *partilha de competência*.

Tenham-se essas prescrições metodológicas sempre em mente e ver-se-á que a busca da *fonte positiva correta*, tão importante para o aplicador do Direito Administrativo, é mais fácil do que poderia à primeira vista parecer.

B) Classificação quanto à abrangência técnica: princípios normativos, normas gerais e normas específicas

Esta classificação decorre não só da doutrina, mas da necessidade de acompanhar, uma por uma, as categorias nomológicas previstas na Constituição. Com efeito, a Carta refere-se a *princípios normativos* (art. 5.º, § 2.º; art. 34, VII, e art. 170, como exemplos), a *normas gerais* (art. 22, XXI e XXVII e art. 24, § 1.º, como exemplos) e a *normas*, simplesmente ou *normas específicas*, por exclusão, abrangendo todo comando abstrato e geral não assimilável aos anteriores, também denominadas de *preceitos* (ex.: art. 29, *caput*), designação equivalente a *regras*.

A *ordem jurídica* positiva comprehende de modo amplo, todos os *atos* que expressam a vontade cogente do Estado, em quaisquer níveis de abstração e de generalização. No extremo lógico de densificação e de particularização estão os *atos jurídicos* que atuam concretamente (como o ato administrativo e o ato judiciário) e, no outro extremo, de abstração e de generalização, estão os *princípios*. Entre ambos, situam-se os *preceitos* ou *regras*, em seu sentido estrito – portanto, menos abstratos e gerais do que os *princípios*, embora sem a densificação concretizadora e particularizadora dos atos jurídicos concretos.

A distinção das *normas gerais*, dentro da categoria dos *preceitos* ou *regras*, tornou-se necessária com a estendida adoção, no Brasil, da fórmula alemã da *competência concorrente limitada*, que defere à União legislar em nível de maior abstração e generalidade sobre os mesmos assuntos sobre os quais também atribui aos Estados (e ao Distrito Federal) competência para legislar em nível de maior concreção e particularização (art. 24 e seu § 1.º).

Estão, portanto, as *normas gerais* mais próximas aos *princípios*, enquanto que as *normas específicas*, diretamente relacionadas aos *atos concretos de aplicação*.

De um lado, a aceitação dos *princípios* como *norma generalíssima*, na expressão de

Norberto Bobbio, transcende as discussões doutrinárias, em face da referida inserção constitucional. Definem diretrizes, orientações e normas fundamentais, que dão conteúdo e sentido às demais normas e aos atos concretos, cumprindo uma função construtiva e conectiva para toda a ordem jurídica ou para parte dela, mas, como qualquer norma jurídica, necessariamente dotada de eficácia própria.

De outro lado, as *normas gerais*, que são de obrigatorio emprego nas hipóteses de *competência concorrente limitada* (art. 24), podendo, embora, ser igualmente adotadas pelas Constituições estaduais, são aquelas em que a União, sem distinguir entre entes públicos e sem descer a detalhes particularizantes, estabelece diretrizes e regras jurídicas gerais que devem atuar como orientação e limites, sob cuja consideração os Estados-Membros legislarão direta, específica e exaustivamente.

O conteúdo da *norma geral* federal, não podendo exaurir o comando aplicável *in concreto* às hipóteses, deve apenas abrir espaços à *norma específica* estadual, pois só os Estados-Membros poderão legislar, esgotando a particularização, no uso de seus poderes remanescentes. A norma geral, enfim, só pode ser entendida como um *comando-límite*, para permitir que a *legislação concorrente estadual*, portanto, a particularizante, escolha, minudencie e determine a solução que lhe parecer mais adequada para proporcionar o atendimento de seu interesse, movendo-se no âmbito de *discrição legislativa* de sua competência especificadora.

18.1.4. A doutrina

Segue-se à fonte positiva expressada na *norma jurídica*, a fonte *doutrinária*. É na elaboração da *doutrina* que se desenvolve a *matriz principiológica da Ciência do Direito*, partindo da reflexão científica ordenada e sistemática dos juristas sobre seus *fenômenos normativos* e sobre as suas relações com os *fatos normalizados*, bem como com os demais ramos do Conhecimento. É o que os alemães denominam de *jurisprudência científica*, em oposição à *jurisprudência prática*, que é produto dos tribunais judiciários.

Cabe, portanto, à *doutrina* descobrir e sistematizar os *princípios científicos* do Direito Administrativo, e relacioná-los com as demais Disciplinas, produzindo subsídios interpretativos, tanto para a aplicação das normas existentes quanto para a formulação de novas. São basicamente duas operações lógicas que se complementam: a *análise normativa*, para descobrir-lhes os princípios imanentes, e a *síntese normativa*, para a construção de um *corpo de teoria*.

Além de sua indispensável *função científica* – que leva à construção de uma *dogmática jurídica* – a doutrina é a mais importante *fonte crítica do ordenamento jurídico*, contribuindo com os fundamentos teóricos para a correta elaboração das leis, a formação coerente da jurisprudência dos tribunais judiciários e para a estruturação de uma praxe aplicativa

organizada e harmônica da Administração.

18.1.5. A jurisprudência

Em seu sentido próprio, a *jurisprudência* resulta da aplicação da função jurisdicional, em que o Poder Judiciário decide sobre casos concretos, tendendo, por isso, a ser uma fonte dinâmica e cambianta no tempo e no espaço, assumindo características próprias, conforme o país, a região e a época.

No Brasil, até o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, a jurisprudência, em regra, não vinculava, exceto quanto à *decisão definitiva de mérito* proferida pelo *Supremo Tribunal Federal* em ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal (art. 102, § 2.º, CF). Com a nova redação dada ao art. 102, § 2.º, CF, tais decisões produzem *efeito vinculante*, não apenas para o Poder Judiciário, como para a Administração Pública direta e indireta. Também no art. 103-A, com seus parágrafos, introduzido pela mesma Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, o *Supremo Tribunal Federal*, observado o processo decisório interno, poderá aprovar *súmulas vinculantes*, tanto para o Poder Judiciário, quanto para a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas federativas.

Na esfera administrativa, o que se convenciona, sem rigor, de chamar de *jurisprudência administrativa*, se trata apenas de *fonte secundária* e exclusiva para o âmbito administrativo em que se institua, considerada a *reiteração de decisões* no âmbito da Administração, com o sentido de gerar maior estabilidade para esta e maior *segurança jurídica* para os administrados.

Por outro lado, ainda na esfera administrativa e com o mesmo propósito, já em razão do *controle de juridicidade* a cargo da *Advocacia de Estado*, se vai tornando procedimento corrente conferir caráter normativo e cogente a Pareceres emitidos, uma prática que concorre para se evitar litígios e afastar incompreensões que prejudicam igualmente administrados e Administração.

18.2. Fontes inorganizadas

18.2.1. O costume

A norma jurídica, todo o Direito, origina-se nos costumes e, neste sentido antropológico, o temos como fonte primária; não é, todavia, o enfoque estritamente jurídico que o classifica como fonte inorganizada, cuja importância é definida pelas fontes organizadas.

Assim, tema constantemente debatido no Direito Administrativo tem sido o do reconhecimento formal do *costume* como uma de suas fontes. Talvez o problema esteja, como sublinhado em Gascón y Marín, em examinar-se em que grau e com que importância

se o aceita em diferentes sistemas jurídicos.

Reconhecem-se no costume dois elementos: o seu uso corrente e a convicção generalizada da necessidade de sua cogêncio, daí resultar sua admissibilidade conforme se desenvolvam *secundum legem* e a inadmissibilidade dos que se manifestem *contra legem*.

Embora se deva reconhecer a energia criativa do costume, principalmente quando corroborado por sólidos escólios doutrinários, não se lhe reconhece autonomia enquanto fonte no Direito Administrativo brasileiro, sendo necessário que a própria lei o acolha expressamente, ou abra um espaço deslegalizado, no qual ente ou órgão competente terá autonomia normativa para revesti-lo de obrigatoriedade, como ocorre, por via de exemplo, no Direito Tributário (em que vem expressamente admitido pela Lei n.º 5.172/1966, art. 100, III), ou, por longa tradição, no Direito Comercial.

18.2.2. A praxe administrativa

A *praxe administrativa*, quase sempre adotada por *conveniência procedural* de entes e órgãos da Administração Pública, não deve ser confundida com o costume. Falta-lhe a segunda importante característica, acima referida, que é a *opinio juris vel necessitatis* – o elemento subjetivo do reconhecimento de sua indispensabilidade, que recomenda a sua geral observância.

A *prática burocrática* desenvolve amiúde o emprego de artifícios, expedientes e recursos, muitas vezes criativamente imaginados, para solucionar um caso novo ou para cobrir uma decisão com certas garantias, possibilitando a sua aplicação reiterada em convenientes rotinas. Não obstante esta patente utilidade, a doutrina, em geral, nega-lhes o caráter de fonte de direito, mas, do mesmo modo que ocorre com o costume, nada impedirá que uma boa praxe administrativa possa vir a ser referendada e tornada de observância obrigatória, desde que formalmente reconhecida, no nível adequado, pelo ordenamento jurídico. Registre-se, porém, que, embora entre as práticas administrativas não seja reconhecida a autonomia de fonte do Direito Administrativo, o ordenamento jurídico pátrio, em prestígio ao princípio da segurança jurídica – na sua vertente subjetiva, da Confiança Legítima – interdita a aplicação retroativa de novas interpretações administrativas (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n.º 9.784/1999 – Lei de Processo Administrativo Federal). Trata-se de dispositivo que privilegia as interpretações consolidadas pelas práticas administrativas – restringindo a eficácia de suas alterações “*pro futuro*” – respeitando, com isso, os efeitos jurídicos já produzidos por essas condutas e a legítima expectativa dos administrados em relação à resolução de casos que estejam sob a incidência de interpretações e práticas administrativas consolidadas.

18.3. O constitucionalismo contemporâneo e o Direito Administrativo

Encerra-se este item dedicado às *fontes do Direito Administrativo* com a consideração do recente e relevante *fenômeno juspolítico* que tem transformado profundamente a Disciplina nas últimas décadas e que não pode ser ignorado nem menosprezado pelos seus estudiosos e aplicadores, que vem a ser a sua progressiva *constitucionalização*.

O Direito Administrativo, com efeito, se tem constitucionalizado não apenas porque a Lei Maior venha incorporando cada vez um maior número de normas voltadas à *atividade tipicamente administrativa do Estado*, o que é fato, mas, principalmente, porque, com as novas características desenvolvidas no constitucionalismo contemporâneo, uma especial *sobreeficácia reconhecida nas normas constitucionais* revestiram-nas de uma carga de energia que era desconsiderada ou, pelo menos, nem sempre reconhecida, no constitucionalismo clássico ou tradicional.

Com efeito, a ordem jurídica tem no seu topo a *Constituição*, não apenas em sentido *formal*, mas também como a sua *fundamental referência material*, de modo que o *Direito Administrativo*, neste sentido, se *constitucionalizou*, como todo o Direito interno dos Estados, passando a apresentar auspiciosas características de uma *transformação* tão significativa, que já se a tem, por isso, denominada de *neoconstitucionalismo*, compreendendo os seguintes aspectos: 1 – a *supremacia dos direitos fundamentais* constitucionais; 2 – a *força preceptiva das normas constitucionais*, sejam elas regras ou princípios; 3 – a *sobreinterpretação* da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; 4 – a *universalidade aplicativa* da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e 5 – a *orientação ética da Constituição*, com o rigoroso respeito dos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu *ethos democraticamente legitimado*.

Também em razão da aludida *suprarreferencialidade* de todas as relações e ramos jurídicos à Constituição, nelas por certo incluídas as do Direito Administrativo, o termo *legalidade* vem perdendo atualidade, quando tomado em sentido amplo, tal como tradicionalmente empregado, pois as referências constitucionais se enriqueceram sob o influxo conceitual da *democracia material*, impregnando-as com os valores de *legitimidade* e de *moralidade* que aportam ao Direito, de modo a se preferir, antes que a antiga, porém limitada expressão *conformidade à lei*, uma nova e de maior conteúdo axiológico e mais afinada com a Constituição, que é a *conformidade ao Direito*, reservando-se para esse sentido amplo, mais adequadamente, a expressão *juridicidade*.

19. PRINCIPIOLOGIA jurídica

19.1. Conceito de princípios

Já se vai tornando desnecessário motivar o estudo dos *princípios* no Direito, depois que as grandes mudanças pós-modernas no pensamento filosófico, político e jurídico, desenvolvidas nas últimas décadas do século XX, recuperaram os *valores substantivos* da conduta humana, repondo os *valores formais* na função instrumental, que lhes cabe.

O *positivismo jurídico*, que havia levado o *formalismo* e o *dogmatismo jurídico* a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na *aplicação* do Direito, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos *valores* que haviam orientado sua formação e desenvolvimento desde suas remotas origens.

Foram suas próprias contradições e seus erros históricos que, após mais de um século de catástrofes e de abusos do ser humano, acabaram despertando a consciência dos povos para a necessidade de reinfundir os valores perdidos pelo Direito, esvaziado pela fria lógica dominadora do Estado-potência, possibilitando o auspicioso *ressurgimento dos princípios*, já não apenas como meros *elementos informativos dos legisladores e dos intérpretes*, apenas tolerados no fastígio da dogmática positivista, mas como portadores de *eficácia própria*, por expressar *valores, finalidades e interesses capitais e indisponíveis* da natureza humana, assim entendidos como as próprias *vigas mestras da convivência social* e, por isso, do Direito, passando a se refletir nos textos legislativos e, de modo especial, nas Constituições pós-modernas, como, destacadamente, o foi na Carta Política brasileira de 1988.

Com efeito, o *Direito*, tanto como qualquer outra Ciência, que não fosse apenas por sê-lo, *não prescinde de princípios*, como proposições que lhe conferem *coerência epistemológica* e *unidade sistemática*, qualidades imprescindíveis para que qualquer conjunto de conhecimentos integrado adquira o *status científico*.

Com efeito, apreciados sob o ponto de vista gnosiológico, os *princípios* são proposições abstratas de *segundo grau*, por constituir *abstrações inferidas de leis*, que, por sua vez, são proposições abstratas de *primeiro grau*, porque *desumidas diretamente de fatos*, com o objetivo de pôr em evidência alguma *invariância* que especificamente os distinga e caracterize.

Assim, *princípios e leis*, guardando, ainda, para estas, o *sentido epistemológico* com que se as vem tratando, são, ambos, *normas*, inferidas, respectivamente, uma, da *realidade* e outra, da *idealidade*, ou, dito de outro modo: são *normas do ser ou normas do dever ser*.

Essa distinção define, conforme o caso, na conhecida classificação de Wilhelm Dilthey, de um lado, o campo do *ser*, próprio das *Ciências da Natureza*, com suas *invariâncias* mais rigorosas e invulneráveis, enquanto não são infirmadas pela própria experiência científica, e, de outro lado, o campo do *dever ser*, próprio das *Ciências do Espírito*, com suas *invariâncias* menos rigorosas, porque são, por natureza, *vulneráveis* e *infirmáveis* em seu valor, muito embora, reconheça-se, se venham observando numerosas superposições de campos do conhecimento, que concorrem para esbater essas fronteiras.

São, portanto, os *princípios* e as *leis do ser*, de *natureza explicativa*, *normas das Ciências naturais*, enquanto os *princípios* e as *leis do dever ser*, de *natureza perceptiva*, *normas das Ciências humanas*, entre as quais se situa enciclopédicamente a *Ciência do Direito*.

Todavia, em razão dessa idiossincrasia, no Direito, as *normas* podem se apresentar como *concretamente perceptivas* ou *abstratamente perceptivas*. *Concretamente perceptivas* são as normas que impõem preceitualmente uma conduta ou condutas determinadas, desde que contenham elementos suficientes para identificar as *circunstâncias* em que se apliquem e os *efeitos* desta aplicação. *Abstratamente perceptivas*, distintamente, são as normas que não impõem preceitualmente qualquer conduta específica, uma vez que lhes faltam elementos suficientes para identificar as *circunstâncias* em que deverão se aplicar e os respectivos *efeitos*.

As *normas concretamente perceptivas*, que, na concepção dogmática de elaboração alemã, são as que se encontram *suficientemente densificadas* em seu conteúdo expositivo para serem imediatamente referidas e aplicadas às condutas humanas, conformam a categoria das *leis preceituais* ou, simplesmente, *regras* ou, ainda, *preceitos*, como termos indiferentemente empregados.

As *normas abstratamente perceptivas*, segundo a mesma orientação teórica, são as que *requerem densificação* de seu conteúdo expositivo através de outras normas, para poder descer aos *fatos*, identificá-los, e, assim, regrar as condutas a eles referentes: são os *princípios*.

Todavia, por serem ambas as espécies de *normas jurídicas*, tanto os *preceitos* (ou *regras*) *jurídicos* quanto os *princípios jurídicos*, hão de produzir, necessariamente, *algum tipo de eficácia* no mundo do Direito, embora com diferentes amplitudes e intensidades.

Há, portanto, uma importante diferença de *conteúdo* entre esses dois tipos de normas examinadas, pois, enquanto a *lei jurídica* (preceito ou regra) é predominantemente *perceptiva* de uma espécie de conduta *concretamente definida*, o *princípio jurídico* é predominantemente *indicativo* de um gênero de condutas, pendente de *específica prescrição* através de outras normas que dele derivem.

Daí definir-se, sinteticamente, o *princípio jurídico*, como uma *norma indicativa de conduta*, uma vez que sua principal finalidade consiste apenas em *assinalar um valor ou um fim*, genericamente enunciado, que deva ser especificamente alcançado, não importando em que grau satisfatório, por todas as *leis* (preceitos ou regras), normas *concretamente perceptivas*.

que deles se derivem.

Resulta nítida dessa conceituação, a *importância estruturante* dos princípios, uma vez que a infraestrutura das *normas preceptivas* se articula com uma *superestrutura de normas principiológicas*, que lhes conferem tanto o *sentido valorativo* e *finalístico*, como toda a necessária *coerência sistêmica* para que sejam harmonicamente aplicadas.

Como os *princípios* são, em síntese, *normas portadoras dos valores e dos fins genéricos do Direito*, em sua expressão mais pura, explica-se porque a sua violação apresenta repercussão genérica muito mais ampla e grave, sobre a *ordem jurídica*, do que uma transgressão de *regras*, que restritamente os aplicam às espécies fáticas definidas pelos legisladores.

Por fim, ainda que os *princípios* não venham explicitados na *ordem jurídica positivada* – pois basta que nela se encontrem implícitos – é fora de dúvida que a *positivação de um princípio* é sempre benéfica e desejável, sobretudo pela *eficácia irradiante* que causa, com uma *abertura sistêmica* de elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao conferir maior relevo e nitidez aos *valores* e aos *fins* que portam e ao sentido de *otimização* a que apontam.

19.2. Eficácia dos princípios

Quanto às várias *eficáncias* possíveis, ou *funções* que podem desempenhar os princípios, entre as inúmeras classificações já existentes, convém distinguir, basicamente, dois tipos de eficácia dos princípios: uma *eficácia imediata, impeditiva de conduta*, que prescindirá da existência de preceitos deles derivados, e uma *eficácia mediata, indicativa de conduta*, porque induzirá a necessidade de preceitos deles derivados.

a) Eficácia imediata

Eficácia imediata, todos os princípios a têm e no mesmo grau, para obstar a produção de efeito de quaisquer preceitos ou atos aplicativos concretos com eles *antagônicos*, no contexto da mesma ordem jurídica. Assim, no conflito entre um princípio e um preceito com ele incompatível, o preceito é afastado, para desaplicá-lo, no todo ou, se possível, apenas na parte incompatível, e para invalidar os efeitos que vulnerarem a norma principiológica, destacando-se, portanto, dois modos de produção de eficácia: a *eficácia dirimente* e a *eficácia impidente*.

1. A *eficácia dirimente* consiste em *suprimir a produção de efeitos* de quaisquer normas ou atos concretos que sejam incompatíveis com o conteúdo de valor contido no princípio.

2. A *eficácia impidente* ou *redutora* consiste em *impedir em parte ou em condicionar a produção de efeitos* de quaisquer normas ou atos concretos que sejam parcialmente *incompatíveis com o conteúdo* de valor contido no princípio.

b) Eficácia mediata

A *eficácia mediata* é a repassada pelo princípio à integralidade da ordem jurídica, através

dos preceitos e dos atos aplicativos concretos que neles se informem, destacando-se, entre outras modalidades, a eficácia axiológica, a eficácia nomogenética, a eficácia otimizadora, a eficácia sistêmica e a eficácia integrativa.

1. A eficácia axiológica consiste em afirmar na ordem jurídica, os valores que a informam.
2. A eficácia nomogenética consiste em contribuir com fundamentos finalístico-valorativos germinais para a edição de novos princípios e de novos preceitos que neles se reproduzam.
3. A eficácia otimizadora consiste em orientar a interpretação dos preceitos e dos atos concretos, que conformam uma ordem jurídica, no sentido de conferir-lhes a mais ampla, profunda e completa aplicação possível a seu conteúdo de valor.
4. A eficácia sistêmica consiste em interconectar o conteúdo de todos os preceitos e atos concretos informados pelo mesmo princípio, para que conformem uma superestrutura abstrata que lhes infunde unidade e coerência.
5. A eficácia integrativa, que consiste em suprir lacunas quanto a valores e a fins da ordem jurídica.

19.3. Hierarquização e classificação dos princípios

Os princípios podem se hierarquizar na ordem jurídica sob os critérios formal, enclopédico e axiológico.

Na ordem jurídica brasileira, desde logo, em razão da supremacia constitucional, define-se a hierarquia formal entre os princípios constitucionais e os princípios infraconstitucionais.

Há também implícita na ordem constitucional a hierarquia enclopédica entre princípios, resultante da disposição topológica empregada na enunciação de seus Títulos, refletindo a abrangência dos valores e das finalidades que neles se contenham, distinguindo-se os princípios fundamentais (ex.: Título I, art. 4.º), os princípios gerais (ex.: Título IV, art. 37; Título VI, art. 43; e Título VII, art. 170) e os princípios setoriais (ex: Título VIII, art. 206 e art. 221). Em todos os exemplos colhidos, é empregada a mesma expressão –princípios–, mas, reiteradamente, o legislador constitucional emprega expressões menos precisas, mas com idêntico propósito, tais como: diretrizes, objetivos ou até requisitos.

Há hierarquia axiológica consoante a importância filosófica, política, econômica ou social que se empreste ao conteúdo de valor dos princípios cotejados, como, exemplificando, o da prelazia do princípio da vida humana sobre o da propriedade; o da preeminência da dignidade humana sobre o da publicidade; a primazia do valor social do trabalho sobre a liberdade de mercado e tantos outros.

A respeito, a Constituição de 1988, muito mais do que o fizeram as anteriores, prima em afirmar de modo explícito ou implícito uma cópia de princípios em seu texto, por vezes classificando-os e hierarquizando-os inovativamente.

Assim é que, além dos *princípios implícitos* no Preâmbulo, identificados como “valores supremos de uma sociedade fraterna”, o Título I, como lembrado no exemplo acima, inicia enunciando *princípios fundamentais*, à luz dos quais todas as demais normas que conformam a ordem jurídica brasileira são admitidas e devem ser interpretadas. Dentre estes, cumpre destacar, por sua absoluta *precedência axiológica*, o da *dignidade da pessoa humana*, reputado reiteradamente no neoconstitucionalismo como um *princípio essencialmente metajurídico*, que, por sua vez, entre seus inúmeros desdobramentos possíveis, dispõe que os *interesses das pessoas devem ser sempre considerados e protegidos na prossecução dos interesses públicos pela ação do Estado*, porque, a *satisfação dos interesses das pessoas é direito fundamental indisponível e, afinal, a própria razão de ser da existência do Direito e do Estado*.

A estes, *fundamentais*, se seguem os princípios decorrentes da declaração de *direitos e garantias fundamentais*, no Título II, e os dos demais Títulos, classificados como *princípios gerais* e como *princípios setoriais* constitucionais, destacando-se para o Direito Administrativo, os cinco enunciados para a orientação da ação administrativa do Estado (art. 37).

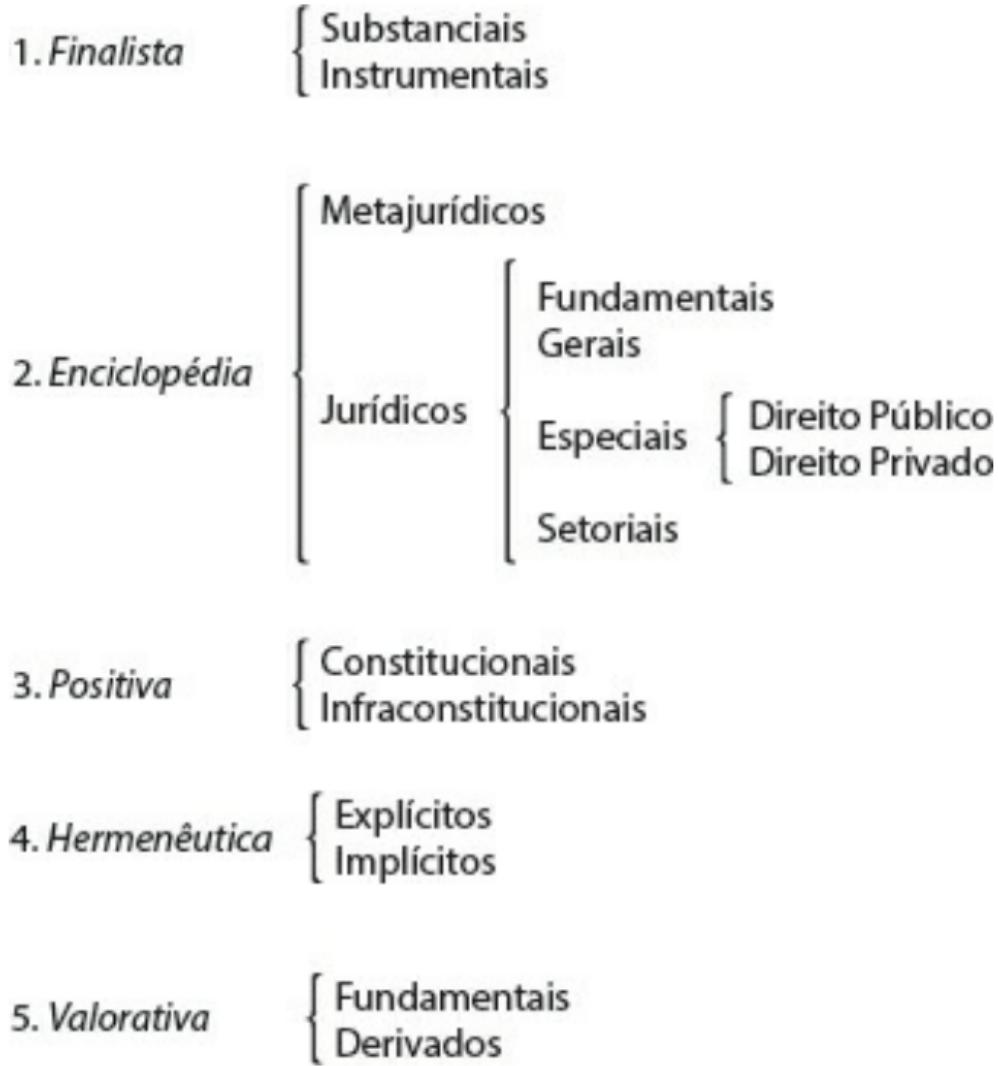
Das classificações teoricamente aplicáveis aos princípios, deve ser ainda destacada a que os distingue quanto à sua *finalidade*, com os dois conhecidos tipos: os *princípios substantivos* e os *princípios instrumentais*.

Os *princípios substantivos* – também ditos primários – contêm uma opção finalística em termos de valor, como, por exemplo, o que afirma a dignidade da pessoa humana, a liberdade contratual, a economia de mercado etc.

Os *princípios instrumentais* – também denominados secundários – contêm uma opção formal destinada a melhor aplicar e garantir a aplicação dos substantivos, tais como o que exige a *publicidade*, o que afirma a *processualidade* e, em geral, todos os que repartem espacial ou funcionalmente o poder do Estado e que definem critérios de *competência*.

O Quadro VIII, que se segue, desenvolve esquematicamente estas e outras classificações usualmente adotadas.

QUADRO VIII – CLASSIFICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS



19.4. Aplicação dos princípios jurídicos

Distintamente dos *preceitos*, ou *regras*, que contém *elementos factuais de densificação* que mais os aproximam das minudências da *realidade*, os *princípios* são formulados com esses elementos muito rarefeitos, o que os identificam mais com as abstrações da *idealidade*, daí os diferentes modos de aplicação de uns e outros.

A aplicação de um *preceito* se faz preferentemente pelo *método de subsunção*, ou seja, verifica-se se a *hipótese* definida no fato examinado está contida na *norma* de maior densificação e, por isso, diretamente aplicável e, sucessivamente, se o conteúdo desta *norma* diretamente aplicável se contém, por sua vez, na *norma* mais rarefeita, de hierarquia superior, que a suporta.

Em caso de *colidência entre preceitos*, o método de subsunção se vale de três critérios clássicos para dirimi-lo: o da *anterioridade* (*lex posterior derogat priori*), o da *superioridade* (*lex superior derogat inferiori*) e o da *especialidade* (*lex specialis derogat generali*).

Quando se trata da aplicação de um *princípio*, a solução metódica geralmente não estará no método da *subsunção*, uma vez que princípios não necessitam estar, obrigatoriamente, em relação de continência, uns com os outros, nem, tampouco, mandatoriamente hierarquizados, uns aos outros, as duas hipóteses em que a subsunção ressolveria.

Ao contrário, sem relação de continência ou de hierarquia, o comum é que, sobre as hipóteses de fato examinadas, *convirjam vários princípios*, até mesmo *antagônicos*, mas, distintamente do que ocorre na aplicação das *regras*, que se excluirão, quando teoricamente conflitivas, não haverá *exclusão aplicativa* de qualquer dos princípios, senão que, ao revés, se perseguirá a *harmonização* possível entre todos, buscando-se um compromisso balanceado entre todos, com vistas a alcançar o *melhor resultado possível*: objetivo que constitui a essência do *método de ponderação*.

O processo de aplicação deste *método da ponderação* se desenvolve em três fases: na primeira – da *identificação aplicativa* – definem-se quais os princípios incidentes em tese sobre a hipótese considerada; na segunda – da *valoração aplicativa* – se vai indicar a *prevalência*, em tese e em que grau se daria, de um princípio sobre o outro; e, na terceira – da *avaliação do menor prejuízo* – se decidirá qual a importância mínima e o valor relativo que se atribuirá, na hipótese considerada, àquele princípio que, como resultar do exame, deverá ser o mais sacrificado.

Essa aplicação do *método de ponderação*, não obstante, tanto pode obedecer a metodologias preconizadas pela doutrina, tal com esta apresentada, ou desenvolvidas pela jurisprudência, ou, ainda, regidas por regras formais, neste caso, estabelecidas pelo próprio legislador, exigindo-se, apenas, para sua validade, tal como na operação afim de *aplicação da discricionariedade*, que se produza *motivação expressa e consistente*.

Observe-se, portanto, que o emprego do *método de ponderação* não é uma livre disponibilidade subjetiva do aplicador, mas um *dever jurídico* a ser observado sempre que deva decidir diante de uma *concorrência de princípios* sobre a mesma hipótese, daí a menção a um *princípio instrumental da ponderação*, que tanto orientará o legislador quanto o aplicador, o administrativo e o judiciário em diferentes momentos da aplicação da norma, como os

vincularão à motivação que apresentarem.

Os *princípios* que se aplicam às relações de *Direito Administrativo*, como em qualquer outro ramo jurídico, retiram seus *fundamentos de validade* de fontes de interpretação reconhecidas, como: (1) as declarações universais de *direitos fundamentais*, estejam nelas explícitos ou implícitos; (2) a *Constituição*, e, do mesmo modo, estejam nela explícitos ou implícitos; (3) os respectivos desdobramentos constitucionais racionalmente justificados; (4) as *normas infraconstitucionais*; (5) os respectivos desdobramentos das normas infraconstitucionais racionalmente justificadas; (6) os *costumes*; (7) a *doutrina*; e (8) os respectivos desdobramentos doutrinários racionalmente justificados.

20. PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para a apresentação que se segue dos *princípios jurídicos relevantes para o Direito Administrativo*, adota-se *classificação mista*, em que são considerados dois critérios combinados: a *disposição constitucional* e a *abrangência de conteúdo*; identificam-se, assim, *cinco categorias de princípios* que apresentam maior importância tanto teórica como aplicativa e, por isso, uma particular incidência sobre a Disciplina: os *princípios fundamentais*, os *princípios gerais do direito*, os *princípios do direito público*, os *princípios gerais do direito administrativo* e os *princípios setoriais de direito administrativo*.

20.1. Princípios fundamentais

Princípios fundamentais são os que se encontram expressos, explícita ou implicitamente, no Preâmbulo e no Título I da Constituição (arts. 1.^º a 4.^º), destacando-se seis deles para o Direito Administrativo: o da *segurança jurídica*, o *republicano*, o *democrático*, o da *cidadania*, o da *dignidade da pessoa humana* e o da *participação*.

20.1.1. Princípio da segurança jurídica

Parte-se da dupla vocação do Direito: a de proporcionar *segurança* aos membros de uma sociedade em suas relações externas e internas e a de nelas fazer imperar a *justiça*.

Por um lado, a *segurança* se enraíza no *instinto*, a partir da necessidade básica de todo ser vivo de preservar as condições de existência, dela se derivando a *paz*, como situação ideal de convivência civilizada entre indivíduos e grupos de qualquer natureza e dimensão, e, nela, a *segurança jurídica*, como resultado proporcionado pela existência e pela prática de instituições que garantam *previsibilidade no emprego do poder*.

Por outro lado, a *justiça*, fruto da *consciência moral* das pessoas, é um atributo do espírito humano que o capacita a qualificar eticamente comportamentos, relações e instituições, interessando aqui, de modo particular, a qualidade moral das *instituições jurídicas*.

Ainda que o homem possa viver sob injustiças, como as tem suportado imemorialmente, o certo é que, para a própria existência da sociedade e como condição para que qualquer uma logre o progresso, será sempre necessário *um mínimo de segurança institucional*.

Como se observa, a *segurança jurídica* é um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa particularmente o *princípio da confiança legítima*, o *princípio da boa-fé objetiva*, o *princípio da coerência administrativa*, o instituto da *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*, como adiante serão expostos.

20.1.2. Princípio republicano

O País está constituído como uma *república*, conceito originalmente oposto ao de *monarquia*, derivado da voz latina *res publica*, traduzida livremente como *coisa comum*, e entendido como um *regime político em que se define um espaço público*, distinto do privado, no qual são identificados e caracterizados certos *interesses*, também qualificados como *públicos*, porque transcendem os interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade e, por isso, passam a ter sua satisfação submetida a decisões normativas ou concretas de agentes da sociedade, também *públicos*.

O *princípio republicano*, outrora exposto com mais destaque nas Cartas Políticas brasileiras, está hoje apenas implícito nas cinco menções que lhe faz a de 1988, sendo a mais importante a designação oficial do País, no art. 1.º, *caput: República Federativa*.

20.1.3. Princípio democrático

Este princípio se refere à *forma de governo* adotada por um Estado, seja republicano ou monárquico, em que se reconheça no povo a *origem do poder*, entendendo-se por *povo* a parcela dos membros da sociedade aptos a manifestar a *vontade política primária*, e, em razão disso, se estabelecendo a *igualdade de todos perante a lei*, o que inclui a escolha de *representantes*, aos quais caberá aplicar o *poder estatal* com fidelidade a essa vontade popular, a ser recolhida em sufrágios e em outras formas de expressão política *formal*, segundo processos instituídos pela ordem jurídica, ou de expressão *informal*, como produto das instituições da sociedade civil.

O *princípio democrático* vem também implícito na configuração do *Estado* brasileiro, no art. 1.º, *caput*, bem como na cláusula pétreia que protege o *voto direto, secreto, universal e periódico* (art. 60, § 4.º, II, CF).

Pelo mesmo motivo, a *administração* dos interesses e dos recursos afetos ao Estado, por força do princípio democrático, deve sempre obedecer a essa *vontade política primária*, que se expressará, devidamente cristalizada, em normas jurídicas que garantam a *fidelidade política* dessa atuação dos representantes: o valor *juspolítico* que se entende por *legitimidade*.

democrática.

20.1.4. Princípio da cidadania

Corolário dos anteriores, este princípio entroniza o *cidadão* como o supremo protagonista político e jurídico do Estado. No sentido *ativo*, cabe ao cidadão definir a finalidade, o conteúdo, os limites e os instrumentos das ações do Poder Público e, no sentido *passivo*, usufruir a condição de beneficiário necessário, direto ou indireto, de todas essas ações.

O princípio da cidadania vem expresso destacadamente no art. 1.º, II, da Constituição, desdobrando-se em numerosos outros princípios, preceitos e institutos, entre os quais o princípio da participação, adiante exposto.

20.1.5. Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio capital, que afirma no Direito contemporâneo o postulado da *supremacia do homem* sobre suas próprias criações, tem sua trajetória histórica traçada desde Protágoras, definindo-o como medida de todas as coisas; sua primeira grande elaboração teórica com o Direito Natural, em suas sucessivas expressões doutrinárias; sua redescoberta pelo *humanismo*, com sua rica elaboração moderna e a sua atual revalorização pós-moderna, como um princípio supraconstitucional, justamente considerado como um *fundamento da própria civilização*.

Seu recebimento explícito, primeiro, nas *declarações de direitos do homem* e, depois, nas *declarações de direitos fundamentais* constitucionalizadas, atesta essa capital importância, como, de modo especial, a sua destacada inclusão nos documentos constitutivos da União Europeia, acompanhado da afirmação solene da *inviolabilidade da pessoa humana*, o que assinala não apenas sua importância como *megaprincípio do Direito*, como o seu conteúdo de *precedência lógica e ética* sobre o Estado e seus desdobramentos políticos. Conclusões essas que igualmente resultam de sua destacada explicitação no art. 1.º, III, da Constituição brasileira de 1988.

20.1.6. Princípio da participação

Por ser gregário por natureza, o homem tende a *integrar-se* no grupo em que convive. No decorrer do processo histórico-cultural de pluralização da convivência, essa integração interativa passa a envolver cada vez um maior número de *grupos*, ou círculos convivenciais, que se vão formando em diversos setores e de locais de atividade, como os da moradia, da caça, da agricultura, do pastoreio, das manifestações religiosas, que se vão desdobrando no trabalho, na prática de esportes, na atuação política, no clube, no bairro, na rua etc.

É normal, assim, que cada indivíduo se sinta estimulado a participar de decisões coletivas a serem tomadas nesses vários círculos de convivência e, dentre eles, nos que

dizem respeito a seus *interesses políticos* e, mais especificamente, os que se desdobram em *interesses administrativos*, por serem os que tocam mais de perto o dia a dia das pessoas, o que se apresenta como fato decisivo para desenvolver um saudável sentido de *cidadania* e de *responsabilidade* pela coisa comum.

Por outro lado, a *democracia* tradicionalmente praticada, como exclusivamente *representativa*, que se exerce pela participação mínima do *sufrágio eleito* de mandatários populares para o desempenho de cargos políticos – e, no caso brasileiro, de legisladores e de governantes nos seus três níveis federativos – se tem mostrado insuficiente como instrumento de *legitimização de condutas públicas*, estimulando-se, assim, cada vez mais intensamente, o seu exercício por outras formas de *participação política*, que se ampliam e confluem no conceito de *democracia participativa*.

Essas formas de participação, direta e semidireta, se abrem, notadamente nos campos da legislação, da administração pública e da provação judicial, na forma de atuações prescritas tanto na Constituição como em várias normas infraconstitucionais. Sua previsão constitucional genérica (art. 1.º, parágrafo único) desdobra-se na instituição de *modalidades administrativas específicas*, uma vez que qualquer instituto, através do qual se *devolva poder ao povo*, será sempre não só possível como desejável, desde que a própria Lei Maior não haja expressamente condicionado o emprego de determinada modalidade para evitar abusos demagógicos, como efetivamente o fez, prevendo *autorizações* para o *referendo* e para a convocação de *plebiscito*, que ficaram sob *reserva* de decisão do Congresso Nacional.

A *participação política*, expressão da consciência social e cidadã, ao lado da *representação política*, que naquela se contém como modalidade específica, assoma como um *princípio instrumental*, voltado à *realização plena da democracia*, daí sua menção reiterada em vários dispositivos constitucionais, a começar pelo, já mencionado, art. 1.º, parágrafo único, que encerra expressa previsão do *exercício direto da democracia*.

O *princípio da participação* está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de *democracias representativas* em modelos politicamente mais complexos, de *democracias participativas*, possibilitando aos cidadãos, na terça lição de Jean Rivero, não apenas escolher *quem* os governará, mas *como* querem ser governados.

Esta ampliação juspolítica do conteúdo da *cidadania* faz do *princípio da participação* – abrangente de todas as formas de ação do Estado, legislativas, administrativas e judiciais – um instrumental indispensável para valorizar o princípio substantivo da *legitimidade* e dar-lhe efetividade no modelo contemporâneo de Estado de Direito, tal como já consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em vários dispositivos, notadamente no *caput* do art. 1.º, que redefine o Brasil como Estado *Democrático de Direito*;

no parágrafo único do mesmo artigo em que declara a *origem do poder político no povo* e seu exercício, tanto pela representação quanto pela participação, e, ainda, no art. 14 do Capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer, vestibularmente as formas de participação direta e semidireta, extensíveis ao âmbito da Administração Pública. A Constituição consagra, ainda, em diversos dispositivos, a exemplo dos arts. 37, § 3º (que disciplina a participação dos usuários na prestação dos serviços públicos), e 166, § 1º (que dispõe sobre o controle social orçamentário), o princípio da participação social – consectário do conceito de *Democracia Material*.

20.2. Princípios gerais do direito

O s *princípios gerais do direito* contêm as proposições básicas que se aplicam à integralidade do sistema jurídico, informando, portanto, todos os seus ramos e institutos, com exceção daqueles de conteúdo preponderantemente político-constitucional, que caracterizam os *princípios fundamentais*, acima apresentados.

São considerados, nesta categoria, onze princípios: da *juridicidade*, da *legalidade*, da *legitimidade*, da *igualdade*, da *publicidade*, da *realidade*, da *responsabilidade*, da *responsividade*, da *sindicabilidade*, da *sancionabilidade* e da *ponderação*.

20.2.1. Princípio da juridicidade

A *submissão do agir ao Direito*, condição da convivência social de imemorial concepção no processo civilizatório é a essência deste princípio, devendo ser de todos exigida com relação a condutas ou inações *juridicamente prescritas*, sendo regra geral nas sociedades livres, a *liberdade de ação*.

Mas, se a liberdade é a regra para os indivíduos, em reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, a *submissão do agir do Estado ao Direito* será sempre mandatória, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, fora de suas pautas. Se, por isso, no Direito Privado, prevalece o princípio da liberdade, que reconhece aos indivíduos a *autonomia da vontade*, atuando o Direito como um *limite* da ação, no Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando o Direito como seu *único e próprio fundamento* de ação.

O princípio da *juridicidade*, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da *legalidade*, o da *legitimidade* e o da *moralidade*, para altear-se como o mais importante dos *princípios instrumentais*, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das *relações jurídicas*, a das *nulidades* e a do *controle da juridicidade*.

O princípio da *juridicidade* corresponde ao que se enunciava como um “*princípio da legalidade*”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à

lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.

20.2.2. Princípio da legalidade

Contido, portanto, no princípio da juridicidade, mas aqui destacado por sua histórica prelazia e importância, notadamente para os ramos públicos do Direito, que exigem expressa positivação da norma, e, principalmente, em razão da cláusula universal de *reserva de lei*, expressa na Constituição de 1988, no art. 5.º, II, entende-se o princípio da legalidade, em seu sentido estrito e próprio, como o que especificamente exige a *submissão do agir à lei*, como *produto formal dos órgãos legiferantes do Estado*.

Para a ordem jurídica brasileira, este conceito técnico está definido na Seção VIII do Capítulo I do Título IV da Constituição, como o produto genérico do *processo legislativo*, abrangendo as seguintes sete espécies legiferadas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Assim, pelo princípio da legalidade o Estado se *autolimita*, o que caracterizou o surgimento histórico do *Estado de Direito*, em oposição ao *Estado Absolutista*, em que primava a vontade do soberano, concepção atribuída a Robert von Mohl, em obra de 1835 sobre o “império da lei”. Portanto, por definição, um Estado que se submete às suas próprias leis, daí a consagrada expressão de Léon Duguit, “suporta a lei que fizeste” (*legem patere quam fecisti*), enunciando em síntese este princípio, uma vez que, declarando o Direito ao *positivá-lo*, o Estado exerce sua *autocontenção*, assegurando à sociedade – que o criou e o mantém, para organizá-la e dirigi-la – a preciosa dádiva da *certeza jurídica*. Como consequência, este princípio obriga o Estado como administrador dos interesses da sociedade, a agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*.

Com relação aos administrados, o princípio da legalidade os protege pela instituição da referida *reserva legal absoluta*, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como expresso no referido art. 5.º, II, da Constituição.

20.2.3. Princípio da legitimidade

Esta segunda condicionante jurídica do agir do Estado, que vem expressa no próprio conteúdo democrático do Estado de Direito, o submete, além da vontade juridicamente positivada, acima estudada, também à vontade democraticamente expressa.

Ora, essa vontade juridicamente positivada pelo Estado é o campo da *legalidade*, princípio geral já estudado, enquanto a vontade democraticamente expressa pela sociedade, indiferentemente positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da *legitimidade*, como um princípio substantivo, específico do Direito Público, que informa, particularmente a tríade do

Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, os ramos em que se encontram regularmente previstas inúmeras possibilidades de manifestações *discricionárias* dos agentes estatais.

A *legitimidade* se deriva diretamente do princípio *democrático*, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a *vontade geral do povo* e as suas diversas expressões estatais – políticas, administrativas e judiciárias. Trata-se de uma *vontade difusa*, captada e definida *formalmente* a partir de debates políticos, de processos eleitorais e de instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, bem como captada e definida *informalmente* pelos veículos abertos à liberdade de expressão das pessoas, para saturar toda a estrutura do *Estado democrático*, de modo a se tornar *necessariamente informativa*, em maior ou menor grau, conforme a hipótese aplicativa, do *exercício de todas as suas funções* e em *todos os níveis* em que se deva dar alguma integração jurídica de sua ação.

Portanto, nessas *funções públicas*, sejam quais forem os órgãos que as desempenhem, a *legitimidade* se manifestará mais ou menos acentuadamente, conforme o grau de *discricionariedade* aberto pela Constituição ou pelas leis do País a legisladores, administradores, juízes e exercentes de funções constitucionalmente independentes. Essa disponibilidade de *escolhas discricionárias*, uma vez aberta pela ordem jurídica, qualificará, em graus distintos, do agir estatal, a *legitimidade* da ação de seus agentes.

Portanto, em última análise, tem-se que a *fidelidade ao atendimento dos interesses públicos primários*, que há de ser *toda a justificação da ação do Estado*, se constitui no próprio núcleo do conceito de *legitimidade*, sendo esta *fidelidade da ação dos Poderes Públicos à vontade do povo democraticamente manifestada*, que Maurice Duverger aponta como a *conformidade da ação do Estado com a teoria do poder que se tem como verdadeira*, a que qualifica ou desqualifica as ações, os agentes, os governos e os próprios regimes, segundo atendam ou não aos *interesses da sociedade*, como *legítimos* ou *ilegítimos*.

Este sacratíssimo princípio da *legitimidade*, substantivo e essencial à existência das democracias, cujo tratamento científico é o tema central do Direito Político, informa, particularmente, no campo específico do Direito Administrativo, importantes outros princípios próprios, como os da *finalidade*, da *discricionariedade* e da *razoabilidade*, como serão a seguir estudados.

20.2.4. Princípio da igualdade

O Direito tem a vocação da *generalidade* e, por isso, parte da afirmação de uma *igualdade essencial* entre os indivíduos, desprezando o acidental, que os desiguala. A expressão “*todos são iguais perante a lei*” (art. 5.º, caput) na verdade se estende a toda a ordem jurídica e, por consequência, obriga a todo o Estado, como seu capital instrumento de atuação. É o princípio – também denominado da *isonomia* ou da *generalidade* – que domina todo o universo jurídico, mas é no Direito Administrativo que ganha especial e frequente aplicação,

a o proscrever qualquer tratamento diferenciado entre os administrados, que não se fundamente em lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base de igualação, desprezados os elementos acidentais diferenciadores.

O princípio da igualdade é ainda extremamente relevante no seu enunciado negativo, que vem a ser a vedação de discriminação, recebendo particular aplicação, como se estudará, nos serviços públicos, nos concursos públicos, nas licitações e no processo administrativo.

20.2.5. Princípio da publicidade

O Direito, por definição, é um sistema de normas de conduta social que devem ser gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que está a indicar que sua publicidade é tanto um requisito lógico como uma condição para a sua execução de ofício pelo Estado, com vistas à produção derivada de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só a abertura do conhecimento a todos permitirá que se tenha deles ciência, bem como aferir-se se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu, destarte possibilitando submetê-los a controle de juridicidade.

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparéncia dos seus atos, ou, como mais adequadamente ainda pode se expressar – por sua visibilidade – que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica, daí sua aplicação sobre as várias modalidades de controle nela previstas.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que, sem que se tenha acesso aos atos praticados pelo Poder Público, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, in viabilizaria a sustentação dos direitos fundamentais e tornaria uma falácia o próprio Estado Democrático de Direito.

No Direito Administrativo, a publicidade, como elemento essencial da ação do Estado, rege-lhe a forma, sempre vinculada à lei que a prescreva, com aplicação em praticamente todas as suas expressões: atos, contratos, atos complexos e processos de todo o gênero.

20.2.6. Princípio da realidade

O Direito é disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, coerente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer.

Na manifestação de vontade, o sujeito deve ser real, como reais deverão ser necessariamente: o motivo de agir, o objeto da ação e o seu resultado. Um falso fundamento motivador não pode validar a manifestação de vontade jurígena, salvo se a própria lei

admitir a ficção. Do mesmo modo, um *objeto* de realização materialmente impossível invalida a manifestação de vontade.

Tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos de execução, administrativos e judiciais, não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, exigir o irrealizável, como bem se exprime no brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. O Direito Públco, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não se pode perder em formulações químéricas e pretensões impossíveis, porque ademais estaria fugindo à sua *finalidade*, uma vez que, sob este *princípio da realidade*, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter todas as *condições objetivas de serem efetivamente cumpridos para a obtenção de resultados para a sociedade a que se destinam*.

De resto, o sistema legal-administrativo não se pode constituir em um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas em instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na *disciplina possível da realidade da convivência humana*.

A desatenção a este princípio não só compromete a *norma* ou o *ato irreal*, como contamina nefastamente a todo o ordenamento, pois concessões à irrealidade levam ao *descumprimento habitual*, ao *desprestígio da autoridade constituída* e à *banalização da lei*, e daí, como bem adverte Agustín Gordillo, afinal, à *desmoralização de todo o sistema*.

Como se verá, no campo do Direito Administrativo, o *princípio da realidade*, de natureza substantiva, apresenta especiais conexões com os da *discricionariedade*, da *razoabilidade* e da *motivação*.

20.2.7. Princípio da responsabilidade

Responder pelo mal praticado é dever tão antigo quanto o próprio Direito. Desde as mais primitivas comunidades já se procurava identificar o violador das normas para aplicar-lhe sanções. No Direito Públco estruturado, a *responsabilidade* é ainda uma pedra angular, porque, se todos devem responder por seus atos, *com muito maiores razões*, deve fazê-lo o Estado, por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, bem como os seus *agentes*, pois que assumiram livremente o *múnus* da execução das várias e distintas funções que essa mesma ordem se lhes impõe.

Assim, para que os entes, órgãos e agentes do Estado desempenhem os cometimentos de administração pública, recebem, todos, inúmeras definições formais de *competências para agir*, a cada uma delas correspondendo *equivalentes responsabilidades*, de modo que quanto maior e mais onerosa a competência, maior e mais grave a responsabilidade de quem espontaneamente tomou a si o dever de exercê-la em favor da sociedade.

Assim é que, no Direito Administrativo, à responsabilidade geral de *agir* segundo o comando da lei, se acresce ainda a responsabilidade específica de *não deixar de agir* segundo o seu comando, existindo, por isso, para cada específica manifestação do *poder de agir*, um

correlato *dever de agir*. Como elegantemente sintetiza Hely Lopes Meirelles, “se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público, o poder de agir é uma imposição, é um dever para o agente que o detém. É um poder-dever”.

É mais grave, portanto, a responsabilidade do agente no Direito Administrativo, que no Direito Privado, sob o princípio apenas limitativo do *neminem laedere* – a ninguém lesar – pois já não se trata apenas de submeter-se alguém à lei quando agir mal, mas de agir *sempre, quando e como* a ordem jurídica o prescreva.

Observe-se que este *princípio da responsabilidade*, de natureza substantiva, gera um *dever derivado*, para todos que recebam cometimentos de natureza pública, que é o de *prestaçao de contas*, o que pressupõe, por sua vez, o dever de *tomar contas*, que, por seu turno, está no núcleo do *princípio da sindicabilidade*.

20.2.8. Princípio da responsividade

Se responder pela *ilegalidade* é dever tão antigo quanto o próprio Direito, responder pela *ilegitimidade* é tão recente quanto a consolidação histórica da *democracia* como regime dominante na cultura ocidental.

O *princípio da responsividade* vem, por isso, complementar o *princípio da responsabilidade* e ampliar-lhe os efeitos, além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à *preservação do princípio democrático e da legitimidade*, como qualidade que dele decorre.

Na verdade, tomada em seu sentido mais dilatado, a *responsividade*, tal como surgiu nos estudos empreendidos sobre a participação política, é *princípio instrumental da democracia*, uma vez que se destina a salvaguardar a *legitimidade*, ou seja, a conciliar a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade pública.

Por isso, apresentada como complemento atualizador da responsabilidade, a *responsividade* é a esperada reação governamental nas democracias – a ser fiscalizada e exigida – em concordância e obediência à vontade dos governados. Neste sentido, a *responsividade* está para a realização do *Estado Democrático* assim como a clássica *responsabilidade* está para a realização do *Estado de Direito*. Nesta mesma linha de ideias, *responsabilidade* e *responsividade* são princípios que se complementam para a construção de um *conceito integrado de Estado Democrático de Direito*, tal como originalmente formulado na Lei Fundamental de Bonn e difundido nas Cartas congêneres contemporâneas.

Em razão do exposto, pode-se afirmar que nas democracias contemporâneas, tem-se hoje a *responsividade* como um *dever jurídico autônomo* dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para perfazer *escolhas discricionárias* para atenderem (responderem) adequadamente às demandas da sociedade.

Efetivamente, a *responsividade* democrática é devida pelos agentes públicos desde os

estamentos legislativos do Estado até os executivos, pois a partir da formulação da lei as manifestações já devem ser legítimas, embora seja nos meandros e nos graus da aplicação *discricionária* que se faz mais particularmente exigente o dever de *legitimidade administrativa*, o que representa um formidável desafio para o desenvolvimento coerente da *responsividade*, como um novo tipo de controle específico de legitimidade a ser aperfeiçoado, profundamente imbricado no *controle da discricionariedade*.

Finalmente, acrescente-se, a *sindicabilidade* da *responsividade* dependerá também da qualidade do que se tem denominado de *transparência* (ou *visibilidade*) da gestão administrativa e, por isso, a *publicidade* é igualmente instrumental tanto para a *responsabilidade* quanto para a *responsividade*.

20.2.9. Princípio da sindicabilidade

Este princípio geral do Direito se apresenta como uma necessária consequência dos princípios substantivos da *legalidade* e da *legitimidade* e dos correspondentes princípios adjetivos da *responsabilidade* e da *responsividade*, aos quais se acresce o, também princípio substantivo, da *moralidade administrativa*.

Com efeito, se não for possível levantar-se a ocorrência das violações a esses princípios substantivos, que conformam, em seu conjunto, o quadro da *juridicidade*, e, ainda, por extensão, se há iminência de algum deles ser violado, todo o sistema jurídico ficaria *inane e frustro*.

A *sindicabilidade* é, portanto, a possibilidade jurídica de submeter-se efetivamente *qualquer lesão de direito* e, por extensão, as *ameaças de lesão de direito* a algum tipo de *controle*.

Assim, no campo do Direito Público, o princípio da *sindicabilidade*, de natureza instrumental, informará as teorias do *controle de legalidade*, de *legitimidade*, bem como de *licitude*, envolvendo a *competência do controle*, a *provocação*, os *processos* e os *efeitos das decisões* na aplicação dos instrumentos de controle disponíveis.

20.2.10. Princípio da sancionabilidade

Este princípio espelha a aceitação ou o repúdio da ordem jurídica a certa conduta, informando a instituição de estímulos para o *encorajamento* ou o *desencorajamento* de sua prática, sob a forma de dois tipos de *sanções*: as *sanções premiais* e as *sanções aflictivas*.

O desenvolvimento das atividades sancionatórias do Estado se multiplicaram a partir do século XIX, para atingir todos os ramos do jurismo, notadamente em sua forma autônoma e genérica própria do Direito Penal, mas, do mesmo modo, no campo do Direito Administrativo, em que se pode registrar também um significativo desenvolvimento teórico, não só no sentido de, por um lado, desenvolver as *sanções premiais*, como, por outro lado, de aperfeiçoar os sistemas tradicionalmente concebidos para as *sanções aflictivas*.

Com efeito, desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, as desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o entendimento de que as *sanções administrativas*, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de atividade administrativa de *pólicia*, são *uma manifestação peculiar de um ius puniendi genérico do Estado*, para a tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da polícia para se estender a outras atividades administrativas, como as *regulatórias*, próprias do *ordenamento econômico* e do *ordenamento social*. Esta é a razão pela qual se procura dar-lhes um *tratamento integrado*, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos tradicionais *princípios da penologia criminal*, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado.

Com efeito, este recente ramo subdisciplinar, que se desenvolve sob o título didático de *Direito Administrativo Sancionador*, ou *Direito Administrativo Sancionatório*, ao considerar *integralmente* e em *sistema* o conjunto das *sanções administrativas* aplicáveis em todos os campos de atuação administrativa – da *pólicia*, dos *serviços públicos*, do *ordenamento econômico*, do *ordenamento social* e, em certas circunstâncias, até do *fomento público* – parte do reconhecimento de que, no plano metanormativo, todas aquelas sanções administrativas em nada se diferenciam das sanções penais, embora, no plano normativo não exista identidade.

E, até mesmo, por não serem idênticas, as sanções, administrativas e penais, mas por serem as mesmas as pessoas delas destinatárias, assoma em crescente importância todo esse estudo integrativo, que no Brasil tem sido em boa hora desenvolvido por Fábio Medina Osório, tarefa da qual, como se assinalou, só pode resultar o avanço da Ciência Jurídica, particularmente na *boa aplicação* de instrumentos sancionatórios reverentes aos *princípios fundamentais*, prestigiando a dignidade da pessoa humana em todos os campos do Direito Administrativo, assim beneficiados pela redução de imprecisões e de ambiguidades, e, sobretudo, pelo progresso inapreciável que leva ao aperfeiçoamento da *cidadania*.

20.2.11. Princípio da ponderação

Ao se tratar da aplicação dos princípios jurídicos, houve uma referência à *ponderação*, como *método* para se solucionar os aparentes conflitos principiológicos, daí este *princípio da ponderação* ou *da ponderabilidade*.

Aparentes, diz-se, porque, distintamente dos preceitos, a colidência entre princípios antagônicos não leva à derrogação de nenhum deles, mas a um dever jurídico do aplicador de bem *harmonizá-los*, o que também se ressaltou na apresentação do instituto.

Ora, se existe este *dever de ponderação*, tem-se aqui muito mais do que de um *método* ou de um *resultado* de sua aplicação, mas de um autêntico *princípio jurídico*, tão importante quanto qualquer outro de natureza instrumental, pois sua função é a de *concorrer tanto para conduzir o legislador à formulação do melhor preceito em abstrato, quanto para orientar o*

aplicador para atingir a mais perfeita observância da ordem jurídica no caso concreto.

O *objeto da ponderação* está mais no nível dos processos interpretativos, onde se situam os *valores*, os *interesses*, os *bens*, as *liberdades* e, coroando-os, os *direitos fundamentais*, daí a relevante diferença entre uma aplicação meramente *normativista*, ainda que informada com preocupação sociológica ou histórica, mas limitada à expressão positiva dos preceitos, e a superior aplicação *valorativa*, que considera componentes axiológicos e teleológicos do Direito, por isso, justamente expressada como a linha exegética da *jurisprudência de valores* (*Wertjurisprudenz*), que se sucedeu mediatamente à tradicional, da *jurisprudência dos conceitos* e imediatamente à intermédia, que lhe serviu de transição, da *jurisprudência sociológica*.

20.3. Princípios gerais do Direito Público

Seguem-se os princípios jurídicos que mais destacadamente informam todo o Direito Público – o regramento jurídico da ação do Estado e de seus delegados no cumprimento dos mandamentos constitucionais a seu cargo – dada a *impossibilidade jurídica de qualquer ação estatal ou de delegados, desvinculada do fundamento constitucional e legal que lhe possa dar suporte*, bem como os *direitos e deveres* que a ordem jurídica assina aos administrados.

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos *direitos fundamentais*, não há como sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar *subordinados* ou *supraordinados*, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a *hierarquia axiológica constitucional* estabelecida em função do *primado da pessoa humana*, que se expressa nas *liberdades, direitos e garantias fundamentais*, e que poderá ser apenas e *excepcionalmente* temperado pela previsão de um *específico interesse público* que justifique *limitar* ou *condicionar* essas expressões indissociáveis das pessoas.

Assim, tanto a *definição* do *interesse público* quanto a *imposição* de uma específica *supremacia*, preferindo *quaisquer outros interesses* igualmente agasalhados pela ordem jurídica, *dependerão, única e exclusivamente, das opções que sejam feitas, expressamente na Constituição* e, só então, *mas sempre desta dependente*, inafastavelmente previstas nas leis.

É da essência do Estado Democrático de Direito, pois fundado no primado da *pessoa*, que os *direitos e garantias fundamentais* só cedam diante de uma expressa e inequívoca *preceituração constitucional* e, assim mesmo, *restritamente, ou seja: quando, como e onde essa supremacia admitidamente se impuser*.

Com este esclarecimento, considerem-se destacadamente sete princípios gerais do Direito Público: da *subsidiariedade*, da *presunção de validade*, da *indisponibilidade do interesse público*, do *devido processo da lei*, da *motivação*, do *contraditório* e da *descentralização*.

20.3.1. Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade diz respeito às relações, de um lado, entre os níveis de concentração de poder e, de outro, entre os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos.

Trata-se de um moderno princípio do poder, cuja origem histórica remonta às práticas políticas da Confederação Helvética, que teve a divulgação de seus méritos favorecida e estimulada pelo magistério da Igreja Católica, a partir da orientação da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que nela o enunciou claramente, tendo sido mais recentemente difundido e estudado com maior interesse em razão de sua adoção nos avançados sistemas jurídicos do constitucionalismo alemão de Bonn e do direito comunitário europeu, como adotado em seus diplomas constitutivos.

A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos.

Portanto, nesse escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses, cabe aos grupos sociais menores, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos grupos sociais maiores, também por suas organizações civis próprias, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais.

Assim, somente as demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e coercitiva, inclusive com centralização de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade através de suas organizações, deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente às da sociedade.

Essa sucessiva concentração de poder em organizações políticas mais complexas deverá, por sua vez, obedecer ao mesmo princípio, ou seja, as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, como o Município, o Condado, a Comuna etc., determinarão suas respectivas competências político-administrativas; as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar então à organização política regional, ou intermédia, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc.; as que ultrapassem as possibilidades das organizações regionais, em razão de sua amplitude ou peculiaridade, é que serão cometidas à organização política nacional soberana, como a União, o Reino, o Estado Nacional etc., dotada de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, bem como as necessárias para negociar, sucessivamente, com outras concentrações de poder transnacionais, soberanas ou não, públicas ou privadas, a satisfação indireta ou coordenada

dos interesses dos respectivos países.

No nível subsequente, o princípio da subsidiariedade ultrapassará, por fim, as fronteiras nacionais dos Estados, para informar, do mesmo modo, a ação das organizações sociais ou políticas de âmbito internacional, multinacional ou supranacional, que, na mesma linha, só deverão ter decisão e atuação se e quando as organizações políticas nacionais entendam não terem condições de satisfazer isoladamente os interesses dos respectivos países.

Em todas as hipóteses, vale observar, estará sempre proscrita uma ingerência de esfera superior sobre a inferior, pois a definição de subsidiariedade da superior em relação à inferior, jamais deverá levar à minimização, destruição ou absorção dos entes menores, ainda porque, estes, como mais próximos dos indivíduos, terão melhores condições de conhecerem e de atenderem às suas necessidades fundamentais e de serem mais efetivamente controlados quanto aos seus resultados.

Ao contrário, porém, a mais importante ação que possa ser exercida, partindo do ente maior em relação aos menores, será sempre a de criar condições de *coordenar decisões e ações coletivas*, para que todos, entes estatais ou não estatais, se desenvolvam e atuem em sua plenitude em regime de mútuo apoio.

O princípio da subsidiariedade informa, assim, todo o Direito Público, mas, de modo especial, a articulação das atribuições administrativas afetas ao Estado e a distribuição delas entre seus respectivos entes e órgãos.

A efetiva aplicação do princípio da subsidiariedade, de natureza substantiva, no âmbito da administração pública, embora ainda incipiente no Brasil, não obstante sua disposição federativa, tende a se aperfeiçoar na medida em que prosperem os novos conceitos de descentralização e de coordenação de esforços, envolvendo tanto a tradicional atividade imperativa como e enfaticamente, a inovadora atividade consensual do Estado, como adiante se exporá.

20.3.2. Princípio da presunção de validade

O Estado baseia sua ação sobre pressupostos reais (realidade), em estrito cumprimento da lei (legalidade), voltado às suas legítimas finalidades (legitimidade) e subordinado à moral (licitude).

No campo do Direito Administrativo a satisfação admitida desse quádruplo pressuposto significa que os atos da Administração gozam de presunção de validade até prova em contrário. Na doutrina tradicional, os autores não costumavam ampliar tanto a presunção geral, aqui tratada, preferindo referir-se apenas a um de seus aspectos relevantes para o direito positivo – a presunção de legalidade – e, mais raras vezes, com alguma extensão à presunção de legitimidade.

Ocorre que, se tanto essas duas condições – de legalidade e de legitimidade – como, em

acréscimo, as de *realidade* e a de *licitude*, deverão estar presentes para que a ação do Estado goze de *validade*, segue-se que *uma presunção ampla deve integrar todos esses aspectos: uma presunção de validade ou de juridicidade.*

Trata-se, de qualquer modo, esta concepção integrada, de uma presunção *juris tantum*, estendida à *veracidade*, à *legalidade*, à *legitimidade* e à *licitude* da ação administrativa, que admitirá, portanto, ser infirmada sob qualquer um desse seu quádruplo aspecto, uma vez que, por versar uma *certeza relativa de validade jurídica*, cederá ante a prova em contrário, cabendo, a quem a conteste, produzi-la.

Esta sempre possível *contestação da presunção de validade*, abrangendo qualquer dos seus aspectos em que se funda, até que prescreva, pode originar-se de uma promoção interna ou externa à Administração, bem como ser provocada adequadamente por qualquer dos meios de *sindicabilidade* positivamente instituídos, e respeitada a *destinação* de cada um deles, perante os Poderes competentes para averiguar, *in casu*, a consistência de cada aspecto dessas presunções integradas – da *veracidade*, da *legalidade*, da *legitimidade* e da *licitude*.

O *megaprincípio da segurança jurídica*, como se expôs, informa esta quádrupla derivação, produzindo, em síntese, o princípio da presunção de validade dos atos do Poder Público, o que justifica: (1) a imposição do ônus da *iniciativa* e da *produção probatória* a quem alegue a existência de vícios *invalidantes* e (2) a aplicação da *sanatória* de possíveis vícios, seja a voluntária, seja a que ocorre sem concorrência da vontade, pelo simples decurso do tempo.

20.3.3. Princípio da indisponibilidade do interesse público

Interesses estão sempre conotados a *valores*. Cada interesse contém, portanto, um ou mais *valores informativos*: afetivos, morais, utilitários, estéticos ou quaisquer que sejam meramente subjetivos.

Nas *relações tipicamente privadas*, de *coordenação de interesses*, o Direito trata esses interesses isonomicamente, respeitando a presumida *igualdade* da vontade das partes para que exerçam a sua *autonomia* com relação a seus respectivos interesses, de modo que os valorizem como lhes aprouver e deles disponham livremente.

Nas *relações tipicamente públicas*, de *subordinação de interesses*, o quadro se inverte: cabe à *lei* captar e identificar um determinado *interesse geral* para defini-lo e guindá-lo a *interesse público* e, com isso, priorizar, em certas condições, o seu atendimento prioritário, mesmo com o sacrifício total ou parcial de outros interesses.

Portanto, é função da *norma legal*, ao enunciar um *interesse público específico*, cometer ao Estado, através de qualquer de suas entidades e órgãos, ou mesmo a particulares, o *encargo finalístico de satisfazê-lo*, definindo, em consequência, competências, condições de proteção e os direitos e deveres jurídicos correlatos.

Uma vez determinados pela ordem jurídica o binômio – *interesse público* e *competência*

orgânico-funcional atribuída à Administração Pública – para a sua ação satisfativa, origina-se para esta um inafastável *dever de atuar* na sua prossecução. Vale dizer que, cometida certa competência a entidade, órgão ou agente públicos, não mais lhes cabe senão *exercê-la*, pois o interesse público específico se torna indisponível para a Administração Pública, não importando de que natureza seja: patrimonial, fazendário, moral, estético etc.

Em decorrência, a Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados, embora isso não a tolha de escolher, respeitados os limites da própria lei e do Direito, como, quando e de que modo realizá-los – vale dizer, as opções discricionárias para a escolha dos meios e das oportunidades para lograr os melhores resultados – ou seja, praticar a *boa administração*.

Distinguem-se, todavia, neste processo, os dois graus de interesse público: o *substancial*, que diz respeito aos fins visados pela Administração, e o *adjetivo*, que diz respeito aos meios disponíveis para atingi-lo, sendo que apenas o substancial é indispensável.

A flexibilização deste conceito apresentará grande relevância no Direito contemporâneo, pois em diversas circunstâncias será necessário ponderar *interesses públicos definidos em lei*, cotejando-os com outros, igualmente protegidos, mas que lhes sejam concorrentes, visando a uma mais justa e melhor realização do Direito.

São modernos exemplos de aplicação da flexibilização na satisfação de interesses que eram antes considerados como *absolutamente indisponíveis*, os variados tipos de *acordos substitutivos*, um instituto que vem sendo adotado na legislação brasileira para harmonizar a satisfação de interesses públicos com interesses individuais, coletivos ou difusos valorizados pelo Direito, dos quais são já costumeiros exemplos os *termos de ajuste de conduta* (TACs), os *termos de compromisso* e assemelhados.

Outros exemplos contemporâneos podem ser colhidos em ordenamentos administrativos de vanguarda, como fruto da evolução doutrinária e jurisprudencial da chamada *teoria do “venire contra factum proprium”*, uma derivação do princípio da confiança legítima e da boa-fé objetiva, que, por sua vez, estão solidamente sintetizados no megaprincípio da segurança jurídica, partindo da premissa de que é inaceitável interpretar-se atos ou contratos em contradição com atos e comportamentos anteriormente adotados pela parte que os alegar.

Antigo entendimento sustentava que esta teoria não se aplicaria ao Direito Administrativo por duas razões: a *imperatividade*, como qualidade então reconhecida como onimodamente presente na atuação do Poder Público, e a *indisponibilidade*, como qualidade inextricável do interesse público envolvido.

Após a sequência de mutações por que passou e ainda vem passando o Direito Administrativo nas últimas décadas, tanto a supremacia do interesse público em tese cedeu à supremacia dos princípios fundamentais constitucionais, garantidores dos direitos das pessoas,

abalou a imperatividade a todo transe, como a *indisponibilidade dos interesses públicos*, foi revista em função da reavaliação dos *interesses juridicamente protegidos* quando ocasionalmente concorrentes com duas distintas categorias de *interesses públicos* – os *primários e os secundários*.

Como consequência, essa reavaliação axiológica do *emprego do poder estatal* restringiu o conceito de *imperatividade apenas às hipóteses em que o Estado dela necessite e esteja intitulado a exercê-la a todo risco, para dar prevalência a interesses legalmente dispostos como públicos* e, mesmo assim, desde que respeitados os limites constitucionais, ela é somente aplicável quando o “ato próprio” da *Administração Pública*, de que se cogita, não se refira exclusivamente a seus *interesses patrimoniais*, como pessoa jurídica de direito público interno e, por isso mesmo, tidos como *interesses secundários e disponíveis*.

Com efeito, à luz das premissas expostas, parece claro que não podem ser alegados pela Administração Pública *atos próprios* que, por elas praticados anteriormente, tenham concorrido para que um particular haja concordado em com ela travar certa relação contratual, mas que, de outro modo, provavelmente não aceitaria, *agindo em fraude da boa-fé exigível inter partes*, apenas para *beneficiar-se patrimonialmente*.

20.3.4. Princípio do devido processo da lei

O Direito Público, além do princípio da publicidade, já examinado, comum a todo o Direito, submete atos a estritas *exigências formais*, de obediência a rigorosos sequenciamentos dos atos que devam ser praticados pelo Estado, que serão constitucionalmente inafastáveis, sempre que possam atingir a *liberdade ou os bens de uma pessoa* (art. 5.º, LIV).

Essas *compulsórias formalidades* não derivam de princípios trazidos da Ciência da Administração, embora possam ser também de utilidade informativa, mas decorrem da necessidade jurídica de assegurar-se a ostensiva satisfação dos *requisitos constitucionais de atuação* do Poder Público, previamente de todos conhecidos.

Assim é que, no Direito Público, nenhuma decisão pode prescindir da observância de certas *normas procedimentais mínimas*, que garantam, entre outros valores, o *conhecimento*, em geral; a *intervenção*, na forma admitida; e a *sindicabilidade*, na acepção mais ampla.

O *princípio do devido processo da lei*, até aqui tomado em seu aspecto *instrumental*, veio a se tornar a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, e, por construção jurisprudencial, neles se expandiu conceptualmente para incluir a *preservação substantiva das liberdades e dos direitos fundamentais*, pois que a *cláusula do devido processo da lei* não poderia agasalhar atos públicos irreais ou irrazoáveis.

O princípio admitido neste sentido – polivalente, formal e material – tal como positivado na Constituição de 1988, informa, em particular, no Direito Administrativo, o *princípio da motivação* dos atos administrativos, bem como vários outros importantes *princípios*

instrumentais de caráter procedural decorrentes, como o do *contraditório* e o da *ampla defesa* (art. 5.º, LV, CF), assim como o *princípio substancial da razoabilidade*.

20.3.5. Princípio da motivação

Motivar é enunciar expressamente – portanto explícita ou implicitamente – as razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico. O Estado, ao assim decidir, vincula-se tanto ao *dispositivo legal* invocado como aos *fatos* sobre os quais se baseou, explícita ou implicitamente, para formar sua convicção: no Direito Público, portanto, *decidir é vincular-se*, pois inexistem decisões livres.

O s *motivos* são os pressupostos *jurídicos e factuais* que fundamentam a aplicação casuística de um comando legal, tanto quando o Estado deva decidir *ex officio*, quando deva fazê-lo sob *provocação*, não importando se o ato de concreção for *parcial*, definindo, ainda em tese, um resíduo normativo, ou *total*, alcançando e esgotando o comando legal editado para o caso em hipótese.

Como se indicou, o *princípio da motivação* é instrumental e corolário do *princípio do devido processo da lei* (art. 5.º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre, também, implícito no devido processo de elaboração das normas legais no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e Regimentos das casas legislativas).

Por *decisão*, não se deve entender, porém, qualquer *ato administrativo* ou *judiciário* que apenas contenha um mandamento, senão *aquele cujo comando aplique uma solução a litígios, controvérsias e dúvidas*, conhecendo, acolhendo ou denegando *pretensões*, através das adequadas vias processuais, ainda que atuando de ofício; essa, a *ratio* do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), que impõe à Administração Pública o dever de motivar os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses dos administrados.

A *obrigatoriedade de motivar decisões*, tradicional no Direito Processual, geralmente expressa quanto aos atos decisórios jurisdicionais típicos do Poder Judiciário, estendeu-se, com a Carta de 1988, a *seus próprios atos administrativos com características decisórias* (art. 93, X). Por via de consequência, o *princípio da motivação* abrange as decisões administrativas tomadas por quaisquer dos demais Poderes, corolário inafastável do *princípio do devido processo da lei*. Com efeito, se o Poder Judiciário, a quem caberá sempre o *controle final da juridicidade* de qualquer decisão, está obrigado à *motivação* das suas *decisões administrativas*, com mais razão, a ela também estarão os Poderes Legislativo, Executivo e os órgãos constitucionalmente autônomos, cada um em suas respectivas *decisões administrativas*, pois só assim ficará garantida a efetividade do controle.

20.3.6. Princípio do contraditório

Correlato aos princípios da *sindicabilidade* e do *devido processo da lei*, examinados, destaca-se este, o princípio do *contraditório*, como um instrumento específico voltado ao mais amplo resguardo, não só dos direitos, como da própria *dignidade do ser humano*.

O Direito, até por ser cratologicamente assimétrico, não poderá deixar de garantir a audiência a quem quer que seja processado ante o Poder Público, em não importa que tipo de *processo*, tampouco importando quem o promova ou o presida.

Esta nítida *proscrição da inquisitoriedade* pela Constituição eleva o Direito brasileiro à sua plena dimensão ética, no mesmo patamar dos ordenamentos mais avançados. Assim, o princípio do *contraditório*, que basicamente determina que se ouçam todas as partes envolvidas, é instrumento de *garantia constitucional* imprescindível, voltado à observância de uma extensa gama de *liberdades e direitos fundamentais*, sem a qual perderiam sua primeira linha de defesa e só poderiam ser invocados depois de, por tantas vezes, se apresentarem irremediavelmente violados (art. 5.º, LV, CF).

20.3.7. Princípio da descentralização

O *poder político*, concentrado no *Estado*, apresenta o seu *exercício* repartido entre diversas *entidades* e *órgãos* de criação constitucional e legal, atuando, portanto, sob diferentes pressupostos de *competência*, tantas quantas sejam as quotas e as modalidades de poder que lhes são distribuídas.

A *descentralização*, além de essencial à *contenção do poder estatal*, também o é à sua *eficiência*, realizando-se no plano *espacial*, pela *limitação territorial* das competências, e, no plano *funcional*, por sua *distribuição setorial*.

É impossível imaginar-se uma *organização política contemporânea* sem essa diluição do *exercício* do poder estatal. Somente em grupos humanos muito primitivos seria possível a *monopolização* do poder por um só indivíduo, tanto como hoje, nos Estados complexos, o seria, paralelamente, por uma só entidade ou órgão estatal.

Com efeito, com o agigantamento e a complexidade da *organização política* e a articulação de grupos cada vez maiores, foi inevitável que se avançasse nos mecanismos e técnicas de *distribuição do poder*: primeiramente, entre *pessoas* e, depois, entre *órgãos* e *entidades*, tudo na medida em que progrediu a institucionalização do processo político, acompanhando o crescimento e a *complexificação* das atividades estatais.

Foi, todavia, no campo da *administração pública* e a partir do final do século XIX, que esses fenômenos se aceleraram além das previsões, exigindo, para atender a seu crescimento, como medidas de contingência, a *multiplicação de órgãos e de entidades dotadas de poder estatal*, e, para satisfazer à decorrente complexidade das tarefas a desempenhar, uma consequente e também crescente *especialização* de cada um desses órgãos e entidades.

O princípio da *descentralização*, que perpassa e informa todo o Direito Público, age, assim,

como resposta às tendências inversas de *hipertrofia estatal* e de *monopolização do poder*, informando desde a instituição de certos instrumentos de transcendente importância juspolítica, como a *separação orgânica de Poderes do Estado*, que Otto Mayer já definia como um princípio autônomo – o relevante “*princípio de separação de Poderes*” – até a simples *desconcentração de um mero serviço burocrático*, na mais modesta repartição pública.

O princípio da *descentralização*, de caráter instrumental, é informativo de diversos institutos na organização dos Poderes do Estado. Assim, no Poder Legislativo, prescreve a solução colegiada, *pluricameral* (mais de uma câmara), a criação de *órgãos de direção* (mesas), de *órgãos de estudo e preparo de temas* (comissões) e de *secretarias administrativas* para serviços auxiliares. No Poder Judiciário, informa grande número de institutos, tanto da *organização judiciária* como da *organização administrativa*, tais como as subdivisões territoriais das comarcas, dos termos, das zonas, das circunscrições, das entrâncias de jurisdição e das respectivas secretarias, ofícios e cartórios, o mesmo ocorrendo nos órgãos constitucionalmente autônomos.

Mas é no âmbito da *Administração Pública* que este princípio atua mais amplamente, ganhando expressão *orgânico-funcional*, para informar a divisão administrativa *territorial* (regiões, distritos, subdistritos, zonas e bairros), a *burocrática* (desconcentrações ministeriais, de secretarias de Estado, de órgãos de secretaria e de assessoramento diretos, de departamentos, de divisões, de repartições, de serviços, de órgãos autônomos e semiautônomos), a *funcional* ou *institucional* (por autarquias) e, até, a *delegação* a entidades com personalidade de direito privado (por paraestatais, concessionárias, permissionárias e entidades de colaboração, em geral).

Deste princípio instrumental derivam-se outros da mesma natureza, como o da *continuidade*, o da *especialidade*, o *hierárquico*, o *monocrático* e o *colegiado*.

20.4. Princípios gerais do Direito Administrativo

Os princípios gerais *típicos* do Direito Administrativo, embora não lhe sejam exclusivos, contém as proposições básicas que se aplicam preponderantemente à execução das atividades da *administração pública*.

Explicitamente, a Constituição de 1988 submeteu-a, de modo enfático, a cinco *princípios gerais explícitos*: *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* (art. 37, *caput*), o que não significa que não estejam implícitos outros mais, decorrentes do sistema, como claramente se prescreve no seu art. 5.º, § 2.º, com direta referência aos *direitos e garantias dos administrados*.

Os *princípios da legalidade e da publicidade* já estão estudados acima, entre os princípios gerais do Direito, restando a examinar-se aqui, desse elenco constitucionalmente positivado, os da *impessoalidade*, da *moralidade* e da *eficiência*, que guardam entre si íntima conexão, bem

com o princípio da finalidade, não mencionado explicitamente pelo legislador constitucional embora de amplo espectro informativo.

Serão, portanto, considerados em destaque os seguintes 19 princípios gerais do Direito Administrativo: da finalidade, da imparcialidade, da moralidade administrativa, da discricionariedade, da consensualidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da executoriedade, da continuidade, da especialidade, o hierárquico, o monocrático, o colegiado, o disciplinar, o da eficiência, o da economicidade, o da autotutela, o da boa-administração e o da coerência administrativa.

20.4.1. Princípio da finalidade

Assente que a legitimidade, para a Administração Pública, consiste no atendimento finalístico do interesse público, atendidos os específicos aspectos que a ordem jurídica lhe comete gerir, esta condição do agir só se satisfaz com sua rigorosa fidelidade à finalidade prescrita pela ordem jurídica.

A partir dessas considerações, conceitua-se o princípio da finalidade como a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na ordem pública, com vistas ao atendimento pelo Estado.

Há duas hipóteses aplicativas deste princípio substantivo a serem examinadas: a *imediata* e a *mediata*. A hipótese de aplicação *imediata* se dará quando a norma constitucional ou legal esgotar a definição dos pressupostos legitimatórios da ação administrativa a ser desenvolvida para que a Administração atenda a certo interesse público, caso em que esta aplicação se dará incontinenti, procedendo-a diretamente o órgão competente. A hipótese de aplicação *mediata* se dará quando a norma constitucional ou legal não esgotar a definição dos pressupostos legitimatórios da ação administrativa e, por isso, será necessário delegar à Administração preenchê-los à sua discreção, caso em que esta aplicação será deferida, devendo a execução ser precedida de uma decisão integrativa, com vistas ao atingimento adequado da finalidade nela contida.

Em ambas as hipóteses, como se pode observar, será sempre a finalidade a expressão de opções legítimas: na primeira, uma escolha realizada exclusivamente pelo legislador, e, na segunda, uma escolha compartilhada sucessiva e gradualmente, entre o legislador e o administrador público.

Isso significa que apenas como aplicação do princípio da finalidade é que o legislador procederá à desigualdade de interesses, para o que deverá estabelecer uma diferenciação legal na categorização de interesses – privados, individuais, coletivos, difusos e públicos – para submetê-los legitimamente ao regime público.

O princípio da finalidade pode ser connotado, com maior aproximação, tanto ao da moralidade quanto ao da indisponibilidade do interesse público, tratados, ambos, como princípios

autônomos. À *moralidade*, porque a atuação do Estado deve ser aferida em relação aos fins que foram *efetivamente* e não apenas hipoteticamente os visados pelo administrador. À *indisponibilidade dos interesses públicos*, porque se institui um dever jurídico específico para a Administração, de promover-lhes o devido atendimento.

20.4.2. Princípio da imparcialidade

Este princípio, que se conta entre os que o legislador constitucional houve por bem de explicitar (art. 37, *caput*), tem uma tríplice acepção. Na primeira, *proíbe a Administração de distinguir interesses* onde a lei não o fizer. Na segunda, *proíbe a Administração de prosseguir interesses públicos secundários, dela próprios, desvinculados dos interesses públicos primários*. Neste caso, enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deverá atuar em seu *exclusivo* benefício, como pessoa instrumental, mas sempre no da sociedade. Na terceira acepção, *proíbe* com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê *precedência a quaisquer interesses outros*, em detrimento dos finalísticos, ou seja, os da sociedade, postos à sua cura.

Como se pode observar, as três acepções confluem para definir a *correta atuação do Estado* enquanto administrador, relativamente à sua *indisponível finalidade objetiva*, que vem que vem a ser aquela expressa na legislação, ou seja, totalmente despida de qualquer inclinação, tendência ou preferência subjetiva, mesmo em benefício próprio, condição que induziu Cirne Lima a afirmar que a *boa administração* é a que prima pela “ausência de subjetividade”, tema a que se voltará na conceituação do consequente princípio.

20.4.3. Princípio da moralidade administrativa

A autonomia deste princípio, já de há muito defendida entre nós por Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior, foi inquestionavelmente reforçada pela explicitação conferida pela nova ordem constitucional, no Capítulo reservado à Administração Pública (art. 37, *caput*), afirmando a *moralidade* como um aspecto específico e singular do *princípio da licitude*.

Com efeito, a Constituição de 1988, não só nesta como em muitas outras *normas constitucionais*, entre princípios e preceitos, dirigidos ao Estado, à sociedade ou a ambos, tratou de aspectos da *licitude*, ora enunciando seu referencial de *valor* (substantivo), ora definindo os *instrumentos* que devem garantir-la.

É deste rol, que ascende a quase seis dezenas, que se destacam os seguintes quatro, imprimindo especial relevância à *moralidade administrativa*, como o princípio norteador próprio da atividade da *administração pública*: 1 – o dispositivo do art. 37, *caput*, incluído entre os cinco princípios nele expressos; 2 – o do art. 5.º, LXXIII, ao aludi-la como *condição de validade* do ato do Poder Público; 3 – o do art. 85, V, ao categorizar a *probidade* na

administração como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República; e, finalmente, 4 – ao invocá-lo, no art. 37, § 4.º, ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o resarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de *improbidade administrativa*.

A *moralidade administrativa*, entendida como espécie diferenciada da *moral comum*, também atua como uma peculiar derivação dos conceitos de *legitimidade* política e de *finalidade* pública, tal como acima estudadas, pois é a partir da *finalidade*, sempre legislada, que ela é prevista em abstrato, e a partir da *legitimidade*, como o resultado da aplicação, que ela se define em concreto.

A *autonomia* deste princípio, que, como se alertou, não deve ser confundido com a moralidade *tout court*, tampouco com o conceito de moralidade média, pois decorre de seu sentido rigorosamente técnico, correlacionado aos conceitos administrativos. Com efeito, enquanto a *moral comum* é orientada por uma distinção puramente *ética*, entre o *bem* e o *mal*, distintamente, a *moral administrativa* é orientada por uma diferença *prática* entre a *boa* e a *má administração*.

Para que o administrador pratique uma *imoralidade administrativa*, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de *desvio de finalidade*, poderá ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de *ausência de finalidade* e de *ineficiência grosseira* da ação do administrador público, em referência à *finalidade* que se propunha atender.

Portanto, para que o administrador vulnere este princípio, basta que *administre mal* os interesses públicos, o que poderá ocorrer basicamente de três modos: 1.º – através de atos com *desvio da finalidade pública*, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2.º – através de atos *sem finalidade pública*; 3.º – através de atos com *deficiente finalidade pública*, reveladores de uma *ineficiência grosseira* no trato dos interesses que lhe foram afetos.

Em termos operacionais, a utilização de *meios ilegítimos*, como a *traição da finalidade*, tipificará formas de *má administração da coisa pública* e caracterizará a *imoralidade administrativa*, trazendo, como consequência, a *anulação do ato*.

Mantém-se, assim, com plena atualidade, essa figura doutrinária descrita por Maurice Hauriou no Direito Administrativo, há mais de 70 anos, a partir da observação da evolução jurisprudencial do Conselho de Estado francês, então por ele definida como “*Conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*”, introduzida entre nós por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.

Para bem compreender o correto alcance dessa *regra moral* na Administração Pública, é preciso considerar que o *dever* cometido a seus agentes não é apenas o da mera gestão dos interesses públicos a eles confiados, mas, além dele, há, como se afirmou, o de *bem administrá-*

los. Assim, enquanto a observância da *moral comum* é suficiente para qualquer administrador privado, o *administrador público* se sujeita, por acréscimo, a outras regras, estejam elas escritas ou não, que dele exigem *fidelidade ao fim institucional de cada ato praticado na gestão da coisa pública* – o que vem a ser a *moral administrativa*.

Como excelentemente expôs Antonio José Brandão, “tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos (‘moral comum’), como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda”. Em ambos os casos há *imoralidade administrativa*, porque o ato praticado se *desviou de seu reto fim institucional*. Em ambos, também, a *ineficácia* do ato não decorrerá diretamente da violação de qualquer regra da moral comum, mas, indiretamente, da violação do princípio da boa administração, que deve ser o inafastável suporte ético da atividade administrativa pública.

Este princípio, substantivo da *moralidade administrativa*, informa vários institutos atinentes ao controle da Administração Pública, notadamente os que embasam o desempenho ético dos agentes políticos e administrativos.

Não obstante, para que se dê concretude ao princípio da moralidade administrativa, não se deve exercer o controle finalístico – interno e externo – das atividades administrativas exercidas, tão somente, pelos agentes do Estado. Na atualidade, os mecanismos de controle dos atos violadores do princípio da moralidade administrativa, notadamente os relacionados aos atos de corrupção, alcançam os agentes privados que financiam a prática de tais ilícitos, como previsto em diversos diplomas normativos de eficácia transnacional (v.g., o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, o *UK Bribery Act*, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA).

Com esse desiderato, foi promulgada, no Brasil, a Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a *responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* (denominada “Lei Anticorrupção”).

A *ratio* do novel diploma é responsabilizar as pessoas jurídicas que estimulem a corrupção na Administração Pública, por meio do financiamento de atos ilícitos, da fraude a procedimentos licitatórios, ou causando empecilhos ao exercício da fiscalização de polícia das entidades da administração direta, indireta e estrangeira (art. 5.º).

Para este efeito, tal diploma prevê que as pessoas jurídicas serão *responsabilizadas objetivamente* – portanto, independentemente de que se prove culpa – nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos de *corrupção* praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Não se trata de inovação no ordenamento jurídico pátrio, na medida em

que a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas já fora adotada, por exemplo, no âmbito da legislação ambiental (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente c/c art 3º da Lei nº 9.605/1998).

Mas é relevante sublinhar, desde logo, que a responsabilidade objetiva não se confunde com a responsabilidade pelo risco integral. Significa que, se pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes – rompendo o *nexo de causalidade* entre a sua conduta e o dano –, não há que falar na aplicação das sanções previstas nos arts. 6.º e 19 da referida lei.

O art. 7.º da referida lei prevê que a autoridade administrativa, ao fixar a aplicação das sanções prevista neste diploma, deve observar o *princípio da proporcionalidade*, considerando os aspectos subjetivos do infrator e objetivos da infração.

É digna de nota a previsão no sentido de atenuar a penalização do infrator, caso seja constatada a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Trata-se de preceito que, de forma inovadora, fomentará a criação de estruturas intestinas nas sociedades cujos objetivos serão a prevenção e a detecção destes ilícitos.

O art. 16 da Lei importou do Direito Concorrencial o instituto do *Acordo de Leniência*, por meio do qual a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção poderá, com o fim de reduzir as suas sanções administrativas, celebrar um acordo com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública acusadora, de efetiva colaboração com as investigações no devido processo administrativo sancionador.

Por derradeiro, cite-se que esse diploma criou uma nova *ação de índole coletiva* – que veicula interesses *transindividuais* – para qual terão legitimidade processual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públcas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público.

Tal ação terá por objeto a aplicação das sanções às pessoas jurídicas infratoras: de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; a sua suspensão ou interdição parcial; a sua dissolução compulsória; a proibição de que tais entidades recebam subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19).

20.4.4. Princípio da discricionariedade

É o princípio substantivo mais *característico* do Direito Administrativo, a ponto de, para muitos autores, integrar o próprio conceito da Disciplina.

Não obstante, como já se expôs, não é um conceito exclusivo do Direito Administrativo, pois que se manifesta em institutos de outros ramos do jurismo, mencionadamente, entre inúmeros exemplos: nas medidas cautelares do Direito do Processo Civil, na prisão preventiva do Direito do Processo Penal, no desforço possessório do Direito Civil, e mesmo no Direito Constitucional, empregado nas medidas constitucionais de sustação cautelar de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional (art. 49, V) e na sustação, pelos tribunais de contas, de atos impugnados não corrigidos (art. 71, X). Mas é indubitável que se concentra no Direito Administrativo o seu mais importante e dilatado campo de emprego: com efeito, não sendo possível esgotar *no preceito legal* todas as hipóteses casuísticas de atuação administrativa do Estado na prossecução dos interesses públicos, o legislador tem a alternativa de abrir ao executor administrativo, *pela própria norma legal preceitual*, um leque de opções para a escolha da *oportunidade* ou da *conveniência* de agir ou de ambas.

A *discretoriedade* desdobra, assim, para a Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, *escolher*, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração.

Ao *integrar*, com sua própria decisão de substância, a vontade da lei, incompletamente expressada pelo legislador, a Administração estará *aplicando duplamente a norma legal*. Na primeira aplicação, obedecendo ao comando *integrativo*, no sentido de definir o *resíduo de legitimidade*, que falta à norma legal para densificar-lhe suficientemente o conteúdo, de modo a alcançar os casos concretos. Na segunda aplicação, obedecendo ao comando *executivo*, no sentido de introduzir as alterações concretas, pretendidas *in abstractu* pelo legislador.

Equacionada essa operação, conforme as categorias técnicas estudadas, a *norma pendente da integração*, que deve resultar da edição da decisão discricionária administrativa, embora seja *eficaz*, restará *inexequível*, enquanto não for editada a decisão ou as decisões da Administração que deverão definir as peculiaridades aplicativas faltantes.

A *discretoriedade* é, portanto, uma técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de *legitimidade* contida na lei, o que a assemelha, de certo modo, ao instituto da *delegação*, outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária *integração casuística*, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta.

Há, pois, um *conteúdo central* na lei, que vincula o administrador público à *específica finalidade* a que se destina, mas esta vinculação já não mais se dá à *legalidade estrita*, pois esta ficou incompleta no comando legal, mas à *legitimidade*, que deverá ser necessariamente deduzida daquele conteúdo.

De qualquer modo, é sempre útil sublinhar que, como ocorre no símile da delegação, o

exercício da *discricionariedade* não pode ultrapassar o cometimento outorgado, só tendo cabimento, o seu exercício, *dentro dos limites da lei*, razão pela qual não deve ser confundida com a *arbitrariariedade*, que consiste no agir fora da lei ou contra ela.

O importante princípio substantivo da *discricionariedade*, para alguns autores, informa e caracteriza o modo de atuar administrativo do poder estatal, daí a referência feita e ainda sustentada em parte da doutrina ao definir o *poder discricionário* como próprio da Administração.

Convém lembrar, porém, que, na verdade, o *poder* de instituir as hipóteses de *discricionariedade* é exclusivo do legislador, e não do administrador, que só terá condições de agir vinculadamente: à *legalidade*, à *legalidade* e à *legitimidade*.

Em outros termos, o que se entenderia por um “*poder discricionário*” nada mais seria que o *exercido pelo Poder Legislativo* – ao abrir em suas *leis* um espaço decisório substantivo a ser integrado – e não o *exercido pela Administração* – ao preenchê-lo em seus *atos*, em obediência aos requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-los exequíveis.

Não obstante esta observação – que visa a repor a *discricionariedade* em sua correta moldura lógica – o que releva, afinal, não é a discussão sobre se nela se manifestaria um específico *poder administrativo*, ou, como aqui se expõe, *não há mais que o exercício de uma função integrativa do poder estatal* de criar e extinguir direitos e obrigações, pois esta divergência doutrinária em nada prejudica a unanimidade essencial que se registra, tanto em relação (1) à sua *obrigatória previsão em lei* (toda opção discricionária só se pode dar *dentro dos limites de opção abertos pela norma legal*), quanto ao seu (2) *exclusivo e limitado conteúdo* (a *discricionariedade* abrange apenas os juízos de *oportunidade* e de *conveniência* da ação administrativa).

Por outro lado, e como observação não menos importante, o *exercício da discricionariedade*, autorizando o administrador a escolher oportunidade e conveniência de agir, não deve ser confundido com o exercício da *faculdade jurídica* de declarar preexistente ou ausente um pressuposto jurídico de agir formulado pelo legislador sob a forma de um *conceito jurídico indeterminado*. Com efeito, se a *lei* se vale de um *conceito jurídico indeterminado* para autorizar ou não a Administração a agir – prática de que se vale também o Direito Constitucional e o Direito Privado – estará delegando ao executor apenas: (1) uma *constatação de fatos* e (2) uma *avaliação de sua suficiência como condição para a prática ou a omissão de um ato*.

Por este motivo, um *ato administrativo* que vier a se fundar na *constatação administrativa de fato e de sua suficiência* – que serão os motivos para praticá-lo – ficará elas *legalmente vinculado*.

Como se pode antecipar, a distinção entre os fenômenos afins da *discricionariedade* e dos *conceitos indeterminados* assume relevância teórica em termos de *controle de juridicidade*, pois

enquanto o mérito da escolha discricionária, uma vez definido pelo administrador como expressão da legitimidade, não mais poderá ser apreciado judicialmente sob o crivo da legalidade, mas apenas sob certos aspectos parciais, como os da realidade e da razoabilidade da opção (como se estudará a seguir); distintamente, a razão pela qual o administrador declarou a existência e a suficiência de uma condição factual vinculante, posta por um conceito jurídico que o legislador deixou indeterminado, não se subtrairá a um juízo pleno de juridicidade pelo Judiciário.

20.4.5. Princípio da consensualidade

Embora a imperatividade seja característica da atuação do Estado – que tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo – é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, da prática democrática, tem ampliado a atuação consensual do Poder Público.

Assim, se tem somado aos tradicionais pactos públicos – contratuais e não contratuais – uma profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célebre e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado.

Com efeito, esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo a colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e até mesmo na solução de conflitos, nesta hipótese com a difusão do emprego da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Pode-se, portanto, afirmar que a consensualidade se vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, da Constituição, com sua atual redação ampliada.

20.4.6. Princípio da razoabilidade

A compreensão deste princípio substantivo se prende aos desdobramentos da lógica e de sua aplicação ao Direito. A lógica racional, introdutora do silogismo, cujas raízes remontam a Aristóteles, embora adequada para explicar os fenômenos e, por isso, de amplo e incontestável emprego nas ciências descritivas, tem reduzida aplicação quando se trata de conduzir o espírito a uma decisão que se proponha a avaliar e sustentar interesses à luz de valores, que é o que se demanda numa ciência normativa, como o é o Direito.

Realmente, na perquirição da razoabilidade, não se trata de compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável.

Se, por um lado, causas e efeitos são dados racionalmente referenciáveis um ao outro, comportando o emprego exclusivo da lógica do racional, por outro lado, interesses e razões são

dados apenas experimentalmente referenciáveis, o que significa estarem ambos abertos a valorações subjetivas, o que demanda outro tipo de lógica: a *lógica do razoável*. Portanto, não mais uma lógica para *conhecer*, mas uma lógica para *decidir*.

A *tomada de decisões complexas*, como as que competem amiúde à Administração e ao Judiciário, para atenderem a interesses definidos – integral ou parcialmente – na *Ciência do Direito*, não segue o mesmo processo lógico que se dirige a alcançar resultados nas *Ciências da Natureza*.

Por exemplo: se para se *construir* uma ponte, usa-se a *lógica do racional*, para se *decidir* se é necessário ou não construí-la, emprega-se a *lógica do razoável*. No primeiro caso, trabalha-se com *causas e efeitos*, e, no segundo, com *razões e interesses*.

Ora, essas distinções, absorvidas pela Ciência Jurídica, foram desenvolvidas na Filosofia: a lógica do razoável tendo sido exposta por Wilhelm Dilthey (razão histórica), por John Dewey (experiência prática e funcionalismo) e, sobretudo, por José Ortega y Gasset (razão vital e histórica), que sobressaem entre os seus mais notáveis elaboradores.

Transplantadas para o Direito, as raízes da *razoabilidade* podem ser identificadas na *jurisprudência sociológica*, desenvolvida nos fins do século XIX, por Oliver Wendell Holmes, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e na Alemanha, pelos fundadores da *jurisprudência dos interesses*, destacadamente, Philipp Heck, Max Rümelin e Heinrich Stoll.

Sob o influxo dessas linhas de pensamento, a preocupação formalista que dominou o século XIX e parte do XX, foi aos poucos cedendo ao *primado dos interesses tutelados*, de modo que a superação do formalismo axiológico e do mecanicismo decisional no Direito muito fica a dever à introdução da *lógica do razoável*, pondo em evidência que o *aplicador da lei*, seja ele o administrador, seja o juiz ou qualquer que opere o Direito, não se pode desligar olímpicamente do *resultado* de sua decisão, entendendo que cumpriu o seu dever, por uma simples e imediatista aplicação silogística da lei aos fatos, pois sua tarefa, que, afinal, é o que deles se demanda, deve ser *criativa* por natureza, já que com ela, toda a comunidade de *intérpretes do Direito* – legisladores, aplicadores e operadores em geral – atuam para a *integração da ordem jurídica*.

Com efeito, à luz da *razoabilidade*, tanto os *atos administrativos*, como os *atos jurisdicionais*, ganham nova e plena justificação teleológica, pois ao concretizarem o Direito, dão-lhe vida, e, ao realizarem efetivamente a proteção e a promoção dos interesses, tal como prescritas na lei, realizam justiça.

À luz do princípio da *razoabilidade*, de caráter substantivo, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure em ato puramente técnico, neutro e mecânico, não se esgota no racional e nem prescinde de valorações e de estimativas, pois a aplicação da lei se realiza por atos humanos, interessados na justiça e na imposição concreta de seus valores, nela estabelecidos em abstrato.

Foi nessa linha que se desenvolveu o *princípio da razoabilidade*, a *reasonableness*, como interpretação substantiva dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América à cláusula do *devido processo da lei*, cuja origem em sua versão adjetiva remonta ao conceito de *lei da terra*, da Magna Carta de 1215.

Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romano-germânico e o anglo-saxão – o *princípio da razoabilidade* não recebe terminologia homogênea e até varia de conteúdo, ora também designado como *princípio da proporcionalidade*, ora como o *princípio da interdição do excesso*, mas parece haver concordância em que nele se contém três exigências metodológicas aplicativas: (1) a de *adequabilidade* da medida para atender ao resultado pretendido; (2) a de *necessidade* da medida, quando outras, que possam ser mais apropriadas, não se encontrem à disposição do agente; (3) e a de *proporcionalidade no sentido estrito*, aferida, de um lado, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e, de outro, o *resultado* a ser alcançado.

Assim é que a aplicação do *princípio da razoabilidade* visa a afastar o *arbítrio* que decorrerá, inversamente, da *inadequação* entre meios e fins, da *desnecessidade* dos meios para atingir os afins e da *desproporcionalidade* entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

O *princípio da razoabilidade* vem ganhando especial importância prática, não apenas na criação da norma como em sua aplicação no exercício da *discricionariedade administrativa*, funcionando como um *critério de limite* e trabalhando ao lado do *princípio da realidade*, para a garantia da *legitimidade* da ação administrativa.

O exercício da *discricionariedade administrativa* se submete a dois limites: o da *oportunidade* e o a *conveniência* da ação administrativa. Sob o padrão da *oportunidade*, a ação administrativa deverá ser considerada em termos do que seja *razoável*. Ainda que a Administração goze de *discricionariedade* para escolher *quando agirá*, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as regras técnicas. A *grave inoportunidade* transparece, assim, principalmente, na avaliação de seus *efeitos*, como um vício capaz de levar à anulação do ato – uma variedade de traição da intenção da lei. Se o legislador confere alternativas de escolha quanto ao *momento* de agir, obviamente não será para se atue em ocasião notoriamente inadequada, ou em momento tão inconveniente, que possa causar resultados atentatórios ou desviados da finalidade pública a norteá-los.

Assim, um ato *aberrativo de finalidade*, por defeito de *grave inoportunidade*, embora com aparência de juridicidade, não pode ter guardada num sistema jurídico orientado pela finalidade e pelo resultado que se expressam na realização do *interesse público*.

Sob o padrão da *conveniência*, a escolha do conteúdo da ação administrativa deverá se dar dentro do possível, de conformidade com o objeto que se deseja realizar, e com uma *razoável certeza* de que se trata da escolha mais eficiente.

A grave *inconveniência* extrapola os limites legais da discricionariedade e caracteriza, por isso, uma *injuridicidade*.

Compreendida na razoabilidade está a *proporcionalidade*, condição exigente do equilíbrio *justo* entre os *meios* empregados, ainda que legais, e os *fins* públicos a serem alcançados, e que pode ser tanto considerada como um *princípio autônomo* como um *requisito da razoabilidade*.

20.4.7. Princípio da proporcionalidade

A *proporcionalidade*, uma vez admitida como um princípio substantivo autônomo, como o faz a doutrina alemã, e não apenas, com o sentido estrito e contido como um aspecto do conceito de *razoabilidade*, prescreve, especificamente, a manutenção de um *justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação administrativa do Estado*.

Por certo, a atividade estatal quase sempre demandará ou *prestações* ou *restrições* por parte de algum segmento da população em benefício geral ou de outro segmento, conforme o disponha a *lei instituidora* e o exija a *ação administrativa* que as imponham em concreto; porém, quaisquer *prejuízos de fato*, que vierem a ser infligidos no processo, deverão estar sempre *limitados* pela justa (ou razoável) *compensação* entre a redução exigida, para uns, e a vantagem decorrente, para outros.

Quando esta relação for *desequilibrada*, parta esse desajuste da própria *formulação* da lei (*desproporcionalidade legislativa*), ou de sua aplicação concreta (*desproporcionalidade administrativa*), a ponto de tornar demasiadamente onerosa a carga imposta ao administrado, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, fica caracterizada a *agressão a este princípio*, que se apresenta, destarte, como uma específica derivação do princípio maior da *justiça distributiva* e da própria *legitimidade*.

20.4.8. Princípio da executoriedade

Diretamente vinculado ao *princípio de presunção de validade*, que sustenta, até em prova em contrário, a *veracidade*, a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude* da ação administrativa, destaca-se este importante *princípio da executoriedade*, de caráter instrumental, informativo da ação administrativa.

A *executoriedade* consiste na *aptidão jurídica*, reconhecida à *Administração Pública*, de deflagrar a aplicação executiva de sua vontade – que, por definição, é direta, imediata e concreta – empregando os seus próprios meios executivos, até a *coerção*, quando se faça necessária, daí ser também denominada de *autoexecutoriedade*.

Este *princípio da executoriedade* implica na legitimação para que a Administração Pública remova pelos meios coercitivos de que disponha todos os obstáculos fáticos que se interponham à execução de seus atos, sempre o fazendo, todavia, com as cautelas devidas.

Essa *aptidão* é um instituto típico do Direito Público e excepcional para o Direito

Privado, pois até mesmo fazer justiça pelas próprias mãos é defeso ao particular. Somente por exceção, a ordem jurídica abre tal prerrogativa – a de execução direta, imediata e concreta da vontade – de modo unilateral e independentemente de *acerto prévio de sua juridicidade* perante o Judiciário.

Assim, as exceções a essa vedação são todas de *direito estrito*, não admitindo extensões, tais como as que explicitamente resultam, por exemplo, de circunstâncias de *emergência*, para a salvaguarda de valores sob risco injusto, nas hipóteses de desforço possessório, nas de punição paternal moderada, de retenção de benfeitorias, nas de alijamento de carga ou de destruição de coisas em caso de perigo, nas de retenção de bagagem de hóspedes inadimplentes, e em outros casos, muito limitados, de autoexecutoriedade privada definidos em lei.

Já, no Direito Público, em especial no Direito Administrativo, a *executoriedade* é, ao revés, o princípio de ampla aplicação, informativo da atuação da Administração, de modo que só excepcionalmente ele será afastado, exigindo-se um *prévio acertamento jurídico* de seus atos pelo Judiciário, valendo-se dos meios executórios próprios deste outro Poder, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de execução fiscal, nas de desapropriação, nas de extinção de associações ilícitas ou nas de intervenção na administração de empresas privadas.

A *execução da vontade privada* é, portanto, como regra, reserva do Judiciário, sujeita a acertamento prévio, em processo, somente por exceção – como nas hipóteses acima enunciadas – facultada ao particular, portanto em diametral oposição à *execução da vontade pública*, pela própria Administração que, por ser presumidamente a aplicação da vontade da lei, não dependerá de acertamento prévio de sua juridicidade, o que apenas excepcionalmente ocorrerá (com vistas a aumentar as garantias do administrado), necessitando de socorrer-se previamente da via judiciária.

A *executoriedade* é característica tão marcante da Administração Pública, que a doutrina francesa a trata como um *atributo* administrativo (o chamado *privilège du préalable*), embora não se trate, tecnicamente, de qualquer privilégio a se considerar, já que nenhuma norma jurídica se derrogará em seu benefício. Ainda assim, autores de grande expressão, como Marcelo Caetano, também se referem a um *privilégio da execução prévia*, enquanto outros preferem se referir, simplesmente, a uma *prerrogativa* própria à *execução de ofício*, o que parece mais apropriado.

Realmente, essas expressões comentadas podem transmitir uma falsa ideia de *excepcionalidade* da ação executória do Estado, enquanto que a *executoriedade* deve ser entendida exatamente ao contrário, como uma *característica ordinária da ação estatal no Direito Público*, uma vez que se deriva diretamente da *imperatividade*, imanente ao Estado, e que se terá previamente justificada pela *presunção de validade* de seus atos, indistintamente em qualquer de suas expressões funcionais.

A executoriedade, portanto, como afirmado, existe em princípio e apenas cede ante uma expressa exceção, demandando um prévio acertamento judicial, que se introduzirá no sistema como uma garantia extraordinária em favor do administrado, sempre que, ao ver do legislador, tanto um maior risco de abuso na execução, ou uma extraordinária relevância do próprio interesse privado tutelado, justifiquem esse incremento de cautelas.

20.4.9. Princípio da continuidade

Considerando-se as atividades do Estado em seu conjunto, enquanto administrador, todas se pressupõem legalmente definidas e a ele cometidas, uma vez que foram consideradas como necessárias à satisfação dos interesses públicos que lhe foram confiados, o que as caracterizam como indisponíveis. Disso resulta que qualquer solução de continuidade nessas atividades, comprometendo-lhes a regularidade, causadas pela Administração ou por ela permitidas, fere a lei comitente, salvo se ela própria a houver previsto, justificando-se este princípio da continuidade.

Como no ensinamento de José Cretella Júnior, esta continuidade, todavia, não implica que a atividade da Administração jamais se paralise ou deva ser desenvolvida de modo permanente, senão que, simplesmente, ela necessita ser regular – previsível de acordo com sua natureza – e, mais precisamente, segundo a própria lei que a categorizou como atividade pública a cargo da Administração.

Exemplos do que seja uma continuidade de acordo com sua própria natureza, podem ser apreciados em inúmeras atividades, como no exercício da polícia, incompatível com uma paralisação geral, muito embora possa se apresentar defectiva em certas áreas ou em certos momentos, bem como na prestação de serviços públicos, que, neste caso, poderá ser intermitente, como nos transportes públicos ou sofrer as vicissitudes da força maior, tudo sem violação do princípio. A propósito, sublinhe-se que este princípio substantivo informa de modo especial a prestação de serviços públicos, assim entendidos aqueles cometidos pela ordem jurídica ao Estado para regulá-los ou, conforme o caso, para executá-los ou, tão somente, superintender a sua execução – ressalvadas as possibilidades de sua descontinuidade nas hipóteses motivadas por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (art. 6º, § 3º, I e II, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e art. 17 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996).

20.4.10. Princípio da especialidade

O desenvolvimento e a multiplicação das atividades a serem desenvolvidas pela Administração Pública demandam cada vez maior eficiência operativa, o que vem a ser um desafio lançado no campo da Ciência da Administração, mas com direta repercussão no

Direito Administrativo, inspirando, assim, a formulação deste *princípio da especialidade*, voltado a adequar convenientemente *meios a fins*.

A lei, ao instituir certa *especialização*, uma vez que o faça, adscribe a cada ente, órgão ou agente um campo ou um setor determinado de ação administrativa, demandando certos *conhecimentos específicos* para a realização eficiente dos fins administrativos nela visados, vedando-se, em consequência, que esses entes, órgãos ou agentes atuem na prossecução de *qualquer outra finalidade* que não aquela insita em sua respectiva regra de competência.

Ante essa vedação, nulas serão quaisquer atividades estranhas à lei instituidora ou que a extrapolem, mesmo se a intenção for manifestamente a de servir à sociedade ou de apoiar de algum modo a ação administrativa pública. Seria assim irregular, *exempli gratia*, o ato de um instituto de previdência que instituisse um serviço de assistência médico-hospitalar, como também o seria a aceitação de um legado por uma autarquia, que implicasse a instituição de um serviço estranho à finalidade legal da entidade.

O *princípio da especialidade*, de caráter substantivo, informa particularmente a distribuição de competências administrativas entre entidades, órgãos e agentes estatais, estando diretamente conotada ao *princípio da eficiência* e aos resultados da ação administrativa, atuando como seguro critério de distribuição funcional.

20.4.11. Princípio hierárquico

Estabelecida a *descentralização* da Administração e, adotada, a modalidade de *descentralização burocrática*, também denominada *desconcentração*, com a consequente instituição de entes, órgãos e agentes, com maior ou menor autonomia de ação, surge a necessidade de *fixarem-se as relações entre eles*, de tal forma que se concilie o máximo de *eficiência operativa* com um satisfatório grau de *controle* de resultados.

Este princípio diz respeito, assim, à *coordenação* e à *subordinação* desses entes, órgãos e agentes entre si e à *distribuição escalonada das respectivas funções*, com o objetivo de estabelecer uma progressiva sequência de autoridade, de modo a harmonizar os esforços, ordenar as atuações, fiscalizar as atividades e corrigir as irregularidades.

O *princípio hierárquico*, de natureza instrumental, é, por esse motivo, notadamente essencial à *disciplina* da ação dos *agentes* da administração pública, que são os elementos humanos nela envolvidos, integrando-se com institutos da *responsabilidade*, da teoria das nulidades e da *sanatória* dos atos administrativos.

Trata-se de um princípio imanente ao Poder Executivo, mas informa igualmente as atividades dos Poderes Legislativo, do Judiciário, bem como dos órgãos constitucionalmente autônomos, sempre que exerçam *funções administrativas*.

Por outro lado, a descentralização das *atividades típicas* do Legislativo e do Judiciário e de alguns órgãos independentes, dá-se em função de graus e de níveis de competência, e

não da *hierarquia*, que, a rigor, não existe entre legisladores, magistrados e membros das funções essenciais à justiça e dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, como, tampouco, existe entre qualquer deles e os cidadãos, muito embora esta inexistência de *hierarquia* em nada obste a instituição de *precedência*, instituto distinto, de índole honorífica, que se estabelece em atenção aos aspectos nobilitantes de determinadas funções públicas, de modo que, embora implícita na hierarquia, a precedência com ela não se confunde.

20.4.12. Princípio monocrático

A *vontade estatal*, segundo este princípio instrumental, se expressa singularmente através de um único agente competente; diz-se que o poder estatal é exercido *unipessoalmente*, o que implica a concentração de toda a responsabilidade da ação praticada em uma só pessoa, que, em geral, até proporcionalmente à gravidade do cometimento de que é investida, ficará submetida a um estatuto jurídico especial.

O princípio monocrático, em razão da rapidez de atuação que possibilita, é próprio para informar uma tomada de decisão em concreto, no que se distingue do seu princípio simétrico, o princípio do colegiado, que é mais apropriado à tomada de decisão em abstrato, pois que possibilita discussões mais intensas das matérias e ponderação dos argumentos, embora com sacrifício da celeridade.

20.4.13. Princípio do colegiado

Este princípio instrumental, em oposição ao anterior, informa a criação e a atuação de órgãos coletivos, nos quais a decisão final, seja ela abstrata ou concreta, deva ser produto de uma composição das vontades de vários agentes, membros de um colegiado, que obedece a regras procedimentais, prestigiando ora o consenso, ora a regra da maioria.

Na atuação do Poder Legislativo, a instituição colegial se revelou historicamente como o melhor método para chegar à melhor solução e, combinada com o instituto da representação, assim como ocorre no júri e nas instâncias superiores do judiciário, possibilita mais ampla discussão e ponderação de razões.

No Executivo, como já se aludiu, prevalece a decisão individual em quase todos seus órgãos, não só para permitir maior rapidez, como para concentrar a responsabilidade das decisões tomadas.

20.4.14. Princípio disciplinar

Decorrencia dos princípios da responsabilidade e do hierárquico, este princípio disciplinar, também de caráter instrumental, assoma como a pedra angular da organização de pessoal a serviço do Estado, momente voltado ao desempenho de funções administrativas.

Realmente, como se travam no âmbito do Direito Administrativo, gamas tão complexas de relações de *subordinação*, em que se distinguem *ordens*, *fiscalização*, *delegação de funções*, *avocação* e *revisão de atos*, tornou-se necessário a adoção e o desenvolvimento de um *sistema disciplinar-sancionatório de atuação direta e imediata*, que possa ser manejado executoriamente, em reforço da hierarquia, por isso, dispensando o prévio acertamento da sua juridicidade pelo Poder Judiciário.

O *pessoal*, a serviço dos entes e dos órgãos administrativos públicos, se submete a um *status disciplinar* próprio e específico, em que se estabelece, mais ou menos acentuadamente, conforme o caso, um *escalonamento hierárquico de funções* e de *responsabilidades*, de modo que este princípio informará todos os *estatutos* – sejam funcionais, profissionais ou colegiais – com o propósito de manter a *ordem interna* dessas entidades.

Sob uma apreciação mais dilatada, o *princípio disciplinar* é uma derivação do *princípio da retribuição*, como a antiga “vingança da tribo”, que se apresenta, imemorialmente, sob a forma da infringência de um *mal* ao infrator, equivalente ao por ele perpetrado, o que se fazia necessário para devolver a paz à tribo – o conceito primitivo da *pena*.

Ao se considerar o desenvolvimento divergente desse instituto da *retribuição* na etiologia da *pena*, que historicamente se distanciou nos campos do *Direito Penal* e do *Direito Administrativo Disciplinar*, cabe observar que as *diferenças* entre ambos os tipos sancionatórios se foram acentuando e ganhando nitidez, justamente ao revés do que se passou no *Direito Administrativo Sancionatório*, em que se passou a identificar uma *convergência principiológica* entre ambos, gerada pela preocupação pós-moderna em *agregar garantias às pessoas* em relações *administrativamente puníveis*, para proteger-lhes os *direitos fundamentais*. Assim é que, sujeitar-se espontaneamente a um *estatuto*, por escolha própria, faz toda a diferença entre a *esfera disciplinar* – aplicável aos servidores, em sentido amplo, e a grupos determinados pela submissão estatutária, e a *esfera sancionatória* – que abrange os administrados em geral.

Com efeito, quanto ao *conteúdo*, as penas *criminais* e as *disciplinares* diferem não apenas em *abrangência* e *grau*, como em *substância*. Quanto à *abrangência*, enquanto o poder de apenas (poder punitivo do Estado) se aplica a todos *em geral*, o de disciplinar (poder disciplinar do Estado) se aplica a um *grupo especial*, a uma determinada classe de pessoas; quanto ao órgão que impõe a sanção, enquanto a pena criminal é reserva aplicativa do Poder Judiciário, a pena disciplinar pode ser aplicada por qualquer autoridade administrativa competente; e, por fim, as *finalidades* da apenação criminal e da disciplinar são também diversas: enquanto a pena criminal visa à profligação do crime na sociedade, a disciplinar visa ao aperfeiçoamento comportamental dos grupos submetidos a um estatuto comum (servidores públicos, magistrados, profissionais liberais etc.).

Em decorrência do exposto, não se aplicarão, *de modo estrito*, às penas *disciplinares*, quaisquer dos *princípios informativos* do *Direito Penal*, como os da pena específica, da reserva

legal etc., demandando-se sempre uma *compatibilização* entre ambos os sistemas, com prevalência de sua principiologia própria, tema que hoje suscita novas e frutíferas controvérsias, sempre envolvendo os *princípios fundamentais protetivos* das pessoas.

20.4.15. Princípio da eficiência

Recém-introduzido, em 1998, no texto da Constituição e acrescentado ao rol de princípios explícitos enumerados no art. 37, *caput*, este *princípio substantivo* resultou da convergência de duas linhas de desenvolvimento.

De um lado, o conceito de *eficiência* foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como a *relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados*, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de *produtividade*, ou seja, *uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos*, daí passando à administração privada e à pública.

De outro lado, destaca-se a sua *origem em estudos jurídicos doutrinários* de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de *poder-dever de administrar*, como afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a *eficácia*, para estabelecer, como um passo adiante, o *dever da boa administração*, passado a ser respaldado pelas novas *concepções gerenciais*, voltadas à busca da *eficiência* na ação administrativa pública.

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da *administração pública gerencial*, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam *aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados*, o atendendo apenas ao conceito clássico de *eficácia*. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais *qualidades intrínsecas de excelência*, de modo a possibilitarem o *melhor atendimento possível* das *finalidades* para ele previstas em lei.

Essas exigíveis *qualidades intrínsecas de excelência* são, por certo, numerosas e diferenciadas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de *parâmetros objetivos* previamente fixados, que se destinam à *aferição dos resultados* alcançados pela ação administrativa. Esses *parâmetros* tanto poderão ser *fixados pela lei*, como pelo *ato administrativo*, pelo *contrato administrativo* ou pelo *ato administrativo complexo*, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (*feedback*), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de *eficiência* jamais poderá ser *subjetivo*, pois de outro modo, chegar-se-ia ao *arbítrio* no controle.

Entendida, assim, a *eficiência administrativa*, como a *melhor realização possível da gestão dos interesses públicos*, posta em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da

administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de *resultados*, e, coroando a relação, como uma *característica jurídica* exigível, de *boa administração* dos interesses públicos.

Embora já praticado no âmbito da *proteção do consumidor*, e doutrinariamente reconhecido nas obras dos administrativistas mais recentes, o certo é que, uma vez constitucionalmente consagrado este *dover de eficiência do setor público*, connotado aos *interesses da sociedade*, sempre que possa ser objetivamente aferível, passou a ser um *direito da cidadania*.

E, não bastante, o legislador constitucional a ele retomou, no mesmo dispositivo, para sublinhar, inequivocamente, a importância que lhe conferiu, determinando que o legislador ordinário regulasse a disciplina das reclamações relativas à *prestação de serviços públicos em geral*, ao acesso a registros e informações sobre atos de governo e à representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (art. 37, § 3.º) – prescrições que resguardam a *eficiência administrativa*.

20.4.16. Princípio da economicidade

Outro princípio substantivo de assento constitucional (art. 70), embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o *princípio da economicidade* deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude quando se trata de aferir o desempenho em termos de *custo-benefício* da *administração pública*.

Neste sentido, em parte é corolário do *princípio da eficiência*, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente *financeira*, portanto, mensurável ou estimável, entre *inssumos* e *produtos*, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a *economicidade* tampouco prescinde de *parâmetros objetivos*, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação *livre* e, muito menos, *subjetiva* dos atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.

20.4.17. Princípio da autotutela

Este princípio exprime o dever da Administração Pública de fiscalizar seus próprios atos quanto à *juridicidade*, o que envolve a adequação dos processos desenvolvidos e, sobretudo, dos *resultados* alcançados ao *interesse público*, o que corresponde aos *controles* que lhe incumbem: (1) de legalidade, de legitimidade e de licitude – que são *vinculados*, e (2) de mérito, que é *discretionário*.

A Administração Pública, como expressão do poder estatal, e no uso, tanto pode *anular* seus próprios atos no exercício do *controle interno* de legalidade, de legitimidade e de

moralidade, quanto os pode revogar, avaliando-lhes a oportunidade e a conveniência. Formulação jurisprudencial cediça deste cometimento está recolhida na Súmula n.^o 473, do Supremo Tribunal Federal, com alguns aspectos específicos detalhados no art. 74 da própria Constituição Federal.

A prerrogativa da Administração Pública, decorrente deste importante princípio instrumental, se denomina de *autotutela*, alinhando-se, para muitos autores, como uma das características destacadas da Disciplina.

20.4.18. Princípio da boa administração

Das mais recentes formulações principiológica a ascender aos textos doutrinários da Disciplina, germinado nas Constituições pós-modernas, voltadas ao restabelecimento do *primado da pessoa humana* e de seus *direitos fundamentais*. Em consequência, tomando o Estado a si formular o Direito, mantendo a ordem jurídica assim estabelecida e administrando consoante ela os interesses gerais das sociedades, assume implicitamente o *dever de executar todas essas atribuições no mais alto grau possível de excelência*, ou seja, *produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo*.

Assim se define como *cometimento constitucional primordial – a efetividade* dessas funções – que no caso da *administração pública* só há de ser a *melhor gestão possível* que possa realizar com os recursos por ela disponíveis. A *boa administração*, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um *dever constitucional* de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a *boa administração* corresponde a um *direito cívico* do administrado – implícito na *cidadania*.

Na expressão de Juarez Freitas, trata-se de “direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

O Princípio da Boa Administração, em tempos de valorização dos direitos fundamentais, foi consagrado, no âmbito da União Europeia, em seu art. 41, de sua Carta de Direitos Fundamentais, proclamada em 07.12.2000, nos seguintes termos: *Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito comprehende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial — a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.*

No plano normativo, na Constituição de 1988, o dever da boa administração decorre

diretamente do comando do art. 37, *caput*, que consagra a obrigatoriedade da *eficiência*, que se complementa pelos comandos, ainda mais específicos, do art. 70, *caput*, que instituem a obrigatoriedade tanto da *legitimidade* quanto da *economia* da gestão administrativa.

Portanto, a *boa administração* tem como parâmetros gerais os conceitos de *eficiência* e de *resultado* de gestão: a *eficiência*, como a *otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis* e o *resultado*, como a *idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados*.

Esses parâmetros-mestre são necessários e suficientes para a devida vinculação jurídico-administrativa, própria ao regime de juridicidade do *Estado Democrático de Direito*, através do desdobramento legal sob a forma de especificações, de metas e de indicadores *gerais*, comuns a toda ação administrativa, bem como sob a forma de especificações, de metas e de indicadores *específicos*, que deverão estar claramente expressos bem antes da execução da gestão administrativa, ou seja: desde a *formulação, planejamento e orçamentação* ao nível político-administrativo.

20.4.19. Princípio da coerência administrativa

Este elenco se fecha com outra recente formulação principiológica, voltada à *segurança jurídica* constitucionalmente devida aos administrados – a *coerência administrativa*.

Não obstante as descentralizações, que, por várias razões expostas, devam ser procedidas, a *Administração* – de cada uma das unidades políticas – em reverência aos princípios da *segurança jurídica* e da *boa-fé* dos administrados, deverá manter um *desempenho congruente* no concerto da atuação dos respectivos entes e órgãos que a conformam.

Quando a ação de qualquer uma das expressões fracionárias funcionais do poder estatal que compõem a Administração, de modo casual ou deliberado, puder provocar *interferências* ou vier a conflitar com a ação de outras, surge para essa Administração o *dever de harmonizar os internamente*, para que, *externamente*, ela não se apresente bifronte, conflitante, disparatada e até mesmo contraditória, ameaçando ou ferindo direitos dos administrados, como ocorre, por exemplo, nas clássicas hipóteses aplicativas do *venire contra factum proprium*.

Este *dever de coerência* decorre do cometimento constitucional a cargo do Presidente da República de exercer a direção unipessoal da administração pública na órbita federal (art. 84, II) e, assim, simetricamente, em relação aos Chefs do Poder Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Princípio da Coerência Administrativa foi materializado, por exemplo, na instituição da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União – AGU, que tem como uma de suas principais atribuições dirimir, por meio do procedimento de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito

Federal, e dos Municípios (art. 18, inciso III, do Decreto nº 7.392, de 13.12.2010).

Em consequência, ao *administrado* assiste o *direito constitucional* de exigir *consistência da ação administrativa*, podendo pleiteá-la, tanto administrativa como judicialmente, sempre que a *incoerência* no tratamento de idênticas situações por parte da mesma Administração venha a ameaçar ou a ferir direitos individuais, repudiando-se, portanto, os comportamentos *contraditórios* por parte de entes e de órgãos administrativos do mesmo *ente político*.

20.5. Princípios setoriais do Direito Administrativo

Além dos *princípios gerais* estudados, encontram-se inúmeros outros princípios informativos específicos no Direito Administrativo, explícitos ou implícitos na ordem jurídica, como em destaque exemplificativos, os relativos aos atos *administrativos*, aos *contratos administrativos*, aos atos *administrativos complexos*, à *policia*, aos *serviços públicos*, ao *processo administrativo*, ao *ordenamento econômico*, ao *ordenamento social*, ao *fomento público*, aos *bens públicos*, aos *servidores públicos*, ao *meio ambiente*, ao *urbanismo* e a inúmeras outras áreas, desdobrando-se numa relação que só propende a crescer, na medida em que prossiga a tendência de multiplicar-se setorialmente, em rede, como se vem observando, a administração dos interesses públicos. Estes *princípios informativos setoriais* serão identificados e conceituados nos Capítulos seguintes, cada vez que se apresentar a oportunidade didática de fazê-lo.

21. INTERPRETAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por *interpretação* entende-se a *técnica* de tornar *inteligível* a vontade de uma *norma*, revelando seu sentido apropriado, conforme as circunstâncias em que deva ser aplicada.

A *interpretação* da norma precede logicamente a sua *aplicação*, para que esta se realize com a maior *segurança jurídica* possível, diante das naturais dificuldades que podem surgir quanto ao entendimento sobre o seu conteúdo.

As normas podem apresentar três tipos de vícios, que lhes dificultem a compreensão e, em consequência, a sua boa aplicação: a *obscuridade*, a *ambiguidade* e a *lacuna*. Só nos dois primeiros casos necessitar-se-á do emprego de uma pura *técnica de interpretação*, para tornar *claro* um texto; no terceiro caso, já não se estará, a rigor, precisado de uma *técnica de interpretação*, mas de uma *técnica de integração*.

Esses institutos, não obstante distintos, são reunidos no mesmo item por comodidade didática, uma vez que ambos convergem para a *boa aplicação* da norma de Direito Administrativo.

21.1. Técnica de interpretação

Tradicionalmente distinguem-se em Direito *três tipos* básicos de interpretação: a *interpretação doutrinária*, a *interpretação judicial* e a *interpretação autêntica*, todos com emprego no Direito Administrativo.

A *interpretação doutrinária* vale-se dos subsídios das obras sistemáticas e monográficas que, conforme foi exposto no Capítulo IV, há mais de dois séculos em desenvolvimento, desde a inauguração dos cursos jurídicos regulares da Disciplina e da publicação dos trabalhos de seus primeiros catedráticos.

A prioridade cabe à doutrina administrativista pátria, mas sem descuidar do enriquecimento e da atualização trazidas nas lições dos doutrinadores de grandes centros de produção científica do Direito, desde logo, da Europa continental, mais próxima à nossa tradição jurídica, como, destacadamente, os alemães, espanhóis, franceses, italianos e portugueses, sem esquecer as achegas da novel experiência jurídica desenvolvida pela comunidade europeia, que já se revela muito importante pelo excelente manejo dos princípios jurídicos por seus dois importantes Tribunais Seguem-se os aportes ibero-americanos e a cada vez mais importante contribuição anglo-saxônica, que, não obstante as idiossincrasias sistemáticas, estão convergindo doutrinariamente e apresentando uma crescente influência no desenvolvimento institucional dos ramos mais universalizados do Direito contemporâneo, entre os quais, sem dúvida, cresce em destaque, o Direito Administrativo.

Complementam e subsidiam a doutrina do Direito Administrativo, a do Direito Públco, em geral, e a do Direito Constitucional, em particular, ainda porque, a tendência hoje definida, como indica com propriedade Umberto Allegretti, se inclina no sentido da *constitucionalização* de muitos de seus institutos, o que notadamente se expressa em nível de princípios.

A *interpretação judicial* forma o corpo de *jurisprudência*. Tem acentuado cunho prático para os operadores do direito: para os advogados, porque os orienta na defesa dos interesses de seus constituintes, sendo-lhes dado conhecer as tendências interpretativas dos tribunais; para os magistrados, porque lhes reduz o trabalho de fundamentação, quando concordem com algum precedente, ou, dele divirjam, ensejando-lhes oportunidade de contrariar, com maiores fundamentos e acuidade, o entendimento de outras cortes e juízes.

Todavia sua importância será cada vez maior com a adoção das *vinculações jurisprudenciais* obrigatórias, tal como praticada entre nós e em outros países com vistas à redução do tempo de processamento das ações e ao alívio da carga de trabalho rotineiro das altas cortes de justiça, bem como à adoção de medidas de política judiciária, tudo concorrendo, afinal, para a *segurança jurídica* do jurisdicionado.

A *interpretação autêntica* vem a ser a clarificação da norma pela própria via normativa,

originária ou derivada. O entendimento da norma pode ser esclarecido, previamente, com uma adequada exposição de motivos, ou no próprio texto do articulado, com utilização de normas instrumentais, voltadas à sua dilucidação. Também a normatividade posterior, ainda que de hierarquia inferior à norma interpretada, poderá concorrer para definir-se uma interpretação autêntica. Não o será, por outro lado, considerada autêntica, a opinião isolada de membros dos corpos legislativos, ainda que dos autores de proposições adotadas, pois, como hoje é pacífico, interpretar não é perquirir a intenção do *legislador* (*mens legislatoris*), mas a intenção que ficou contida objetivamente na *legislação* (*mens legis*).

Com relação aos *métodos interpretativos* empregados no Direito Administrativo, não há restrições, apresentando-se, igualmente úteis, os clássicos: *literal*, *lógico*, *histórico* e *sistemático*.

No primeiro método, o *literal*, se atende à *letra da lei*, sendo, reconhecidamente, o mais pobre, porque depende demasiadamente de um bom conteúdo léxico-gramatical. No segundo, o *lógico*, procura-se descobrir, pelo exame da articulação de seus elementos, qual o entendimento que se apresentará mais racional e apropriado. No terceiro, o *histórico*, busca-se atualizar o entendimento do texto a partir de seu sentido original, acompanhando as mutações de significação na evolução histórica da aplicação da norma e na do próprio contexto conjuntural em que se insere. No último método, o *sistemático*, a compreensão da norma não é investigada apenas em seu próprio texto, mas no contexto de todo o Direito Administrativo e, até mesmo, de toda a ordem jurídica, mesmo considerando, se necessário, os *elementos metajurídicos* que possam contribuir para seu melhor esclarecimento.

É recomendável que esses quatro métodos hermenêuticos não se operem isoladamente, mas em convergência, para lograr um resultado *coerente* e *preciso*. *Coerente*, porque a sistemática e a História não deixarão que o produto se apresente como fenômeno isolado no campo do Direito, e *preciso*, porque a exegese não poderá ser nem ampliativa nem restritiva, pois, interpretar é chegar a uma conclusão sobre o *exato conteúdo da vontade pública objetivamente cristalizada na norma*.

Em Direito Administrativo, entretanto, a hermenêutica de maior valia será sempre a que prestigia, de modo particular, a prelazia axiológica e finalística contida em seus *princípios*, como estudada neste Capítulo, desde os inafastáveis *princípios fundamentais*, destacando-se do elenco o *princípio da finalidade*, que contém a chave interpretativa para o bom entendimento da norma no Direito Administrativo, orientando adequadamente o aplicador para a satisfação do *interesse público*.

Tem, também, importância, como guia interpretativo, o *princípio de presunção de validade*, que se desdobra nas presunções de *veracidade*, de *legalidade*, de *legitimidade* e de *licitude*, invertendo o ônus da prova da invalidade da ação administrativa pública, e, finalmente, o *princípio da discricionariedade*, pelo qual se estabelece também uma especial *presunção*, que vem a ser a da *necessidade de integração administrativa casuística do preceito legal*, o que equivale

a afirmar que a integração discricionária vem a ser pressuposto da exequibilidade.

É preciso, todavia, ressaltar que, na *interpretação sistemática* do Direito Administrativo, como o direito comum do ramo público do jurismo, apenas por *compreensão*, mas jamais por *extensão* poderão ser invocados os princípios e normas do Direito Privado, por lhes faltar o característico vetor da *finalidade pública*.

21.2. Técnica de integração

O segundo problema é bem distinto: consiste em *suprir lacuna* da ordem jurídica, por insuficiência normativa do direito positivo. São apresentadas três soluções clássicas: o recurso à *analogia*, o recurso aos *costumes* e o recurso aos *princípios gerais de Direito*.

São essas, também, as soluções indicadas pelo legislador brasileiro na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que abrange *normas gerais* para a aplicação de todo o Direito.

Tratados os *costumes* quando do estudo das *fontes*, e, neste Capítulo, os *princípios gerais*, resta ainda a examinar a *analogia* e conhecer qual o seu alcance no Direito Administrativo.

Há dois tipos de *aplicação analógica*: a *analogia legis* e a *analogia juris*. Na primeira, procura-se estender uma regra existente a um caso de características afins; na segunda, procura-se aplicar, ao caso não previsto, uma norma não existente, mas que se formula a partir da integralidade do sistema jurídico.

Dada a dupla e simultânea vocação peculiar do Direito Administrativo, (1) à garantia da preservação da *segurança jurídica*, nas relações entre o Estado e a sociedade, e (2) a instrumentar a satisfação do *interesse público*, só será admissível a aplicação da *analogia legis* quando a norma similar for também de Direito Administrativo, porque apenas assim se terá preservada a inteireza dessas missões constitucionais.

Quanto à *analogia juris*, a que se aplica com a criação de uma norma analógica a partir de todo o sistema jurídico, torna-se impraticável na Disciplina, porque desbordaria do sistema rígido de *reserva legal* da ação do Estado, adotado na ordem jurídica brasileira, no qual tanto as *competências administrativas* como a *eficácia* dos atos do poder Públco hão de estar *expressas em lei*.

22. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administrar é *atividade* pela qual *pessoas* gerem *recursos* com o *objetivo* de satisfazer determinados *interesses*. São, portanto, cinco elementos articulados neste conceito de *administração*: *atividades*, *pessoas*, *recursos*, *objetivos* e *interesses*. Por (1) *atividades*, deve-se entender a de planejamento, a de decisão, a de execução e a de acompanhamento de atos racionalmente articulados atingirem o *resultado* planejado; (2) as *pessoas* são os indivíduos ou entes de qualquer natureza que manifestam a vontade geradora das atividades desenvolvidas; (3) os *recursos* são os bens e serviços a serem empregados para a realização das atividades; (4) os *objetivos* são alterações que essas atividades deverão introduzir na realidade para que, em consequência; (5) os *interesses*, que constituem as finalidades da ação administrativa a serem satisfeitas, uma vez alcançados os seus resultados.

O conceito de *administração pública* decorre da *qualificação* pública desses mesmos elementos. As *atividades* são as *funções públicas*, cometidas ao Estado, caracterizando-se por suas imanentes *indisponibilidade* e *imperatividade* e, assim, pela possibilidade de serem executadas coercitivamente. As *pessoas*, incumbidas de desempenhar essas funções, são *entes públicos* ou *entes privados*, atuando por seus respectivos *órgãos* e *agentes*, que, para esse efeito, recebem competência própria ou delegada. Os *recursos*, de diversa natureza, notadamente financeiros, empregados para o desempenho dessas funções, serão, em princípio, também *públicos* e afetados a finalidades igualmente *públicas*. Os *objetivos* a serem perseguidos serão todos aqueles, integral ou parcialmente, previstos na *Constituição* e, em decorrência, nas *leis*, aptos à satisfação dos interesses nelas *especificamente* definidos como *públicos*.

A partir dessas qualificações, sintetiza-se o *conceito de administração pública* como as *atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos*.

A expressão *Administração Pública*, bem como, abreviadamente, a *Administração*, como também comumente se emprega, quando venham grafadas com iniciais maiúsculas, não são designativas da *atividade*, mas do *ente* ou do *órgão* que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de *Estado-administrador* ou, por vezes, de *Governo*, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excluente das atividades legislativas e jurisdicionais.

A categorização de certos *interesses* como *interesses públicos*, resultará de uma declaração juspolítica expressa formalmente na legislação – Constituição federal, Constituições

estaduais e leis de todas as esferas federativas, que também disporão sobre as formas e os modos de satisfazê-los – daí resultando que a atividade de *administração de interesses públicos* deve ser estudada, necessariamente, primeiro, sob o ângulo da *definição política* e, sucessivamente, sob o ângulo de sua *definição jurídica*, o que conduz ao exame da *correlação* entre os dois fenômenos geminados: o *político* e o *jurídico*.

23. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POLÍTICA

Em regra, cabe ao próprio Estado, por seus desdobramentos políticos e administrativos, executar as atividades de administração dos interesses públicos. Mas tão volumosa e diversificada se foi tornando essa tarefa, demandada às organizações estatais contemporâneos, que se foram diversificando as técnicas de *descentralização*, dentro e, principalmente, fora de seu *aparelho político*, notadamente pelo emprego do instituto da *delegação* e, mais recentemente, com a introdução das modalidades regulatórias, a da *deslegalização*.

Existem, porém, certas atividades, consideradas como insuscetíveis de delegação e de deslegalização, que são as, assim denominadas, *atividades jurídicas* do Estado, tidas como *próprias* do ente estatal e como necessária *condição* de sua existência. As demais, tidas como delegáveis e deslegalizáveis, incluem-se entre as chamadas *atividades sociais*, ou *impróprias* do Estado, que lhe são cometidas na medida em que, embora não sejam fundamentais à sua preservação, são úteis à sociedade.

Essa clássica distinção doutrinária vem perdendo, todavia, a sua nitidez no direito positivo, em razão da variação do próprio conceito político do que deva ser considerado como suas atividades *próprias* nos Estados contemporâneos. Assim, ocorre que, no campo das atividades tradicionalmente tidas como *próprias*, como, por exemplo, no exercício da função de *policia*, já se vai aceitando certas modalidades de *delegação*, admitindo-se que certas atividades anciliares possam ser transferidas, quando não afetem o *núcleo decisório de execução coercitiva* reservado ao Estado, este sim, indelegável, prática flexibilizadora que permite a transferência de atividades materiais ou preparatórias, que prescindam do exercício da coerção.

Também no campo das atividades *impróprias* que o Estado toma a si, como são os *serviços públicos*, se vai tornando bastante comum o emprego da *delegação* para a execução não apenas de serviços de *utilidade pública*, como de algumas modalidades de serviços de *necessidade pública*, sempre sob o implícito entendimento de que tal transferência será possível desde que não seja afetada a *reserva executória* exclusiva do Estado.

Ainda no campo do *ordenamento econômico*, na hipótese de estar envolvida apenas a aplicação de um regime legal derogatório (*regulatório*) ou corretivo (*sancionatório*) sobre o mercado, só existirão atividades *próprias*, mas, por outro lado, quando se trate da execução

de *atividades econômicas*, tanto as praticadas em *regime concorrencial* quanto as praticadas em *regime monopolístico*, caracterizar-se-ão *atividades impróprias*, uma vez que a ordem constitucional vigente as tem, ordinariamente, como *reserva dos entes da sociedade* e apenas *excepcionalmente* as comete aos entes estatais (CF, art. 173, *caput*).

Finalmente, no campo do *ordenamento social*, predominam as atividades *impróprias*, bem como no campo do *fomento público*, tanto econômico como social.

24. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO

24.1. Vinculação à lei

A sujeição da ação do Estado à *lei*, por suas consequências civilizadoras, foi uma das conquistas mais notáveis do espírito humano, mas a ela se seguiu outra, possivelmente mais significativa: a da submissão do Estado ao *Direito*, como a seguir se examinará.

No tocante a *submissão à lei*, pode dar-se em termos *absolutos* ou *relativos*. Haverá *vinculação absoluta*, quando a *norma legal* esgotar a definição de todos os elementos essenciais da atividade estatal; existirá, porém, *vinculação relativa*, quando for aberta na lei alguma margem de opção ao administrador nas escolhas de oportunidade e de conveniência de agir, a critério dos entes, órgãos e agentes públicos incumbidos de executá-la. Distinguem-se, assim, no primeiro caso, uma *atividade vinculada* e, no segundo, uma *atividade discricionária*.

Doutrina recente cogita de uma distinção entre atividades da Administração *previstas em lei* e as *não previstas em lei* (*gesetzesfrei Verwaltung*), integrando-se entre as *previstas* as acima referidas – as *vinculadas* (de previsão genérica) e as *discricionárias* (de previsão específica) – classificação esta que importaria reconhecer a existência adicional de um espaço de atuações administrativas *não previstas em lei*, no qual a *iniciativa* e a *motivação* seriam exclusivamente suas. Seriam exemplos dessa atuação administrativa dita “livre”: a construção de estradas, a criação de novos serviços, o planejamento e a implantação de novas técnicas de fomento público, entre outras assemelhadas.

Não se acolhe aqui esta doutrina, embora valha mencioná-la por conveniência didática e para que se a tenha como referência, pois o direito é dinâmico, porque, afinal, essas decisões consideradas “não previstas em lei”, na verdade, já o foram em tese na instituição dos espaços de competência dos diversos entes, órgãos e agentes estatais, variando, apenas, em cada hipótese, o grau de *discricionariedade* que se lhes venha a ser atribuído pela norma legal.

Em todas as atividades cometidas ao Estado – a legislativa, a jurisdicional e a administrativa – existirão atividades *discricionárias*, sendo que, rigorosamente, apenas na primeira se cogita de uma modalidade especial de vinculação – a *constitucionalidade* – o que faz da *discricionariedade*, já estudada, não apenas um instituto privativo, ou quase exclusivo

do Direito Administrativo, mas inerente à *Teoria Geral do Direito*, como se tem sustentado de longa data neste Curso (v. quadro IX).

QUADRO IX – GRAUS DE VINCULAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL

GRAU DE VINCULAÇÃO	RELATIVA	Tipo de Atividade	Normativa	Jurisdicional	Administrativa
	ABSOLUTA	Discricionária	Discr. política Ato legislativo	Discr. judicial Ato judicial cautelar	Discr. administrativa Ato administrativo Discricionário
	Vinculada			Ato judicial final	Ato administrativo vinculado

Pela realização da *atividade estatal constitucional primária* – a *legislativa* – por ser a referencial para todas as demais atividades, expressando desde as amplíssimas escolhas político-administrativas – como as que partem dos elevados níveis político-constitucionais com a edição das *emendas constitucionais* – até aquelas tomadas nos três níveis legislativos *infraconstitucionais*, com menor amplitude de escolhas, das *leis complementares*, das *leis ordinárias*, das *leis delegadas*, das *medidas provisórias*, dos *decretos legislativos* e das *resoluções* (legislativas), conforme o ente político de que se cogite, o que predomina, em toda essa gama de atividades, é a *discricionariedade política*.

No extremo oposto do *espectro jurídico de escolhas*, situa-se a atividade *jurisdicional*, por definição, a que se encontra mais estritamente submetida à preceituação da *ordem jurídica*, sendo, por isso, predominantemente, a ela *vinculada*. Assim, o juiz pratica *atos decisórios*, próprios da função jurisdicional, fazendo-o sempre sob as condições juridicamente previstas de *oportunidade*, de *competência*, de *forma*, de *motivo* e para lograr um *objeto*, também juridicamente predeterminado. A própria *ordem jurídica*, porém, autoriza o julgador a estimar *discricionariamente* os *motivos* de decidir, quando deva avaliar a prova (motivo de agir) ou quando necessite se orientar no sentido do atendimento dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum, e, até mesmo, além dessa avaliação de *motivos*, possibilitando-o a fazer uma escolha do melhor *objeto*, como pode ocorrer na edição de *ato cautelar*, a função jurisdicional de natureza preventiva, hoje inserida como uma *cláusula de competência constitucional geral*, entre as garantias dos cidadãos (art. 5.º, XXXV, CF).

Entre as duas – a atividade *legislativa* e a *jurisdicional* – situa-se *atividade administrativa*

pública; esta, distintamente da administração privada de interesses, normalmente executada por pessoas no gozo da *liberdade* de agir, não se realiza livremente, mas sob *vinculação jurídica*, em maior ou menor grau, mas sempre de acordo com o que na regra legal se prevê.

Esta, portanto – a dupla *vinculação* ao cometimento que lhe fez a sociedade – à *lei e ao direito* – vem a ser a *característica jurídica fundamental da administração pública pós-moderna*. Não fosse assim, o Estado, ao qual se comete predominantemente esta função em benefício da sociedade, não seria dela *instrumento*, mas seu tutor, inexistindo, por consequência e em definitivo, qualquer atividade estatal, inclusive a administrativa, que não encontre na *lei e no direito o seu fundamento e o seu limite*, mesmo que esteja previsto um amplo espaço de integração discricionária de sua vontade matriz, como adiante se estudará.

Excluem-se, todavia, do âmbito da administração pública, as chamadas *atividades juridicamente irrelevantes*, rotineiramente praticadas pelo Estado, em que também podem demandar manifestações de vontade, embora desimportantes, sem aptidão para gerar efeitos na ordem jurídica, confinando-se, tais manifestações, apenas no mundo dos fatos.

24.2. Vinculação ao Direito

Porém, mais do que simplesmente à *lei*, a atividade administrativa se vincula ao *Direito*, entendido não apenas como a *coleção de normas legisladas em vigor*, mas como a referência à *totalidade do ordenamento jurídico vigente*, assim considerado como nele incluindo não apenas as *normas legais* positivadas, como as *normas-princípio*, venham positivadas ou não, e as *normas jurídicas* produzidas por outras fontes, pressupondo, sobretudo, um *sistema constitucional aberto*, sempre *responsivo* às mutações que se processam incessantemente no meio social, e que lhes garantam a *legitimidade*.

Com efeito, essas *contínuas alterações*, que se devem à dinâmica própria da convivência social, diversificada e acelerada pelos progressos tecnológicos da Era da Informação, não são apenas aquelas captadas pelas casas legislativas, mas, igualmente, todas as que vão sendo continuamente interpretadas e reinterpretadas pela comunidade dos *operadores do direito*; tudo tendo sempre como referência da integridade do sistema, em seu vértice, a *Constituição*, com suas alterações por via de revisões e de emendas, e, complementarmente, a *jurisprudência* da Suprema Corte, que lhe confere permanente atualidade e segurança aplicativa.

Pode-se afirmar, assim, que, em última análise, a administração pública se processa fundamentalmente sob o *império da Constituição* – que, por sua vez, retira sua força juspolítica do *sistema democrático*, que a produz e a mantém – e que tem seu *papel hegemônico no Direito* não apenas por ser a *lei das leis*, mas em razão da *referenciabilidade ampla* e da *inafastável eficácia* de suas normas.

A Constituição, como não poderia deixar de ocorrer no Estado Democrático de Direito no qual é a expressão máxima da *vontade da sociedade*, parte dos *megaprincípios da dignidade e da liberdade do homem*, daí o dever do Estado de reconhecer em cada indivíduo, não apenas um *sujeito* da administração, mas um *cidadão*, a ser respeitado, protegido e atendido.

Dessa autêntica postura democrática do Estado decorrem importantes consequências em termos de *vinculação ao direito*, tais como, em breve relação:

- 1.^º – o reconhecimento da *supremacia dos direitos fundamentais* sobre quaisquer prerrogativas outorgadas aos entes públicos;
- 2.^º – o reconhecimento de *direitos subjetivos públicos* dos administrados;
- 3.^º – o reconhecimento da *força vinculante dos pactos* de toda ordem, contratuais ou não, celebrados com o Estado e com os seus desdobramentos personalizados;
- 4.^º – o reconhecimento da necessidade de *ponderação de interesses* protegidos pela ordem jurídica, sempre que conflitantes com interesses públicos *disponíveis*, como são os patrimoniais e os instrumentais;
- 5.^º – o reconhecimento das *garantias processuais administrativas*, enquanto sejam partes os administrados, em relações contenciosas extrajudiciais; e
- 6.^º – o reconhecimento da *presunção de boa-fé* dos administrados e de seu direito à *confiança legítima* nas relações com a Administração.

25. CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS PÚBLICAS SEGUNDO A NATUREZA DOS INTERESSES

Sob o *critério objetivo* da *natureza dos interesses* considerados, classifica-se a administração pública em *administração extroversa* e *administração introversa*, e, sob o *critério subjetivo* da *natureza dos administradores*, em *administração direta* e *administração indireta*; embora a doutrina apresente inúmeras classificações interessantes, desde as mais antigas, como a que diferenciava a *administração de império* da *administração de gestão*, às mais modernas, como a de Hartmut Maurer, que, também sob critério *objetivo*, distingue cinco tipos de administração pública, conforme as missões atribuídas: a *ordenadora*, a *prestadora*, a *orientadora*, a *fiscal* e a de *gestão de meios*. Em continuação, considerados o sentido prático e a positivação constitucional, serão desenvolvidas apenas as duas primeiras classificações acima referidas.

25.1. Administração pública extroversa e introversa

Para que o Estado possa servir adequadamente à sociedade que o institui, os seus órgãos

de representação definem, pela atribuição constitucional e legal de *competências*, quais os *interesses* que deverão ser satisfeitos administrativamente, qualificando-os como *interesses públicos*, identificados como *interesses públicos primários*, ou *interesses públicos materiais*.

Tais funções desempenhadas pelo Estado e seus delegados para a satisfação desses *interesses públicos primários*, que, por atenderem a necessidades da própria *sociedade*, caracterizam as *atividades-fim* da Administração Pública, e que, por se referirem à gestão externa dos interesses dos administrados, conformam a *administração extroversa*.

Todavia, como condição para desempenhá-la, é necessário que o Estado *satisfaga seus próprios interesses institucionais*, conotados a seus atos, pessoas, bens e serviços, desdobrando, desse modo, outra e distinta classe de interesses a serem atendidos, a dos *interesses públicos secundários*, ou *interesses públicos instrumentais*, ou, ainda, *derivados*, caracterizando, por seu turno, as *atividades-meio* da Administração Pública as quais, por atenderem à gestão interna de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços, conformam a *administração introversa*.

Destarte, enquanto a *administração pública extroversa* é *finalística*, atribuída especificamente a cada ente político, obedecendo a uma partilha constitucional, a *administração pública introversa* é *instrumental*, atribuída genericamente a todos seus entes e agentes (v. quadro X).

25.2. Administração pública extroversa

As organizações políticas históricas, das quais o Estado atual é a sua expressão mais completa, têm assumido ou recebido, não importa por que instrumentos políticos, os mais diversos cometimentos administrativos para a satisfação de *interesses gerais da sociedade* ou, até mesmo, mais restritamente, de determinados *interesses setoriais*, referidos a alguns segmentos sociais caracterizados.

Imemorialmente, não se diferenciavam as *modalidades* de administrar esses interesses, pois só no curso da civilização se passou a distinguir a especialíssima *administração da justiça*, *diferenciando-a* de todos os demais tipos de cometimentos públicos, que hoje conformam, genericamente, o campo de atuação da *administração pública extroversa*.

Por conveniência didática, ao se compor o critério *cronológico* com o da *finalidade* visada, distinguem-se cinco grandes *categorias de atividades administrativas* públicas extroversas: o exercício da *policia*, a prestação de *serviços públicos*, a execução do *ordenamento econômico* e do *ordenamento social* e o oferecimento do *fomento público*.

Essas cinco categorias de atividades administrativas públicas externas, que correspondem, respectivamente, a cinco grandes *funções constitucionais* do Estado enquanto administrador são destacadamente estudadas como Capítulos da Parte Especial deste Curso, convindo, a esta altura, apenas apresentá-las brevemente.

25.2.1. A polícia

Remonta às mais antigas demandas administrativas das primitivas organizações políticas a de execução das *funções de polícia*, destinada à harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais com os interesses gerais. No desempenho dessa função, o Poder Público deve buscar o *justo equilíbrio* de satisfação de interesses de toda ordem, que possibilite a *convivência social*, para tanto impondo *limitações* e *condicionamentos* ao exercício das *liberdades* e dos *direitos individuais*, visando a assegurar um *nível aceitável de convivência harmoniosa* entre os membros da sociedade, partindo de modelos (*standards*) de conduta valiosos e de geral aceitação.

25.2.2. Os serviços públicos

Com o desenvolvimento, surgiram *demandas sociais* para que o poder público instituído também oferecesse certos serviços de *utilidade pública*, além dos essenciais, que tradicionalmente prestava, fazendo-o com certas garantias que poderiam ser eventualmente asseguradas pela via da coerção estatal. Estas variadas *prestações* variavam conforme os modelos históricos de organização política, mas, com o tempo, se foram incorporando às atividades administrativas permanentes das diversas modalidades governativas.

Com a Revolução Industrial, a prestação de serviços públicos recebeu formidável impulso, pressionada por demandas sociais cada vez mais exigentes, reclamando soluções legalizadas, centralizadas, padronizadas e de grande escala, para atender satisfatoriamente a crescentes *necessidades coletivas*, dilatando ainda mais os cometimentos públicos afetos ao Estado Moderno, de modo que, com a prestação dos *serviços públicos*, o Estado, atuando tanto por seus próprios órgãos quanto por seus delegados, passou a satisfazer não apenas a *necessidades*, como a uma ampla gama de *utilidades* gerais da sociedade, para tanto bastando nada mais que em *lei* as considerasse de *interesse público* e as submetesse a um *regime especial*, também público.

25.2.3. O ordenamento econômico

Mais recentemente, a partir do final do século XIX, também em razão do grande desenvolvimento material proporcionado pela Revolução Industrial, o Estado tomou a si a difícil tarefa de corrigir inúmeras carências, distorções e deformações da *ordem econômica*, bem como da *ordem social*, notadamente em razão do abuso do poder econômico ou da carência de iniciativas produtivas da sociedade.

No primeiro momento, essas necessidades emergentes nesses dois campos referidos incumbiram a Administração Pública de desempenhar uma crescente variedade de tipos de *ações intervencionistas* sobre os processos econômicos e sociais, pois então se entendia que a

solução para as distorções e abusos consistiria simplesmente em substituir a *direção privada* pela *direção pública* dessas atividades.

Esse estágio inicial do progresso do *ordenamento econômico-social* se prolongou até o Segundo Pós-Guerra, coincidindo com importantes fenômenos, entre os quais o fastígio do Estado-Nação, a conturbada era das ideologias salvacionistas e as grandes conflagrações mundiais que acabaram provocando, causando, como resultado, um remanejamento, em grande escala, dos componentes econômicos e sociais da sociedade, do qual emergiu a configuração dos modelos dominantes à época, do *Estado do Bem-Estar Social* e do *Estado Socialista*.

Em um segundo momento, a partir de meados do século XX, sobreveio o refluxo dessas tendências interventivas, acompanhando-se a redução paulatina das modalidades e da intensidade das atuações do Estado como agente econômico, o que tornou possível direcioná-lo, preferencialmente, para duas atividades: a *correção preventiva das deformações do mercado* e o *fomento de empreendimentos economicamente importantes*.

O conjunto das atividades preventivas e corretivas de execução do *ordenamento econômico*, depois dessas flutuações históricas, é mais concisamente conceituado como uma *função administrativa pública de caráter disciplinador ou substitutivo da ação da sociedade no campo da economia*.

25.2.4. O ordenamento social

Quanto à atividade de *ordenamento social*, desenvolveu-se paralelamente à anterior, para a execução de imposições legais de uma disciplina pública substitutiva ou interventiva da ação da própria sociedade no *campo social*, ou seja, na saúde, na educação, no trabalho, na previdência, na assistência social e em outros setores constitucionalmente destacados, como o do indígena, o da família, o da infância e juventude, o do idoso, o esportivo, o cultural, o científico-tecnológico e o da comunicação social.

25.2.5. O fomento público

Por derradeiro, completando o quadro contemporâneo das *atividades administrativas públicas extroversas*, ao cabo da vertiginosa evolução da Política e do Direito Político, ocorrida notadamente no final do século XX, pôs em evidência a necessidade de limitar a hipertrofia dos modelos dominantes de Estado, reduzindo suas onímodas intervenções regulamentadoras nos processos espontâneos da sociedade para adotar uma crescente atuação suave, orientadora e estimuladora, despida de coação, com o oferecimento de novos modelos alternativos de livre adesão, racionais, razoáveis e voltados à coordenação de esforços para o desenvolvimento econômico e o social, a serem executados pela Administração e postos à disposição da sociedade a partir do *planejamento público*.

Através dessa atividade administrativa pública de elevado valor, que a doutrina contemporânea também tem denominado de *ação propulsora*, mas que tradicionalmente é conhecida como de *fomento público*, o Estado contemporâneo antecipa a realização do *Estado de Justiça*, que, de futuro, possibilitará a plena conciliação das conquistas da liberdade com as da dignidade do ser humano, para sua realização plena em sociedade.

Em conclusão, o Estado contemporâneo já não se esgota como garantidor da convivência harmoniosa (o executor da *policia*), nem como provedor de necessidades sociais (o prestador de *serviços públicos*), nem como administrador de imposições que visem ao sadio relacionamento econômico (o executor do *ordenamento econômico*), nem como administrador de imposições que visem a um melhor condicionamento social (o executor do *ordenamento social*), pois, neste século XXI, coroando a multimilenar evolução das organizações políticas, incorpora determinadamente em sua atuação o *planejamento indicativo* e o *incentivo público*, como *atividades administrativas propulsoras* de toda e qualquer iniciativa valiosa da sociedade que concorra para o progresso humano, como prestador do *fomento público*.

25.3. Administração pública introversa

A *administração pública introversa* compreende a gestão de pessoal, de bens e de serviços internos dos entes públicos, dela se destacando um ramo didaticamente autônomo – o denominado *Direito Financeiro* – que trata da *gestão dos recursos em espécie* (finanças públicas), envolvendo o tratamento jurídico da despesa pública, da receita pública, do orçamento público, do crédito público e da dívida pública.

Para legislar sobre Direito Financeiro (art. 24, I), a Constituição Federal atribuiu *competência concorrente* à União e aos Estados e Distrito Federal e, ainda, aos Municípios, estes, para legislarem supletivamente sobre a matéria (art. 30, II). No desempenho de sua competência, cabe à União baixar lei complementar contendo *normas gerais*, de abrangência nacional, sem prejuízo de dispor para si própria, enquanto ente federativo, através de *normas específicas*, visando à sua própria gestão financeira e orçamentária (art. 165, § 9.º, I e II).

O tratamento constitucional do Direito Financeiro enquadra-se entre os temas que apresentam destacada importância para a efetiva realização da *democracia*, uma vez que o *ciclo orçamentário-financeiro* não só se deve pautar pela *legalidade*, como também pela *legitimidade*, portanto, executado sob rigoroso respeito à vontade popular, quanto à *alocação e ao dispêndio dos recursos* recolhidos compulsoriamente da sociedade.

Em nível infraconstitucional, regem a matéria a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, que dispõe basicamente sobre a *responsabilidade fiscal*, estabelecendo as condições materiais e formais para evitar o *desequilibrio orçamentário* no tratamento dos dinheiros públicos, assim como a Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que, em tudo o que não conflite com a Constituição e a Lei Complementar assinalada, estabelece *normas*

gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

As operações financeiras partem da *receita pública*, entendida como o ingresso de dinheiros ao patrimônio financeiro público. Esses ingressos se classificam como *receitas correntes* e *receitas de capital*. As *receitas correntes* são, basicamente, de três tipos: as *receitas tributárias*, as *receitas oriundas de contribuições* e as *receitas patrimoniais*, destinando-se a atender às despesas classificáveis como *correntes*. As *receitas de capital*, por sua vez, são, basicamente, as provenientes de *operações de crédito*, de *alienação de bens* e de *transferências de capital*, simetricamente voltadas a atender a despesas classificadas como de *capital*.

Mas o centro nevrálgico da *atividade orçamentário-financeira* se refere à *despesa pública*, entendida como o *dispêndio de dinheiros*, extraídos do patrimônio financeiro público, que, legalmente autorizado e administrativamente conferido, se destinem ao custeio das atividades administrativas do Estado.

As *despesas públicas* podem ser classificadas segundo vários critérios, mas o legalmente adotado distingue as *despesas correntes*, necessárias às operações normais e regulares do Estado, e as *despesas de capital*, que se caracterizam por serem economicamente reprodutivas em acréscimo ao patrimônio público.

Rege, fundamentalmente, a despesa pública o princípio da *legalidade*, aqui tomado estritamente, como próprio a toda atividade sujeita ao Direito Financeiro que, sob seu enunciado positivo, exige a *vinculação à prévia autorização legislativa* e, sob seu enunciado negativo, veda a realização de quaisquer dispêndios ou a assunção de obrigações diretas que *excedam as previsões orçamentárias* (CF, art. 167, II).

A previsão da receita pública e a vinculação da despesa pública constituem a substância dos *orçamentos públicos*, atos formalmente legislativos de matriz constitucional (CF, arts. 165 a 169) e, como se expôs, extremamente sensíveis no que respeita à sua legitimidade.

A Constituição institui três modalidades distintas de *orçamentos públicos*: o *plano plurianual*, as *diretrizes orçamentárias* e os *orçamentos anuais*, todos baixados por leis de iniciativa do Poder Executivo (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) e sujeitos aos princípios e preceitos fundantes, de assento constitucional contidos em onze vedações específicas (CF, incisos I a XI do art. 167).

O *crédito público*, que se acrescenta às duas figuras examinadas e se inclui entre as fontes de recursos públicos, resulta de operações de *emprestimos contraídos* junto a entidades públicas ou privadas nacionais ou estrangeiras, ou de emissões de *títulos públicos*, colocados em mercados nacionais ou estrangeiros.

A *dívida pública*, resultante de ambas, pode, em função do lugar da obrigação assumida, ser classificada como *interna* ou *externa*; no primeiro caso, independendo, e, no segundo, dependendo de *lei especial* para ser contraída; é, ainda, classificada como *dívida fundada* (ou

consolidada) ou *dívida flutuante*: a primeira, contraída em longo prazo e a segunda, resgatável no máximo no prazo de um ano, geralmente assumida como antecipação de receitas correntes.

QUADRO X - INTERESSE PÚBLICO

Interesses	Funções
Materiais (ou primários) Predomina a administração extroversa	Polícia Serviços públicos Ordenamento econômico Ordenamento social Fomento pôblico

Instrumentais (ou secundários ou derivados) Predomina a administração introversa	Pessoal Bens Públícos Finanças públicas Serviços burocráticos
--	--

26. GESTÃO E DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS

A administração pública, aqui entendida em seu sentido funcional, como a gestão de interesses gerais cometida às organizações políticas, passou por sucessivas fases evolutivas, assim esquematizáveis: a *absolutista*, a *estatista* e a *democrática*.

N a fase do *absolutismo*, prevalecia o interesse do rei, caracterizando a *administração regaliana*: o rei, como senhor da administração pública.

N a fase do *estatismo*, passou a prevalecer o interesse do Estado, caracterizando a *administração burocrática*: o Estado sucede ao rei como senhor da administração pública.

N a fase da *democracia*, ascende, como prevalecente, o interesse da sociedade, caracterizando a etapa da *administração gerencial*: a sociedade se afirma como senhora da administração pública.

No Brasil, como em outros países, está em curso a transição da administração *burocrática*, ainda que, predominantemente, subsistam práticas regalianas, cuja permanência

vem explicada pelos sociólogos como heranças culturais *patrimonialistas* e *centralizadoras* ainda não de todo superadas.

Essa transição, em que pesem essas dificuldades, vem sendo realizada a partir de um conjunto de processos de *reforma administrativa*, que se desenvolve em duas etapas: uma etapa *constitucional*, considerada necessária para a reformulação das bases burocráticas da Administração, enunciando novos princípios e preceitos, e uma etapa *infraconstitucional*, que prossegue com a edição da legislação que deverá complementá-la e dar-lhe exequibilidade, sendo que a etapa constitucional consolidou-se com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, a que se seguiu a edição de leis complementares e ordinárias de execução, ainda em curso.

Entre os objetivos dessa reforma destaca-se a *descentralização* da Administração Pública, com vistas a aproximá-la do administrado, de modo que seja mais *eficiente* e posta sob o *controle* dos próprios beneficiários.

A *descentralização*, embora conceito antigo, só foi timidamente experimentada em modelos políticos da Antiguidade, não se encontrando com frequência nas organizações políticas arcaicas, com exceção do singular fenômeno histórico romano, por isso mesmo tido como o primeiro exemplo de organização complexa descentralizada, sujeita a algumas *normas jurídicas* definidas.

Com a desagregação do Império Romano, a frousa organização política da Alta Idade Média experimentou forte centralização de poderes nas mãos do senhor feudal, o que só se modificaría com os primeiros passos que levariam ao surgimento do *Estado moderno* e da *monarquia absoluta* no Pré-Renascimento, que, de certo modo, reproduzia a experiência romana com a forte concentração dos poderes das realezas à custa da extinção dos senhorios feudais.

A partir de então, três sucessivas *revoluções* da História moderna – a *Revolução Francesa*, a *Revolução Industrial* e a *Revolução Científica e Tecnológica* – vieram apenas acelerar os fenômenos políticos e administrativos da *descentralização* em curso, tornando-a um instrumento imprescindível para a gestão do Estado contemporâneo.

Como conceito, por *descentralização*, em seu sentido amplo, entende-se qualquer método de *distribuição do planejamento, da decisão, da execução e do controle administrativos entre entes, órgãos, ou agentes, sejam coordenados, sejam subordinados entre si*.

Pode-se classificar a *descentralização* segundo os seguintes critérios: *territorial, funcional, hierárquico, por delegação, setorial e social* (v. quadro XI), que a seguir são examinados.

QUADRO XI – DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS



A descentralização territorial ou vertical é a que se opera circunscrevendo atividades a áreas geográficas, combinada, em geral, com outros critérios, comum funcional, neste caso, para configurar as modalidades clássicas de descentralização: política, administrativa e judiciária.

A descentralização territorial política se define a partir da norma constitucional e se faz pela subdivisão geográfica do exercício do poder público; no caso do Brasil, dando origem a suas entidades federadas: os Estados, Municípios e Distrito Federal, todos dotados de autonomia política e administrativa.

A descentralização territorial administrativa é a que resulta da norma legal e diz respeito à subdivisão do exercício do poder público entre territórios, regiões, sub-regiões, distritos, subdistritos, zonas, bairros etc.

A descentralização territorial judiciária, concebida principalmente para efeito de fixar a competência de foro ou de serventias judiciárias, também apresenta aspectos administrativos, do que resulta a subdivisão legal do exercício do poder público entre jurisdições, comarcas, termos, zonas, circunscrições etc.

26.2. A descentralização funcional

A descentralização funcional ou horizontal ou, ainda, institucional, especializa funções homogêneas em órgãos ou conjunto de órgãos, dotados de maior ou de menor independência (órgãos políticos) ou autonomia (órgãos administrativos), no exercício do poder público que lhes for atribuído pela Constituição (no primeiro caso) ou pela lei, (no segundo caso).

A descentralização funcional política é a que se apresenta (1) com a instituição constitucional dos tradicionalmente denominados Poderes do Estado, entendidos como conjuntos orgânicos, aos quais são atribuídas funções homogêneas, embora algumas interferentes ou replicadas, bem como (2) com a instituição de órgãos e funções constitucionalmente autônomos, executores de funções que não se enquadrem nos conjuntos de Poderes tradicionais, como, atualmente no Brasil, são as de controle a cargo das cortes de contas, as das três categorias públicas de funções essenciais à justiça, as dos dois Conselhos Nacionais, de Justiça e do Ministério Público, e da Ordem dos Advogados do Brasil.

A descentralização funcional administrativa é a que se dá pela instituição legal de entes administrativamente autônomos, como o são as autarquias e fundações com personalidade de direito público, que exercitam uma parcela do poder público por direito próprio, conformando novas pessoas jurídicas de Direito Público, ostentando linhas hierárquicas próprias e distintas do ente central, do qual se abotoam.

26.3. A descentralização hierárquica

A descentralização hierárquica ou desconcentração é a que se opera pela subdivisão de um ente de direito público ou de um órgão, em entes ou órgãos menores, que mantêm entre si

relações diretas de subordinação e de coordenação, visando à especialização de funções e à graduação de responsabilidades entre eles.

As mais importantes figuras da *desconcentração hierárquica* são os *ministérios*, no plano federal, e as *secretarias*, nos demais planos federativos, seguindo-se os *departamentos*, *divisões*, *seções*, *serviços* e outros órgãos, que podem ser autônomos ou semiautônomos, com ou sem denominação específica, embora todos dotados da *autonomia administrativa* limitada e necessária ao exercício das respectivas competências, de modo a atuar sempre sem ruptura da linha hierárquica central e sem criação de um novo ente.

26.4. A descentralização por delegação

A *descentralização por delegação* resulta do cometimento aos particulares de determinadas *funções de execução da administração pública*, desde que não estejam reservadas ao Poder Público.

Se o *delegante* é o Poder Legislativo, a ele próprio caberá definir a medida da transferência de execução de funções administrativas, tendo como único limite a esta disposição legal a Constituição. Se a administração pública for a delegante, essa transferência só poderá recair sobre atividades e sob os limites e condições previamente admitidos em lei.

A *delegação* caracterizará todas as modalidades privadas da chamada *execução indireta* da administração pública, instituída sempre por um instrumento jurídico, que poderá ser a própria *lei* (no caso das paraestatais, dos serviços sociais autônomos e de delegatários legais atípicos, como os conselhos profissionais), o *contrato* (no caso dos concessionários e dos delegatários por outras firmas contratuais), o *ato administrativo complexo* (como no caso dos consórcios, dos convênios, dos acordos de programa e de outros pactos não contratuais) ou o simples *ato administrativo* (como no caso de alguns permissionários, dos autorizatórios, em geral, ou dos delegatários por outras modalidades unilaterais atípicas).

26.5. A descentralização setorial

Esta mais recente modalidade, a da *descentralização setorial*, consiste em reordenar o aparelho estatal e o exercício do poder público de modo a *especializá-lo* segundo os diferentes setores da vida econômica e social, conformando órgãos ou, preferentemente, *entes*, sempre instituídos por *lei*, dotando-os de suficiente *autonomia técnica*, para o desempenho de funções administrativas geralmente *deslegalizadas*, buscando maior proximidade e mais intensa interação com os entes privados protagonistas desses respectivos setores, o que lhes proporciona, também, uma incrementada *legitimidade*.

São exemplos contemporâneos desse tipo exitoso de descentralização as *agências reguladoras*, que atuam em *setores funcionais específicos* e tão variados como o são, por

exemplo: os serviços públicos de energia elétrica, de proteção à saúde, de transporte, de execução do monopólio do petróleo, de gerenciamento de águas e tantos outros, em lista que tende a crescer no ritmo da complexificação social e tecnológica de diversos desses setores, em que se identifica alguma especial sensibilidade política, econômica ou social que recomende o emprego desta técnica da *descentralização regulatória*.

26.6. A descentralização social

A descentralização social consiste em aliviar do Estado a execução direta ou indireta de *atividades de relevância coletiva* que possam ser *convenientemente cometidas por credenciamentos ou reconhecimentos* a unidades sociais personalizadas, como *associações de família, associações de bairro, agremiações desportivas, associações profissionais, associações confessionais, clubes de serviço, organizações comunitárias* e dezenas de tipos de entidades assemelhados, as quais, mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, se provem aptas a promover, elas próprias, certas funções de interesse coletivo com *eficácia administrativa pública*, operando sob sua conta e risco.

Tais unidades privadas são denominadas *entidades de colaboração*, atuando no setor público sob um vínculo administrativo de *reconhecimento*, sempre que julgadas aptas a receber atribuições, pessoal ou recursos públicos para a execução de *atividades de interesse público*, previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, bem como a terem oficialmente reconhecidos os *efeitos jurídicos públicos* dos atos de colaboração que pratiquem.

Tais *reconhecimentos* podem resultar diretamente: de leis específicas, de contratos, de convênios, de acordos de programas ou de atos administrativos concretos, seja sob esta designação genérica ou sob a denominação específica de *credenciamentos*, como modalidades unilaterais assemelhadas à *autorização* e à *permissão*.

Embora institutos de elaboração recente, alguns ainda pouco trabalhados, voltados a densificar o atendimento do interesse público no âmbito de atuação que se convencionou denominar de *espaço público não estatal*, são cada dia mais importantes para a construção de *sociedades livres*, dinâmicas e participativas, como a que se desenha no horizonte do século XXI, inspiradas pelo princípio da *subsidiariedade*.

27. FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ESTADO

No exercício de suas competências constitucionais, como administrador dos interesses que lhe são confiados, sejam os da *sociedade* (administração extroversa), sejam os próprios (administração introversa), o *Estado* exerce o seu poder *direta* ou *indirectamente* e por diferentes modos.

Essas *modalidades* de atuação administrativas do Poder Público, que têm, em comum, a

mesma fonte, se apresentam, porém, *diferenciadas* segundo o *resultado jurídico* especificamente pretendido. É em razão disso que vários autores se referem a “*poderes administrativos*”, classificando-os, didaticamente, em submodalidades específicas, tendo em vista a vocação de cada uma delas para alcançar os diferentes resultados jurídicos desejados.

A expressão *poderes administrativos*, todavia, vem conotada a um equívoco classificatório e a uma visão defasada da Administração Pública e do próprio Estado. O equívoco classificatório está em denominar-se, por sinédoque, de *poder* à sua decorrência, que vem a ser o seu *exercício*; assim, a rigor, o *poder* estatal, sendo *uno*, não se fragmenta, senão que se exerceita através de específicas *funções* decorrentes, que devem ser *precisamente caracterizadas* no ordenamento jurídico.

Por outro lado, os conceitos de Estado e de Administração Pública evoluíram. Primeiro, porque, hoje, o que se entende por *poder estatal*, tal como a *soberania*, que é dele um aspecto, também se entende como uma *unidade incindível tanto quanto à sua origem, que está no povo, como quanto à sua titularidade, por ser inerente ao Estado nacional*, de modo que, entre seus entes, órgãos ou agentes, sejam políticos ou administrativos, o que se distribui é meramente o seu *exercício*. Segundo, porque esses, assim chamados “*poderes*” administrativos, não são mais que diferentes manifestações de *funções* estatais, como, de resto, quaisquer outras, de diversa natureza, de que devam se valer no desempenho de suas atribuições político-constitucionais. Terceiro, porque essas *funções*, como expressão que deve ser preferida a “*poderes*”, tampouco são exclusivas do ramo administrativo do Estado, senão que apenas designam diferentes *modos de atuação, próprias de qualquer manifestação prevista do poder estatal*, voltadas aos específicos resultados jurídicos a que visam, para a devida *execução administrativa* dos comandos da ordem jurídica.

Não obstante os reparos feitos, o emprego da expressão “*poderes administrativos*” pode ainda ser aceita nos textos, desde que com reservas, portanto, entendida sem rigor técnico, como meras manifestações *instrumentais* derivadas do poder estatal, como realmente o são.

Todavia, com o adequado rigor, a especialização de *funções* para o exercício do *poder estatal* no âmbito constitucionalmente adscrito para a pública administração, como não poderia deixar de ser, está estritamente conformada por uma *principiologia* pública a partir do nível constitucional, de sorte que, cada *modo*, como se apresente, corresponderá e atenderá a um correspondente *princípio* informativo dominante. Assim, o *princípio da discricionariedade* informa a *função discricionária* (o que era então denominado “*poder discricionário*”), pela qual a Administração exerce uma delegação legal para integrar o motivo e o objeto de sua atuação; o *princípio hierárquico* informa a *função hierárquica* (o então “*poder hierárquico*”), pela qual as entidades, órgãos e agentes são escalonados numa relação de subordinação e de crescente responsabilidade; o *princípio disciplinar* informa a *função disciplinar* (o então “*poder disciplinar*”), pelo qual é exercido o controle do desempenho das

funções executivas, desde a fiscalização até a imposição de sanções; e o princípio da executoriedade informa a função executória (o então “poder executório”), no emprego do qual a Administração, sempre que não encontre obstáculo na própria ordem jurídica positiva, poderá esgotar os efeitos de seus atos, não necessitando recorrer ao Poder Judiciário para prévio acertoamento da legalidade de seus atos.

Observe-se, contudo, que o princípio da legalidade – que demanda a necessária preexistência de norma legal, na forma de comando prévio, geral e abstrato ao qual se devem conformar os atos públicos – pressupõe a existência genérica de uma expressão normativa do poder do Estado e a sua distribuição específica a cada um dos três Poderes orgânicos em que se expressa.

No caso do Poder Executivo, este recebe, para desempenhar a administração pública, uma modalidade especial de função normativa de assento Constitucional (art. 84, IV), que é a de expedir regulamentos para fiel execução das leis, ou seja, o denominado poder regulamentar – inerente e privativo do seu Chefe (Presidente da República, Governadores e Prefeitos).

28. CLASSIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA DOS INTERESSES PÚBLICOS

Como se expôs, a execução administrativa dos interesses públicos não mais se pode considerar com monopólio do Estado, embora o sejam a sua definição e a regulação de seu regime.

Conforme o grau e a modalidade de descentralização, as formas de execução administrativa dos interesses públicos se classificam em: execução pela administração pública de interesses públicos e execução pela administração privada de interesses públicos.

A execução pela administração pública de interesses públicos, que é a tradicional, se realiza através do próprio Estado, podendo ser direta, neste caso, exercida por suas diversas personalizações constitucionais, ou ser indireta, como a operada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, legalmente instituídas, conformando a Administração Pública em seu sentido subjetivo.

Adota-se, portanto, a classificação, hoje guindada ao texto constitucional (CF, art. 37, *caput*), que, embora não seja tecnicamente a melhor, será seguida por inegável conveniência didática (v. Quadro XII).

Quanto à execução pela administração privada de interesses públicos, que vem apresentando modalidades mais recentes, graças à progressiva abertura do espaço público não estatal, é a que se realiza através de pessoas jurídicas de direito privado, que se vinculam ao Estado sob diversas formas de parceria e de colaboração, como se exporá no Capítulo adequado.

28.1. Execução direta da administração pública dos interesses públicos

Nesta modalidade de execução, a que se realiza através de órgãos das pessoas jurídicas de direito público *políticas* – definidas pela Constituição como entidades constitutivas da Federação: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – se deve observar que todas atuam no exercício da respectiva parcela do poder estatal que lhes é imanente, tanto em atividades próprias como impróprias, denominando-se, também, por isso, de *entidades políticas* ou *entidades centrais*, esta última expressão, para destacá-las com nitidez das modalidades descentralizadas.

28.2. Execução indireta da administração pública dos interesses públicos

Esta modalidade se desdobra em dois tipos bem distintos: a que se perfaz por pessoas jurídicas de direito público de criação legal, exclusivamente para fins administrativos, que constituem os vários tipos de *autarquias*, e a que se realiza por pessoas de direito privado em função de um vínculo de delegação legalmente instituído.

Quando, em se tratando do primeiro tipo, a execução indireta estiver a cargo de *autarquias*, por serem pessoas de direito público e, portanto, desdobramentos institucionais do próprio Estado, elas poderão desempenhar, indistintamente, atividades *próprias* ou *impróprias*, desde que especificamente definidas e a elas cometidas por lei.

Quanto ao segundo tipo, a execução indireta da administração pública se fará através de pessoas de direito privado *paraestatais*, assim chamadas porque se colocam *ao lado do Estado*, será legítima nos termos e limites da *delegação legal* que lhes autorizar a criação e definir o funcionamento.

28.3. Execução da administração privada dos interesses públicos

A possibilidade de delegação legal, pactual ou de instituição unilateral de vínculos de *parceria* e de *colaboração* abre um amplo leque de opções, sempre que o Estado pretenda valer-se de *entidades privadas* para execução de atividades de interesse público. As diversas modalidades que resultem das vinculações juridicamente possíveis, que podem ser *contratuais*, *complexas* e *unilaterais*, serão detidamente examinadas quando do estudo dos *entes administrativos*, objeto do Capítulo XI (v. quadro XII).

QUADRO XII – EXECUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INTERESSES PÚBLICOS	EXECUÇÃO DIRETA Pessoas Estatais constitucionais	DIREITO PRÓPRIO
	EXECUÇÃO INDIRETA Pessoas Estatais Infraconstitucionais	OUTORGA AUTÁRQUICA DELEGAÇÃO PARAESTATAL
ADMINISTRAÇÃO PRIVADA DE INTERESSES PÚBLICOS	EXECUÇÃO ASSOCIADA Pessoas Extraestatais Privadas	PARCERIA COLABORAÇÃO

29. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO CONTEMPORÂNEO

Ao se considerar a ênfase que caracterizou cada uma das três grandes *Revoluçãoes Liberais* da História política – a *inglesa*, preocupada em reduzir o poder real e voltada à afirmação da representação e do Parlamento, por isso assentando as bases do que é hoje o *Legislativo*, como primacial expressão do Poder do Estado; a *americana*, preocupada em consolidar a soberania política e as liberdades públicas no novo Estado e deste modo dedicada à racionalização e ao equilíbrio de seus Poderes, elevando, no processo, o *Judiciário* a expressão autônoma do Poder do Estado; e, por último, a *francesa*, preocupada em varrer o absolutismo real das instituições, para tanto assentando as bases burocráticas da *Administração Pública contemporânea*, afirmando o *Executivo* como expressão do Poder do Estado – cada uma delas contribuiu com maior nitidez para definir as *linhas evolutivas* de seus ramos tradicionais.

Com efeito, a partir de suas históricas afirmações, a evolução do *Poder Legislativo* seguiu uma linha coerente de crescente harmonização entre seus padrões cogentes de ação estatal: de um lado, na definição paulatina das liberdades e direitos, e, de outro, na construção da *instituição parlamentar moderna*, para assentar-se, afinal, na visão de Thomas Cooley, como a primeira e mais importante expressão independente dos Poderes estatais, a responsável por estabelecer as limitações e condicionamentos da sociedade e dar as pautas de ação para as demais expressões.

Do mesmo modo, o *Poder Judiciário*, impulsionado pelo exemplo exitoso da atuação da *Suprema Corte dos Estados Unidos da América*, especialmente na definição do *controle da constitucionalidade das leis*, ganhou espaços e se impôs como uma expressão de Poder político capaz de tornar efetivas as liberdades conquistadas, aperfeiçoando-se, no processo, como a mais preciosa das instituições liberais, a referência de todas as demais e a pedra fundamental de qualquer Estado de Direito de corte liberal, que historicamente se seguiriam.

Curiosamente, porém, o *Poder Executivo*, enquanto sede da *função de administração pública*, mesmo depois de substituída estrepitosamente a hierarquia regaliana pela hierarquia

burocrática, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha, da efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, o seu desenvolvimento prosseguiu, com a honrosa exceção dos países de tradição da *common law*, sob uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que mantinham, senão que até reforçavam, o poder de império do Estado, os privilégios administrativos, a executoriedade, a insindicabilidade da atuação discricionária, a autotutela, e a exclusão do administrado, entre outras características nitidamente imperativas na formação do processo decisório e do acompanhamento da execução.

Assim, o *Direito Administrativo*, desde seu nascedouro, que se deu com a Revolução Francesa, sob pretexto do resguardo dos princípios da autoridade, da separação de Poderes e da supremacia do interesse público, afastava quaisquer interferências e controles, quer dos demais Poderes, quer, com maior razão, dos próprios administrados, ao negar-lhes direitos subjetivos públicos contra o Estado.

Neste sentido e com essa preocupação, a de preservar o seu espaço exclusivo de imperatividade, o Direito Administrativo se desenvolveu, científica e cuidadosamente, desde seus primeiros momentos na França, mas, do mesmo modo, na Itália e na Alemanha, como, de resto, em todos os demais países civilizados, chegando, até mesmo, a influenciar, já mais recentemente e depois de desprezado por mais de um século, a órbita paralela do *statute law*, do direito anglo-saxônico, que se havia estruturado paralelamente e se mantido a alguma distância, em razão das peculiaridades da *common law* e de preconceitos excludentes, que prevaleciam no direito inglês.

Assim é que os então marmóreos conceitos doutrinários, como os da imperatividade, da insindicabilidade do mérito, da supremacia do interesse público e a sustentação dos chamados “poderes administrativos”, tomaram tal importância, que a literatura jurídica do Direito Administrativo tornou-se praticamente unânime a respeito da estruturação dogmática da disciplina, com fundamento na ideia de que o interesse público é próprio da pessoa estatal, “externo e contraposto aos interesses dos cidadãos”.

Esse quadro explica porque, no decorrer dos últimos duzentos anos, a Administração Pública se tornou o ramo mais conservador do Estado e o mais impérvio a modificações, sendo, por isso, o que, perversamente, mais sustentação proporcionou às ideologias totalitárias e justamente aquele em que a integralidade das conquistas liberais foi mais demorada e penosamente absorvida, de modo que apenas muito lentamente coube à doutrina do Direito Administrativo o mérito de reagir contra este arraigado conservadorismo - a longa luta contra as imunidades do poder, descrita por Eduardo García de Enterría em magistral conferência e em célebre opúsculo em que usou este título – e somente a partir dos anos setenta do século XX, é que, afinal, se veio a acelerar o tardio processo de liberalização, dando surgimento a aberturas, brechas e mudanças de rumo que, em última análise, reabilitaram o administrado como o protagonista e destinatário da administração pública, em harmonia e pé de igualdade com o status, já conquistado pela pessoa, como cidadão e como jurisdicionado

contemporâneos.

O ponto crucial dessa mudança, de uma *administração imperial* para uma *administração cidadã*, com a qual se pretende resgatar, com certo atraso, essas duas antigas aspirações liberais, por tanto tempo contidas – a *impessoalidade* e a *eficiência* – se assenta no relativamente recente, mas irredutível processo de *constitucionalização da administração pública*.

Busca-se, contemporaneamente, a caracterização vitoriosa de uma *Constituição Administrativa*, graças à qual se desfaz o ranço absolutista e autoritário da Administração Pública tradicional, para vir a tornar-se plenamente liberal e democrática, de modo a assegurar o *primado do indivíduo* e da sociedade, garantindo as suas respectivas opções e afirmindo a sua instrumentalidade política, o que, em síntese, significa nos termos de Umberto Allegretti, um dos mais precisos expositores do fenômeno, “que a administração deve atuar a serviço dos cidadãos, com o fim de promover as condições de exercício de seus direitos”. Eis, em poucas palavras, a ideia germinal que revolucionou e mudou profundamente os assentos tradicionais da Disciplina e, em consequência, o próprio enfoque em que doravante deva ser estudada, para orientar, em especial, a *correção de rumos* das futuras reformas de que necessite.

Como é sabido, a *multiplicação dos interesses coletivos*, os crescentes *reclamos de segurança política* e as persistentes e múltiplas *exigências do desenvolvimento*, em muito contribuíram para a *hipertrofia do Estado* contemporâneo, por isso acumulando sobre o seu ramo administrativo todas as acrescidas responsabilidades de atender tantas e tão pesadas demandas. Foi fenômeno responsável pelo atraso do progresso jurídico da administração pública, que logo se estancaria, pouco depois das promessas libertárias da Revolução Francesa, sob o cesarismo bonapartista.

Mas a própria definição legislativa privativa sobre *interesses públicos*, desde o início do século XX, cedeu a exigências novas, como as do *pluralismo*, que exigia instrumentos de filtragem, de seleção e de composição de interesses, tanto no plano legislativo como no plano executivo, e as da *urgência* e da *especialização*, que transferiam ao Poder Executivo não somente a competência de *iniciativa das leis*, mas até a de sua *promulgação sem ouvir o Legislativo*, o que já provocava àquela época argutas observações, como a de Georges Langrod, ao afirmar que os parlamentos modernos *perdiam o monopólio da legislação* para remanescerem com o *monopólio da política legislativa*.

Hoje, para atender à complexa tarefa de governar nos grandes Estados contemporâneos, já é possível fugir à alternativa da concentração da legislação pelo Chefe do Poder Executivo, com o desenvolvimento de novas modalidades de delegações legislativas, da legislação *ad referendum* e, mais recentemente, das *deslegalizações*.

Essa tendência encontrou o seu ápice na própria hipertrofia do Estado contemporâneo

que dominou o Segundo Pós-Guerra, enquanto, atualmente, a preocupação envolve mutações substanciais reversivas, como as tendências à redução do peso do Estado, à recuperação do poder dos parlamentos e ao reforço da sociedade civil – quase como um movimento universal, independentemente de latitudes, de regimes adotados ou de ideologias professadas.

De modo particular, a Administração despe-se, aos poucos, das galas do poder para apresentar-se como uma *função*, que as novas tendências reclamam ser desempenhada não apenas com observância da *legalidade* – uma administração *eficaz*, mas com atendimento da *legitimidade* e da *moralidade* – uma administração *eficiente* e que apresente os resultados dela esperados – portanto, *efetiva* que se pode caracterizar com a expressão – uma *boa administração* – desse modo erigida a *dever do Estado* e correlato *direito dos administrados*.

De certa forma, a Constituição de 1988 refletiu essa nova ordem juspolítica – a tônica inaugurada na década final do século – abrindo ensejo a que o tratamento dado à administração pública enfatizasse, pela primeira vez, no mais elevado nível normativo, valores então recessivos no fastígio do *positivismo jurídico*, tais como a *moralidade* (CF, art. 37), a *participação* (CF, art. 1.º, parágrafo único), a *legitimidade* (CF, art. 1.º, *caput*, implícita na menção ao Estado Democrático, e no art. 70, *caput*) e a *eficiência* (CF, art. 37).

A esse refluxo dos restolhos autocráticos no exercício do poder estatal correspondeu o avanço do *pluralismo do poder* manifestado pela sociedade (CF, art. 1.º, V), enriquecido pela consciência de sua importância, tanto quanto pela abertura e multiplicação dos novos canais para sua manifestação.

É em função do *pluralismo*, enfim, que se passa a conceber novos e sofisticados instrumentos juspolíticos de filtragem, de seleção e de composição de *interesses*, tanto no plano legislativo quanto no plano executivo, e onde se vai encontrar o cerne deste novo desafio da Administração Pública: repto ao mesmo tempo político e pedagógico, que vem a ser a *reconquista da legitimidade*, um valor quase soterrado pelos escombros deixados por duas violentas conflagrações mundiais, por ideologias radicais, pela guerra fria e pela maciça estatização da vida humana que delas decorreu, mas, como toda expressão do espírito e da liberdade do homem, afinal, imperecível.

As mais recentes e robustas tendências hoje apontam a afirmação do princípio da *eficiência*, transcendendo a mera exigência da *eficácia*, bem como, adiante, a sua afirmação plena no meio social, como *efetividade*, o que leva à conclusão de que a *boa administração* é *dever do Estado* e *direito do administrado* – entendido este, antes de tudo, como cidadão e destinatário da *função administrativa*.

São essas as tendências que vão modificando o *Direito Administrativo tradicional*: não mais um *direito do Estado*, edificado na imperatividade, na desigualdade, no privilégio e na desconfiança entre as partes, tristemente fundado, em suma, na enganosa crença, durante

algum tempo quase absoluta, de ser a *coerção* o único ou primordial fator civilizatório.

Tais são os novos rumos que concorrem para reconstruir, neste novo século e milênio, um renovado *Direito Administrativo democrático*, entendido sobretudo como um *direito do administrado*, inspirado na flexibilidade, na colaboração, na competição e, sobretudo, na confiança recíproca entre sociedade e Estado – consórcios de interesses, parceiros de relações abertas e associados no desenvolvimento – com a robustecida certeza de que a *consensualidade* desempenha papel tanto ou mais importante que a coerção no curso do progresso humano.

30. GENERALIDADES SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA**30.1. Efeitos jurídicos da manifestação de vontade**

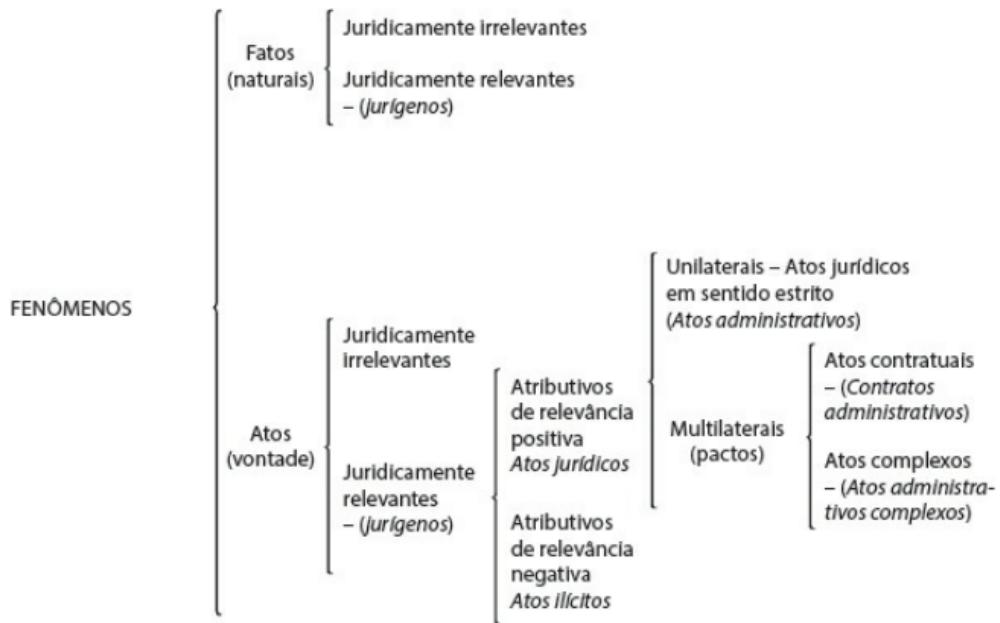
Fenômeno é a modificação da realidade percebida pelos sentidos e registrada na consciência. Os fenômenos que dizem respeito à *convivência social* são os *fenômenos sociais*, objeto de estudo das Ciências Sociais, e, dentre esses, em âmbito menor, os referidos à *disciplina jurídica da convivência* são os *fenômenos jurídicos*, objeto da Ciência do Direito.

Para o *Direito*, releva particularmente o estudo dos fenômenos aos quais se atribui um *efeito relacional*, tanto genérico, definindo uma *situação jurídica*, como específico, configurando uma *relação jurídica*.

Os fenômenos se agrupam em duas grandes categorias, segundo partam ou não da manifestação da *vontade*: são *fatos*, quando independem, ou *atos*, quando dependem da *vontade*, neste caso, resultando de algum tipo de *manifestação de poder*.

Ainda assim, *fatos* e *atos* podem importar ou não para o *Direito*, o que distinguirá, respectivamente, duas subcategorias para cada um: a de *fatos juridicamente relevantes* e *fatos juridicamente irrelevantes* e a de *atos juridicamente relevantes* e *atos juridicamente irrelevantes* (v. quadro XIII).

QUADRO XIII – FENOMENOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO



Fatos juridicamente irrelevantes, tais como a chuva ou o nascimento da cria de um animal na selva, podem eventualmente vir a ser *relevantes* para o Direito, desde que venha a existir uma previsão legal que lhes atribua efeitos jurídicos – a *juricididade* – como ocorreria, nos exemplos acima, se um seguro garantisse uma propriedade contra perdas e danos causados por enxurradas (caracterizando um fato jurígeno de responsabilidade civil) ou na hipótese do nascimento de uma cria em cativeiro em um zoológico (caracterizando um fato jurígeno de direito de propriedade). Daí distinguir-se, ainda, a *relevância ordinária*, que se dá, em novo exemplo, no nascimento de um bebê humano (caracterizando o fato jurígeno da personalidade), da *relevância extraordinária*, como ocorre nos dois casos acima exemplificados.

Do mesmo modo, os *atos*, enquanto *manifestações de vontade* e, portanto, como *expressões de poder*, que ocorrem em todos os níveis de convivência – dos individuais aos coletivos e do privado ao público – podem se apresentar tanto *juridicamente irrelevantes* como *juridicamente relevantes*, reservando-se para estes últimos a denominação de *atos jurígenos*, vale dizer, *atos aptos para gerarem direitos e obrigações*.

Esse último gênero de atos acima referidos – os que são considerados *relevantes para a ordem jurídica* – comporta, por sua vez, duas espécies: os atos cuja relevância jurídica foi *pretendida*, como *objeto da vontade do agente*, que conformam a categoria dos *atos jurídicos*, e aqueles outros, cuja relevância jurídica *não foi objeto da vontade do agente*, ou seja, os efeitos jurídicos por ele produzidos não constituíram o seu móbil do agir, se não que, ao revés, por

estarem aptos para surtir uma *relevância jurídica negativa indesejada*, poderão conformar a categoria dos *atos ilícitos*.

O s atos de relevância positiva para a ordem jurídica e, por este motivo, aqueles que recebem do ordenamento jurídico os *efeitos desejados* pelo agente, são os *atos jurídicos* no sentido amplo. Ainda assim, o Direito pode abrir um espaço de *autonomia à vontade*, dentro do qual cada pessoa poderá decidir qual ato praticar, quando praticá-lo ou com que efeitos – o âmbito dos atos de relevância autônoma, no qual as manifestações de vontade podem tanto *constituir, declarar, alterar, ratificar ou desconstituir relações jurídicas concretas*, e aí encontrando-se os *atos jurídicos no sentido estrito*, mas que poderão ser manifestações de vontade *abstratas e gerais*, produzindo *normas autônomas*, como o são os estatutos de uma empresa, o regulamento de um clube, a convenção de um condomínio etc.

Distintamente, o Direito pode atribuir a certos atos um *efeito vinculatório* definido, inafastável e imodificável pelas entidades integrantes da relação: serão os denominados *atos de relevância heterônoma*, ou, simplesmente, *atos heterônomo*s.

São *atos heterônomo*s os que, emanados regularmente dos órgãos competentes do Estado, definem relações gerais e abstratas, criando a *norma jurídica*, em seu sentido mais amplo, e compreendendo: (1) as *normas legais*, produzidas no exercício de sua *função legiferante*, que constituem as *normas legais no sentido estrito*, as (2) normas excepcionalmente criadas no exercício da *função judicante* (como exemplo, as decisões trabalhistas em dissídios coletivos) e, ainda, com maior abundância (3) todas as normas regularmente emitidas no exercício da *função administrativa* (regulamentos, avisos, resoluções, portarias etc.).

30.2. Relações jurídicas

A *norma legal* ou atribuirá uma *situação jurídica* aos indivíduos por ela alcançados, instituindo direitos e deveres correlatos a um *status caracterizado*, ou definirá uma *relação jurídica em abstrato*, que dependerá de manifestações de vontades posteriores para que constituam uma *relação jurídica em concreto*, também criando direitos e obrigações, individuais e coletivas.

Assim é que, como manifestações de vontade derivadas, os *atos jurídicos*, como manifestações unilaterais de vontade, e os *pactos jurídicos*, como manifestações bilaterais ou multilaterais de vontade, criam, ambos, relações jurídicas concretas.

Não obstante, no plano do Direito Públco, tanto da *situação jurídica* como da *relação jurídica* derivam sempre *deveres* para o Estado e para os indivíduos. Atribui-se, porém, um especial relevo aos *deveres públicos dos indivíduos*, classificados simplesmente como *deveres públicos*, propriamente ditos, aos quais não cabe nenhuma prestação privada satisfatória de interesses secundários da Administração, como, por exemplo, o dever de cumprir a lei ou o dever de zelar pela moralidade na vida pública, e os *deveres obrigacionais*, como *obrigações*

públicas, às quais correspondem *prestações*, voltadas à satisfação de interesses específicos da Administração.

A doutrina fazia referência a *relações jurídicas especiais de sujeição* (na vertente alemã, a *besonderes Gewaltverhältniss*), nas quais a lei poderia estabelecer exceções à aplicação dos direitos fundamentais, desde que houvesse *prévia adesão do administrado*, como, por exemplo, nas *relações estatutárias*. Hoje se reconhece que os *direitos fundamentais* não têm apenas uma *eficácia defensiva*, mas implicam também em comportamentos ativos por parte do Estado, até mesmo em *prestações* públicas, portanto, uma *eficácia ativa*, que acarreta sua inderrogabilidade nos sistemas constitucionais que lhes reconheçam o primado, como o brasileiro.

As *obrigações públicas*, embora pouco estudadas, apresentam características próprias quanto à sua natureza, constituição, desconstituição e execução, notadamente quanto à *tipologia das prestações* dos entes privados, conforme sublinham Roberto Lucifredi e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, mas seguramente se inserem no quadro de *Teoria Geral das Obrigações*, ampla e exaustivamente desenvolvida no Direito Civil. Desse modo, é útil e proveitoso ao Direito Administrativo valer-se do arsenal dogmático geral para o trato das chamadas *obrigações administrativas*, que têm, na Administração Pública, a credora de prestações positivas ou negativas dos administrados.

Quanto ao gênero *pacto*, sua característica reside na *pluralidade de vontades conformadoras*, individuais ou coletivas, públicas ou privadas, que voluntariamente se conjugam para a produção de efeitos jurídicos que interessam a todos os pactuantes. Conforme essas vontades formadoras permaneçam *individuadas* na relação plural constituída, mantendo sua autonomia, ou, ao revés, se *integrem* nessa relação e, neste caso, se submetam a uma terceira vontade ficta, nascida do consenso e que se tornará autônoma em relação às vontades instituidoras, ter-se-ão as categorias dos *contratos* e dos *atos complexos*, neste caso, como *convenções*, *ajustes*, *acordos*, *compromissos*, *tratados*, *transações*, *protocolos* e tantos outros, com variadas denominações, instituidores de relações bilaterais e multilaterais de relevância para a administração pública.

Destes dois tipos de atos *pactuais* – bi ou multilaterais – em que mais de uma vontade concorre para a produção de efeitos jurídicos de interesse comum, relevam, para o Direito Administrativo, os dois espécimes fundamentais mencionados: os *atos complexos* e os *atos contratuais*, distinguindo-os, sobretudo, a posição das partes relativamente aos *interesses visados*. Nos *atos complexos* há *comunhão de interesses* convergentes (por exemplo: casamento, pacto societário, estatuto condominial etc.), ao passo que nos *atos contratuais* (por exemplo: a compra e venda, a locação de serviços, as concessões de serviços públicos etc.) há *harmonização de interesses* divergentes.

Existem ainda outras diferenças substanciais a serem apontadas entre os dois institutos

relativamente à vontade constitutiva e à disposição dos meios para realizá-la.

Nos atos complexos dá-se a soma de vontades e a agregação de meios, ao passo que nos atos contratuais há composição de vontades e intercâmbio de meios, expressos por um termo otimizado de concessões recíprocas, através do qual cada parte buscará satisfazer ao máximo o seu próprio interesse.

Nos atos complexos, as vontades permanecem autônomas e os seus respectivos interesses, por serem comuns apenas se justapõem para constituir um interesse solidário, que é aquele definido e visado na relação bi ou multilateral. Nos atos contratuais, as vontades renunciam à autonomia, integrando-se para dar origem à vontade ficta do contrato, enquanto os interesses envolvidos permanecem individuados e autônomos – os interesses dos contratantes a serem satisfeitos por ações ou omissões recíprocas.

Em comum, tanto os atos jurídicos unilaterais quanto os bi e multilaterais, sejam complexos ou contratuais, destinam-se a produzir relações jurídicas, através das quais se estabelecem vínculos a que a ordem jurídica atribui variados efeitos específicos, como sejam: direitos, deveres, obrigações, sujeições, isenções, ônus, múnus etc., relativamente a seus sujeitos.

No ato jurídico unilateral, a relação se estabelece entre o sujeito ativo, o que manifesta a vontade, e o sujeito passivo, que é o seu destinatário, no tocante a interesses que se submetem apenas à disposição jurídica do primeiro, instituindo-se uma relação jurídica unilateral.

No ato jurídico bilateral (ou multilateral), a relação jurídica se trava entre sujeitos que se apresentam simultaneamente como ativos e passivos: todos manifestando suas respectivas vontades a respeito de interesses, sobre os quais ambos (ou todos) resolvam dispor, instituindo-se a relação jurídica bilateral ou multilateral.

O ato jurídico (em sentido estrito e simples) é, pois, a manifestação de vontade unilateral que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica.

Pode ocorrer, porém, que uma relação jurídica não apresente, desde logo, um sujeito passivo, dando a equivocada impressão de que o vínculo ligue o sujeito ativo apenas ao interesse referido; entende-se, neste caso, que o sujeito passivo está apenas indeterminado. Basta, assim, para que esta relação se torne plena, que o sujeito passivo seja determinável (exemplos: nas relações reais, na promessa de recompensa etc.).

Numa relação jurídica, seus sujeitos (determinados, ambos ou apenas o ativo, e determinável, o passivo) são também chamados polos da relação, respectivamente o ativo e o passivo, e a alteração visada no mundo jurídico, denominada objeto da relação. Se apenas um sujeito manifesta a vontade, como é o caso do ato jurídico, este recebe a denominação de agente, indiferentemente um ente, órgão ou pessoa que, por sua ação, manifeste validamente a vontade ficta do Poder Públco.

Para materializar o tema com um simples exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, tome-se o requerimento, como ato jurídico formalizado e apresentado por um particular com

vistas a obter uma *licença de construção* em terreno de seu domínio. A primeira premissa da pretensão é a *propriedade* do imóvel, ou uma derivação utilitária desse direito fundamental, o que se constitui numa *situação jurídica*, da qual decorrem *direitos e deveres* para o proprietário e para o Estado. Segue-se uma segunda premissa, que é o *ato jurídico de impulso*, o praticado pelo proprietário, ou quem por ele esteja intitulado, solicitando a concordância da Administração com a construção. Uma vez provocada essa manifestação unilateral de vontade estatal, o agente competente decidirá ou pela outorga ou pela negação da outorga da *licença de construção* solicitada. Em suma, no exemplo oferecido, o *requerente*, ou *polo passivo*, é o que provocou essa manifestação de *vontade pública* que incumbe ao *polo ativo*, decidindo a respeito de um *objeto* de direito, que, no caso, vem a ser a *declaração* que expressa o consentimento oficial sobre a juridicidade da obra pretendida, devidamente revestido de *eficácia jurídica*.

Seção I O ATO ADMINISTRATIVO

31. O CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Em decorrência do exposto no item anterior, o *ato administrativo*, como *manifestação de vontade da Administração destinada a produzir efeitos jurídicos*, é uma espécie do gênero *ato jurídico*, como também o são as demais espécies encontradas nas diversas disciplinas do Direito, como os *atos jurídicos privados*, regidos pelos Direito Civil e Comercial; os *atos judiciários*, regidos pelo Direito Processual (por exemplo: os despachos interlocutórios, as sentenças e os acórdãos); os *atos legislativos*, regidos pelo Direito Constitucional (como exemplos, mencionadamente, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções, como relacionados no art. 59 da Carta Federal); e os *atos de participação política*, expressados pela manifestação de vontade do cidadão (como na escolha de representantes, no plebiscito, no referendo, no voto popular, na iniciativa popular etc.).

Ato administrativo é, assim, a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes.

Os elementos essenciais do conceito acima já foram explicados. Uma advertência, entretanto, se impõe com respeito ao aspecto *formal* e *material* da relação. Ao se afirmar que o ato administrativo é manifestação de vontade da *Administração Pública*, não se quer restringi-lo aos praticados por entes, órgãos e agentes do Poder Executivo; se assim o fosse, não se teria mais que um *conceito formal*.

Mas como os demais Poderes do Estado também devem exercer as respectivas funções

administrativas que lhes competem, resulta que tal conceito deve abranger a *totalidade do gênero*, portanto, incluindo *quaisquer atos administrativos* praticados pelos órgãos da magistratura, pelos órgãos do Poder Legislativo e pelos demais órgãos constitucionalmente independentes.

Por outro lado, cuidando de não limitar o conceito de ato administrativo apenas às *manifestações de vontade concretas*, não se o reduzirá tampouco, a um *conceito material*, tornando-se necessário estendê-lo às *manifestações de vontade abstratas* praticadas pelas administrações de qualquer dos três Poderes, bem como e pelas dos órgãos constitucionalmente independentes.

Assim, ficam excluídas apenas as atividades que sejam *formalmente legislativas* (emenda à Constituição, lei complementar à Constituição, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução), mas *compreendidos* todos os demais *atos normativos* praticados por magistrados, legisladores e outros agentes, inclusive dos órgãos constitucionalmente autônomos, na gestão *introversa* de seus respectivos atos, serviços, bens e pessoal, além de todos aqueles atos, extroversos e introversos, de competência do Poder Executivo.

Balanceados, portanto, ambos os aspectos – o formal e o material, e escapando à dicotomia existente em outros sistemas – entre *ato administrativo* e *regulamento*, chega-se ao texto acima oferecido, como satisfatório.

Finalmente, voltando ao *ato político*, vale o que foi explanado ao se tratar da chamada *função de governo*: a conclusão, aqui, como lá, é que, no sistema jurídico brasileiro *inexiste o ato político* como uma categoria distinta, como o entende a jurisprudência do Conselho de Estado francês, ou seja, como ato dotado de singular autonomia, praticado *legis soluto*, vale dizer, em espaço de liberdade neutro para o Direito, que lhe garantiria *imunidade* à apreciação judiciária.

Com efeito, como se concluiu, está apenas no *conteúdo político* a distinção, *limitada exclusivamente à amplitude da discricionariedade* de que goze o ente, órgão ou agente para escolha de oportunidade, motivo e objeto para praticá-lo, o que raramente ocorrerá no ato administrativo, mas que estará quase sempre presente no ato legislativo e aparecerá, ainda que poucas vezes, no ato judicial, sem que, em razão dessa peculiaridade, se caracterize um novo gênero de atos.

Assim, o *imodificável* pelo controle judiciário limitar-se-á tão somente a esse *conteúdo amplamente discricionário*, e apenas ele, pois mais nada se exclui da *sindicabilidade integral* de sua *juridicidade*, eis que a sujeição à ordem jurídica não está excepcionada por qualquer sorte de *imunidade*, do mesmo modo que, de resto, ocorrerá com o *conteúdo* de qualquer ato discricionário de espectro menos amplo.

Um exemplo ajudará à compreensão do que foi exposto, quanto à diferença entre *sindicabilidade* e *alterabilidade do conteúdo político de um ato*: a nomeação de um Ministro de

Estado (decreto) está, obviamente, densa de conteúdo político, referida a uma complexa gama de motivos sob a exclusiva decisão do Presidente da República, mas, nem por isto, escapa da classificação genérica de *ato administrativo* para passar a formar uma categoria à parte (que seria o chamado *ato de governo*) *imune* à apreciação judiciária. Portanto, como *ato administrativo*, sempre poderá ser contrastado com a *ordem jurídica* quanto a todos os seus elementos vinculados, que são: a *competência* de quem o edita; a *forma*, de que se reveste a nomeação; mais certos *motivos* vinculantes, a nacionalidade e a condição etária do nomeado (v. CF, art. 87, *caput*), bem como sujeitos à apreciação de *juridicidade*, os seus padrões de *realidade* e de *razoabilidade*.

Outro exemplo: na Constituição de 1988, abandonando-se, embora, a tradicional designação de *decreto-lei*, manteve-se a *prerrogativa* de o Poder Executivo baixar *normas com força de lei* sobre certas matérias em caso de *relevância ou urgência*: são as *medidas provisórias*, com caráter temporário, de modo que tais atos perdem sua eficácia se não forem transformados em lei pelo Congresso Nacional, ao qual deverão ser apresentados de *imediato* (CF, art. 62), cabendo-lhe disciplinar por decreto legislativo as relações jurídicas deles decorrentes enquanto tiverem vigência.

As *medidas provisórias*, ainda que percam sua *eficácia* desde sua edição, pelo decurso do prazo de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, sem conversão, nem por isso perdem *existência*, tampouco sua *validade*. Tais atos continuam existentes e válidos no mundo jurídico, embora suas normas percam a *específica eficácia* reservada aos atos formalmente legislativos, permanecendo, apenas, como *atos administrativos*, e, como tais, sindicáveis não apenas quanto à sua existência e validade como, atente-se, quanto à sua *eficácia indireta ou residual administrativa*, como é o caso específico dos efeitos patrimoniais produzidos ou de efeitos que infrinjam direitos fundamentais dos administrados, em razão de medidas provisórias não convertidas.

32. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Recorde-se que o *ato jurídico* apresenta três elementos, sobejamente conhecidos: o *agente capaz*, a *forma prescrita* ou não defesa em lei e o *objeto lícito*.

Assim, o *ato administrativo*, como espécie do ato jurídico, não poderia deixar de ter os mesmos três elementos básicos, próprios do gênero a que pertence. Sua compreensão, entretanto, necessita a integração de dois outros elementos, que, no *genus*, poderiam aparecer como acidentais, mas, em se tratando da *species*, aqui sob exame, são a ela essenciais: a *finalidade* e o *motivo*.

Esta é a concepção quíntupla dos elementos do *ato administrativo*, que, sobre ser a mais testada na doutrina e na experiência jurisprudencial, está positivada no Brasil no art. 2.º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a *ação popular*, de assento

constitucional, desse modo os tendo relacionado: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*.

32.1. Competência

A *competência* é o elemento caracterizador do *sujeito ativo* do ato administrativo. Para o ato jurídico, exige-se apenas a *capacidade* do agente, mas para a prática do ato administrativo não releva a noção de capacidade, pois o que importa é saber se a manifestação de vontade de Administração partiu de um ente, órgão ou agente ao qual a Constituição ou a lei cometeu a *função* de exprimi-la, vinculando-a juridicamente.

Competência é, portanto, uma expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal, que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos, para executar sua vontade.

Observe-se que, neste conceito, não só existe menção à *quantidade* como à *qualidade* dessa expressão funcional do *poder estatal* empregado, uma vez que a competência poderá variar não só em *grau*, como em *natureza*. Variará, quase sempre, em *grau*, como ocorre, por exemplo, em razão da *hierarquia administrativa*, mas poderá variar em *natureza*, em razão de alguma *especialização funcional*, que seja acaso exigida para a prática de certos atos.

Em qualquer hipótese, porém, o importante a ser frisado no estudo da competência é sempre a sua *estrita e necessária vinculação positiva*. Não só a *competência* deriva apenas da Constituição e da lei, como, exclusivamente delas decorrem todos os atos que digam respeito à sua modificação, transferência, suspensão ou cessação.

De *estrita legalidade* são, portanto, suas imanentes *intransferibilidade* e *improrrogabilidade*, embora a *delegabilidade* e a *avocabilidade* possam receber *previsão implícita* no ordenamento jurídico, em decorrência da própria disposição funcional hierárquica dos agentes; mas, ainda assim, ambas resultarão, inequivocamente, da ordem jurídica positiva, pois, uma vez que nela estiverem *implícitas*, consideram-se expressas. Fora, porém, os casos de *delegação* e de *avocação* hierárquicos, legalmente estabelecidos, a delegação só pode ser *explícita*. Daí por que o art. 13 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, expressamente, interdita a *delegabilidade* de certos atos administrativos, a exemplo da edição de atos normativos, da decisão de recursos administrativos e das matérias de competência exclusiva de órgão ou de autoridade.

O instituto da *competência*, por sua relevância, sob a múltipla informação dos princípios da legalidade, da legitimidade, da finalidade, da descentralização, da especialidade, da responsabilidade e hierárquico, é a pedra angular da teoria geral do *ato administrativo* e, também, o seu primeiro e inafastável elemento vinculado, daí a formulação do *princípio da reserva legal da competência*, assim enunciado: *nenhum ato sem competência e nenhuma competência sem legislação anterior que a institua*.

32.2. Finalidade

Este segundo elemento do ato administrativo, a *finalidade*, está densamente informado pela *legitimidade*, princípio fundamental que, a par da *legalidade* e da *moralidade*, conforma a plena *juridicidade* de todo o agir do Estado.

A atividade da Administração Pública será *legítima* se obedecer à *destinação* estritamente predisposta pela ordem jurídica ao definir um determinado *interesse público* específico a ser por ela satisfeito e ao outorgar a correlativa competência à entidade, órgão ou agente público para o seu atendimento.

Distintamente da manifestação de vontade *privada*, que poderá se orientar por qualquer finalidade, seja egoísta ou altruísta ou mesmo justa ou injusta, e será sempre *válida desde que não agrida a ordem jurídica*, a manifestação de vontade do Poder Público não admite qualquer outra destinação que não seja o vinculante atendimento de uma *finalidade pública*, cuja previsão haverá de estar *sempre e obrigatoriamente expressa na ordem jurídica*.

Cabe à ordem jurídica correlacionar, assim, a *finalidade* do ato administrativo à regra de *competência*, ou seja: quem for competente em tese para praticá-lo, só o será em hipótese, quando se destine atender à finalidade pública em função da qual ele foi previsto; e, vice-versa: uma finalidade prevista no ordenamento pressupõe competência aparelhada, adequada e suficiente para a prática de atos administrativos necessários à sua prossecução. Por isso, tanto quanto a competência, a *finalidade* é um elemento *vinculado*, absolutamente inafastável e indisponível, do ato administrativo.

Assim, *finalidade* é o aspecto específico do interesse público, explícita ou implicitamente expresso na norma legal, que se pretende satisfazer pela produção dos efeitos jurídicos esperados do ato administrativo.

32.3. Forma

O terceiro elemento do ato administrativo é a *forma*, entendida como a *exteriorização do ato*, absolutamente necessária para assegurar a plena publicidade, sindicabilidade e estabilidade das relações jurídicas públicas. Se no Direito Privado prevalece o princípio da liberdade de forma, no Direito Público, inversamente, a regra é a *formalidade*.

A legislação prevê casuisticamente a forma aplicável para cada atuação prescrita, embora, de modo geral, seja possível afirmar que o ato administrativo deve ser *escrito* ou de algum modo *registrado*, o que inclui, em tese, os assegurados por meios *eletrônicos*, garantido que seu teor não será alterado sem que se o detecte e que permaneça recuperável sempre que deva ser consultado.

Tal como os dois elementos anteriormente estudados, a *forma* se apresenta sempre indisponivelmente *vinculada*, embora se deva distinguir a *formalidade essencial*, cuja omissão deixará o ato *defectivo* em seus elementos, e, por isso, inválido, de uma *formalidade incidental* que não lhe afetará existência e validade se sua omissão for uma *irregularidade sanável*, uma

vez que a finalidade pública tenha sido adequadamente visada ou efetivamente atingida, conforme o ato haja ou não exaurido seus efeitos.

A forma é, assim, a exteriorização material do ato administrativo, através da qual a vontade manifestada se expressa, permanece e se comprova no mundo jurídico.

32.4. Motivo

O quarto elemento do ato administrativo, o *motivo*, enquanto *causa eficiente do agir*, que pouco ou nada interessaria em se tratando de ato jurídico privado, torna-se *essencial* no Direito Administrativo.

Tome-se, desde logo, para marcar esta essencialidade, o *exemplo da aquisição de um bem*: se um particular o adquire, não importará ao direito o *motivo* por que o faz, como seria o fato de ser barato, de ser raro, de ser necessário e, enfim, por qualquer outra razão que mova o adquirente; mas se é a Administração que o compra, o *motivo* passa a ser considerado um *pressuposto da sua justificação jurídica* e, por isso, deve ser declarado, como elemento constitutivo essencial à regular existência do ato. Portanto, no plano público, o *motivo* será sempre *essencial*: tanto *determinando* uma conduta administrativa como *possibilitando* uma ou várias condutas juridicamente admissíveis.

O *motivo* poderá ser, todavia, tanto um *fato*, como um *direito* ou uma conjugação de ambos, neste caso, um motivo composto –*fático* e *jurídico* – desde que preexistentes ao ato administrativo e suficientes para sua justificação e suporte.

A distinção ganha suma importância se a lei prevê situação de fato e de direito como *determinante da ação*, pois o administrador público *não poderá deixar de praticar o ato administrativo previsto*, constituindo um *motivo vinculado*; mas, se a lei, explícita ou implicitamente, deixar ao administrador a possibilidade de *escolha*, dentro de um , quanto à oportunidade e à conveniência da atuação, tem-se o *motivo discricionário*.

Formula-se, então, o conceito: *motivo é o pressuposto de fato e de direito que determina ou possibilita a edição do ato administrativo*.

Note-se que aqui se está em companhia dos autores que, com esta compreensão do motivo, dispensam a discriminação da *causa* do ato administrativo. *Motivo*, como técnica preferível, além de se apresentar como terminologia mais atual e didaticamente mais simples, afasta, desde logo, as constantes confusões que o vocábulo *causa* já longamente suscitou em doutrina, desde logo, exigindo a comezinha diferenciação lógica entre o que seria *causa eficiente* e *causa final* no ato administrativo.

Por outro lado, a obrigatoriedade da *existência de motivo* para o ato administrativo implica a necessidade de expressá-lo como *motivação*, uma exigência que deflui do princípio homônimo, consistindo na explicitação, pelo agente, dos pressupostos fáticos, vinculados ou

não, do ato administrativo.

Quanto à *obrigatoriedade da motivação*, trata-se de um aperfeiçoamento jurídico, de há muito cobrado pela doutrina e, hoje, erigido a princípio constitucional de compulsória observância, quando de trate de *atos decisórios*. Esta orientação resultou da evolução doutrinário-jurisprudencial da *teoria dos motivos determinantes*, entronizada entre nós por Francisco Bilac Pinto que, por sua vez, recolheu-a em Gaston Jèze, seu sistematizador, a partir da observação da evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês: uma teoria que reconhece a automática vinculação do ato aos motivos, mesmo discricionários, sempre que hajam sido declinados pelo agente como *razões de decidir*. A *motivação*, possibilitando a visibilidade intencional do ato e facilitando sua plena *sindicabilidade*, é, sobretudo, pedagógica, pois põe em evidência que a sede do poder não reside na autoridade do agente, mas no império da ordem jurídica.

32.5. Objeto

É o quinto e último elemento do ato administrativo e o que exprime, afinal, a sua eficácia jurídica: é o *resultado visado* pelo ato, que será sempre a constituição, declaração, confirmação, alteração ou desconstituição de uma relação jurídica.

Como sucintamente esclarece o mestre argentino Manuel María Díez, é o “*resultado prático que o órgão se propõe realizar através de sua ação voluntária*” ao introduzir um ato no mundo jurídico.

O *objeto* do ato administrativo *tem sempre um conteúdo jurídico*. Tal qual o *motivo*, ele poderá estar *vinculado* pela legislação – e, neste caso, a atuação da Administração só haverá de ter um resultado jurídico *determinado* – ou poderá ter sido deixado pelo legislador, explícita ou implicitamente, à escolha do agente e, no caso, o resultado jurídico será *determinável*. Em suma: na primeira hipótese, tem-se o *objeto vinculado*, aquele inafastavelmente determinado pela lei, e na segunda, o *objeto discricionário*, que poderá ser determinável motivadamente pela Administração.

Quanto ao *resultado de fato*, embora não seja *elemento* do ato administrativo, é considerado um importante *paradigma* da ação administrativa pública, que põe em evidência e sob sindicância tanto as qualidades constitucionalmente exigidas de *eficiência* e de *legitimidade*, e referida ao *atendimento concreto* das reais necessidades dos administrados, que a Administração se haja proposto a satisfazer, pois que, como se esclarece na observação do monografista italiano Mario R. Spasiano, não há como se pôr logicamente em dúvida “que a entrega de um serviço deva necessariamente garantir a sua utilização.”

Em suma, retornando ao *resultado jurídico*, assim se o conceitua: o *objeto do ato administrativo é a alteração jurídica que se pretende introduzir relativamente às situações e relações sujeitas à ação administrativa do Estado*.

33. CARACTERÍSTICAS DO ATO ADMINISTRATIVO

Por *características* dos atos administrativos entendem-se os distintos *atributos* que mais comumente podem apresentar o ato administrativo, destacando algumas de suas características e que explicam as suas peculiaridades no mundo do direito, ainda que não lhe sejam essenciais. O elenco dessas características no Direito Administrativo brasileiro, como originalmente desenvolvido por Hely Lopes Meirelles há meio século, em obra clássica em que empregou esta denominação, já alinhava cinco características, que são aqui ampliadas para oito: *imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade*.

33.1. Imperatividade

Os *atos administrativos*, como a lei e a sentença, atos do Poder Público, também podem estar revestidos de *imperatividade* – como atributo de sua atuação, de sorte que sua instituição pela ordem jurídica poderá conferir-lhes *autoridade* e *presunção de juridicidade*.

Como se infere, essa característica não afasta a possibilidade da *atuação consensual* da Administração Pública, neste caso, despida de imperatividade, sempre que esta via de ação alternativa seja estimada como mais conveniente para atingir, através dos *meios* disponíveis, a *finalidade* que lhe foi cometida, pois esta, sim, será sempre indisponível. A atuação *consensual* não excluirá, contudo a *imperatividade* residual, própria ao Poder Estatal, que com ela sempre coexiste *in potentia*, restrita, embora, aos aspectos que o ordenamento tenha como *indisponível*, como, exemplificativamente, ocorrerá no exercício de seu inafastável *autocontrole* de juridicidade.

O resultado benéfico da abertura da alternativa de ação consensual pela Administração, cada vez mais explorada a partir das últimas décadas, tem levado a uma notável expansão da *atuação coordenada* da Administração Pública, em que ela pode operar tanto em *cooperação* como em *colaboração* com terceiros, estendendo-se por vários setores da ação administrativa do Estado contemporâneo, o que possibilita benéfica redução nos custos de gestão e mobilização da ação cívica da sociedade.

Reafirme-se, porém, que, em razão da *indisponibilidade da finalidade pública* própria do ato administrativo, a *imperatividade* latente emergirá para a salvaguarda dos interesses públicos em jogo, embora devam ser ressalvados os *efeitos patrimoniais* produzidos em favor do administrado de boa-fé, que passam a ser *disponíveis* se postos em ponderação com valores maiores da ordem jurídica, bem como o decurso da *prescrição*, que estabilizará situações para preservar o valor maior da *segurança jurídica*.

33.2. Existência

Esta fundamental característica da *existência* resulta, simplesmente, da *integração* dos

elementos do ato administrativo. Uma vez *suficientemente preenchidos* seus cinco elementos – competência, finalidade, forma, motivo e objeto – o ato passa a *existir* no mundo do direito, incorporando-se à ordem jurídica. Mas, ao revés, se seus elementos forem *insuficientemente preenchidos*, o ato não chegará a se *integrar* e, portanto, não terá logrado existência.

Pondo-se, porém, como uma terceira hipótese, entre a integração e a não integração, se os elementos vierem a ser *deficientemente preenchidos*, mesmo assim estarão *presentes*, e o ato se considerará integrado, embora *defeituoso*, mas essa *existência viciada* no mundo jurídico estará pendente de adequada atividade sanatória para corrigi-la.

33.3. Validade

Uma vez *existente*, salvo prova em contrário o ato administrativo terá *validade*, ou seja, revestir-se-á da *presunção* de que os seus elementos presentes, já integrados por definição, satisfazem todos os requisitos e condicionantes impostos pela ordem jurídica para que atinja sua prevista eficácia jurídica.

A *validade* é, pois, característica substantiva de qualquer ato administrativo, dela decorrendo uma *presunção de validade*, que, analiticamente apresentada, se expressa por uma *quádrupla presunção*: a de *veracidade*, a de *legalidade*, a de *legitimidade* e a de *licitude*, subsistindo até prova em contrário.

Com efeito, como, em princípio, é inadmissível que o Estado, por se reputar uma entidade eticamente vinculada, manifeste sua vontade atuando em *desconformidade com seus próprios padrões jurídicos*, há de se supor, coerentemente, que a atuação da Administração estará em princípio ancorada na *veracidade* dos fatos e será *legal*, *legítima* e *lícita*. Em decorrência, enquanto não sobrevir *pronunciamento em contrário*, emanado de órgão competente para ditá-lo – da Administração ou do Judiciário – os atos administrativos são havidos como *verazes, legais, legítimos e lícitos*, ou, em síntese, *válidos*.

Essa quádrupla *presunção*, que fique claro, se a considera como *juris tantum*, cedendo, por isso, ante a prova em contrário, cabendo ao Judiciário a decisão definitiva, que sob convencimento da *inveracidade*, da *ilegalidade*, da *ilegitimidade* ou da *ilicitude* do ato, declarará motivadamente sua *invalidade*, definindo-a em que grau e com que peculiares consequências a dita, acompanhada das respectivas cominações de direito.

33.4. Eficácia

O ato administrativo, uma vez *existente* e *válido*, por ser imperativo e presumidamente verdadeiro, legal, legítimo e lícito, *estará apto a produzir os efeitos a que se destina*, contidos em seu *objeto*, e que devem ser aqueles resultados jurídicos pretendidos pelo agente e admitidos pela ordem jurídica. A esta característica denomina-se *eficácia*.

A *eficácia* pressupõe, portanto, e apenas isso – a *existência válida*, ou seja: a manifestação

de vontade de plena *conformidade com a ordem jurídica* (existência mais validade), o que bastará para tornar o ato idôneo para a *produção de efeitos*.

Há que se distinguir, todavia, dois tipos de eficácia: a *eficácia própria* ou *eficácia típica* do ato, daquela que, denominada *eficácia imprópria*, ou *eficácia atípica*, possa ele também produzir, eventualmente e de modo direto ou indireto. Assim, exemplificando, tanto o ato *inexistente* como o *inválido* gerarão *eficácia imprópria e negativa* para que seja declarada a sua *nulidade* pelo ente, órgão e agente competente, o que representa uma eficácia oposta àquela – *eficácia própria e positiva* – que se teria como a originariamente pretendida pelo agente.

33.5. Exequibilidade

Inconfundível com a *eficácia* assoma esta característica, da *exequibilidade* do ato administrativo, como um atributo próprio que lhe confere a *possibilidade jurídica de execução imediata*. Tem-se, assim, que a eficácia é pressuposto da exequibilidade, pois só terá aptidão para *operar* o ato que, além de existente, válido, eficaz, haja satisfeito quaisquer *acrescidos requisitos*, que tenham sido postos diretamente pela legislação ou, no caso de ser por ela autorizado, também pela vontade de seu autor, como um necessário implemento de *tempo* ou de *condições* para sua execução.

Portanto, considerando que as características do *ato administrativo perfeito* são a existência, a validade e a exequibilidade, só se considera *ato perfeito* aquele que não só é *eficaz*, como o que já preencheu todas as condições que foram postas para tornar-se *exequível*. Estabelece-se a distinção entre o *acabamento conceptual do ato (eficácia)* e a aquisição de sua *dinâmica operacional (exequibilidade)*, distinção particularmente relevante, porque somente o *ato jurídico perfeito* estará resguardado dos efeitos da lei nova (CF, art. 5.º, XXXVI).

O atributo da *exequibilidade*, não obstante, é inconfundível com a da *executoriedade*, que a pressupõe, como se exporá.

33.6. Executoriedade

Ao transcrever-se o conceito de Direito Administrativo de Marcelo Caetano, pôde-se apreciar o destaque, intencionalmente dado pelo ilustre Mestre luso, à *característica da executoriedade*, como um *atributo imanente à ação administrativa do Estado*. Com efeito, trata-se, aqui, de uma ampla e direta aplicação do princípio de mesma denominação, já estudado (Capítulo V), que apresenta um extenso efeito informativo sobre a *atuação coercitiva concreta* do Estado, tanto pela via administrativa, como pela judicial.

Assim, distintamente dos *atos jurídicos privados*, mesmo aqueles exequíveis, mas que não podem ser executados pelos particulares com o emprego da força, é lícito à Administração exaurir a eficácia de seus próprios atos e, se preciso for, com emprego de seus meios próprios de *coerção*.

A *executoriedade* é, portanto, a *regra da execução administrativa*, embora sempre sujeita a duas inafastáveis condicionantes, uma, positiva e outra, negativa. A condicionante *positiva* é a satisfação do próprio pressuposto da *exequibilidade*, pois somente o ato exequível se torna executório. A condicionante *negativa* é a inexistência de qualquer *exceção legal específica*, pois a legislação poderá submeter a execução de certos atos administrativos a um *prévio controle de legalidade*, caso em que ela se *transferirá ao Poder Judiciário*, com vistas a acautelar, desde logo, nessas hipóteses excepcionais, quaisquer *direitos fundamentais* especialmente tutelados que estejam em jogo, tais como a incolumidade da pessoa, a sua dignidade ou a garantia de seu patrimônio.

Em consequência, como, *em princípio*, a Administração dispensa o uso das vias judiciárias para esgotar a eficácia concreta de seus atos, afirma-se, com Luiz Machado Guimarães, que ela não está sujeita à parêmia geral de que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos.

Inverte-se igualmente em consequência, nesses casos, não só o *ônus da prova*, como o ônus de suscitar a *provocação judiciária*, de modo que, quando ordinariamente Administração provê *ex officio* a execução de seus próprios atos, compete a quem se sinta prejudicado de direito, acionar o recurso ao Judiciário.

Desse modo, assegura-se que a atuação administrativa possa ser imediata e eficiente, como se pretende, por exemplo, nas hipóteses em que o retardo em agir crie ou agrave *perigo público*. Exemplifica-se, comumente, pela aplicação imediata de sanções executórias pela Administração, como no caso de infração de normas que zelam pela saúde ou pela segurança públicas e que suscitem a aplicação de pena administrativa de *interdição*. Sua aplicação administrativa efetiva as últimas consequências sancionadoras através de atos materiais, tais como o fechamento, isolamento ou interdição de áreas, de estabelecimentos, de edifícios ou de recintos, ainda que com o emprego da força.

Considerada, no passado, como um *privilegio* da Administração, a *executoriedade* deve hoje ser entendida como um *instrumento ordinário*, que lhe é atribuído para que lhe seja possível realizar a *imediata proteção de valores da ordem jurídica*, postos à sua cura.

Do mesmo modo, a *executoriedade*, em certos casos, considerados extremos ou excepcionais, pode também ser atribuída a *particulares*, autorizando-os a prover, direta e imediatamente, por seus próprios meios, uma proteção pronta e efetiva de valores superiores da ordem jurídica que não se compadeçam com maiores delongas à espera da ação do Poder Público, como ocorre nos casos de *estado de necessidade*, de *legítima defesa* e de *desforço possessório*.

Note-se, porém, que em ambas as hipóteses – a de *executoriedade pública*, que é a ordinária, ou a de *executoriedade privada*, que é a extraordinária – os motivos para agir devem ser sempre *suficientes*, como deve haver *moderação* na ação e *proporcionalidade* entre os valores

sacrificados e os valores preservados e deve estar sempre assegurada a possibilidade de *provocação judiciária*, a qualquer tempo e sem restrições, por parte de quem se sentir prejudicado ou mesmo ameaçado, para que se aprecie a *juridicidade* do ato (CF, art. 5.º, XXXV).

O *ato executório* também se denomina de *ato autoexecutivo*, para destacar a autossuficiência do agente no emprego da força e a consequente desnecessidade de intervenção de outro agente, seja da Administração ou do Judiciário, para autorizá-la.

Sob outro aspecto, o emprego da *executoriedade*, como um instrumento destinado a *tornar efetiva* a ação administrativa pública, não há de ser considerado como uma *faculdade* da Administração, de que possa ela valer-se ou não a seu talante, mas de um *poder-dever*, de caráter mandatório, sempre que presentes os pressupostos legais de atuação. Com efeito, dar plena execução a seus atos, sem prévio acertamento (exame, ou conselho) do Judiciário, não é uma escolha do agente administrativo, pois não é função do juiz exercer consultoria para a Administração Pública, senão que será do respectivo órgão da *Advocacia de Estado*, que em face dela atua independentemente e em paralelo. A propósito, como já lembrava Hely Lopes Meirelles, as Administrações, por vezes se mostram tímidas quando devam empregar a *executoriedade*, não obstante ser instrumento que lhes é inherente, isso à conta do receio, quando não do desconhecimento, que as faz recorrer ao Judiciário para dar cumprimento a atos administrativos tipicamente executórios, embora se tratando de casos em que lhes faltará a *legitimidade ad causam*, impeditiva para que prosperem ações redundantes dessa natureza.

Por fim, uma vez que a regra é a *executoriedade*, daí decorre que quaisquer *exceções* – vale dizer, todas as hipóteses de *heteroexecutoriedade* – serão de direito estrito, pendendo de expressa previsão legal, tais como, dando outros exemplos: a *execução fiscal*, a efetivação da *desapropriação*, a *cassação de patentes*, a *dissolução de sociedades* etc., casos em que a Administração, como autora, terá, aí sim, legitimidade *ad causam* para demandar o prévio acertamento, pelo Poder Judiciário, da juridicidade de sua pretensão.

33.7. Efetividade

A *efetividade* é atributo do ato administrativo, tanto quanto o é de todo ato jurídico no sentido amplo, pois é evidente que qualquer ação, ainda que não juridicamente referenciada, *pressupõe a consecução de resultados práticos*. Sua referência, portanto, é *metajurídica*, pois se considera como *efetivo* o ato que *logre a produção de todas as consequências dele esperadas por seu autor*.

Como se pode observar, a *efetividade* pode ser confirmada ou infirmada pela *avaliação social* de sua prática – aferição muito comum nas Ciências Sociais, que também vem crescendo em importância na Ciência Jurídica – na linha da que habitualmente se realiza

em sociedades estatisticamente mais avançadas, uma vez que, além do logro dos resultados tão esperados do ato praticado, se pretende uma ampla satisfação, referida a todo o grupo, campo ou setor administrativo a que se dirige, de modo a poder nele identificar uma aptidão coletiva para a produção de estendidos efeitos sociais.

Cada dia mais empregado, este critério instrumental de avaliação social se tem mostrado de grande utilidade para o acompanhamento de resultados de políticas públicas e de ações específicas desenvolvidas pelo Poder Público e, ainda, particularmente importante para a constatação da realização concreta dos objetivos visados pela Administração Pública, bem como de sua justa adequação aos interesses públicos que deverão satisfazer, o que inclui o atendimento, por parte dos Poderes Públicos, dos indeclináveis cometimentos constitucionais voltados à realização dos direitos fundamentais das pessoas, apontado por muitos autores contemporâneos como a mais recente identificação da ação do Estado.

De resto, a atividade jurídica do Estado que não logre efetivamente alcançar a realidade, sobre a qual trabalha, e alterá-la, como proposto na expressão da vontade dos agentes públicos, para realizar o que constitucionalmente dela se espera, revela-se de fato inefetiva, devendo, neste caso, ser apuradas e corrigidas as razões dessa falência, pois, tanto quanto a invalidade, também a inefetividade é vício jurídico que compromete, banaliza e debilita a ação do Poder Público e, por extensão, toda a ordem jurídica.

33.8. Relatividade

Embora o desempenho da administração pública seja manifestação própria e característica de uma função estatal, no Estado de Direito tal atuação jamais se apresenta livre, como na administração privada. Em outros termos: a Administração Pública não goza de faculdades, pois essas são expressões da liberdade, como atributo inerente ao Homem, senão que atua em razão das funções que a ela são cometidas pela Constituição e pelas leis, daí Hely Lopes Meirelles tê-las definido como um poder-dever da Administração.

Assim é que, inexistindo o ato administrativo livre, todos terão, em consequência, a sua vinculação, em distintos graus, referida a algum princípio ou a alguma regra da ordem jurídica, que, explícita ou implicitamente, a tenha previsto, de modo a determinar a sua prática, ou autorizá-la, a juízo discricionário do agente.

É essa necessária relação de um ato à integridade de seus fundamentos jurídicos – que o determina ou o autoriza – o atributo presente em toda a hierarquia dos atos administrativos, de modo que o ato inferior retira sua validade do superior e assim sucessivamente, até alcançar o ato do Chefe do Poder Executivo, com fundamento constitucional no exercício do poder regulamentar, mas, ainda e por sua vez, se vincula diretamente à lei regulamentada e, acima dela, à Constituição.

Essa característica, dita da relatividade, apresenta a vantagem prática de possibilitar que

se trace, em qualquer hipótese, *uma linhagem de consistência e de coerência jurídica* referida a qualquer ato administrativo, sempre que seja necessário *sindicar-lhe plenamente a juridicidade*.

34. CLASSIFICAÇÕES DO ATO ADMINISTRATIVO

Classificações sempre suscitam questões e divergências na Ciência do Direito. Do mesmo modo, no Direito Administrativo, depara-se com uma desconfortante diversidade de enfoques classificatórios, alguns dos quais até podem parecer redundantes ou de pouca utilidade prática.

Não é, porém, assim: boas classificações só concorrem para ajudar a estruturar melhor o conceito dos institutos e a construir a ponte lógica entre sua definição genérica e as distinções específicas.

Desse modo, a riqueza de *critérios classificatórios*, desde que sejam congruentes com a realidade jurídica a que se aplicarão, constituir-se-á sempre um instrumental de grande valia para a precisa definição das *espécies* de atos administrativos que são postas à disposição da prática do direito.

Com essa intenção, seguem-se quatorze *critérios classificatórios*: da *natureza da relação*, da *competência*, da *formação da relação jurídica*, da *existência*, da *validade*, da *eficácia*, da *exequibilidade*, da *executoriedade*, da *natureza do vínculo relacional*, da *extensão dos efeitos*, da *duração dos efeitos*, da *competência*, da *forma* e um *critério misto*, que combina *efeitos visados e forma assumida*.

34.1. Critério da natureza da relação

O Direito Administrativo, por conceito, abrange as *relações de subordinação* e de *coordenação* constituídas pelas atividades jurídicas do Estado que não sejam formalmente legislativas nem judiciárias. Sob este critério, o campo da Disciplina pode ser dividido, nitidamente, de um lado, em *atividades de subordinação*, em que, num dos polos subjetivos, está um ente ou órgão administrativo atuando com *características de coerção*, e, de outro lado, em *atividades de coordenação*, em que nos dois polos subjetivos figuram entes ou órgãos administrativos, atuando com *características de concertação*, sob uma ordenação que tanto poderá ser *legal* (*coordenação legal*) como *consensualmente* estabelecida (*coordenação pactual*).

A *relação tributária*, por exemplo, é de *subordinação*, porque no polo ativo está a Administração-Fisco e, no passivo, o administrado-contribuinte, posto este sob vinculação legal coercitiva. Já a *relação paraestatal* é de *coordenação*, pois em ambos os polos há um ente administrativo atuando sob vínculo de concertação legal. A *relação concessional*, que valha mais um exemplo, este mais complexo, é díplice: basicamente de *coordenação*, porque em

ambos os polos haverá um ente administrativo: em um deles, a Administração-concedente e, no outro, o concessionário, que, como gestor-delegatário, atua sob vínculo de concertação consensual, mas, excepcionalmente, se apresenta como uma relação de *subordinação*, nas hipóteses em que apenas a Administração-concedente atue como ente administrativo, ficando, o gestor-delegatário, sob vinculação legal coercitiva.

Como se observa, cada tipo de relação administrativa exibe características próprias, que devem ser identificadas e definidas, pois de sua classificação decorrem importantes consequências, notadamente no tocante ao controle de juridicidade. Na visão contemporânea, distinguem-se, assim, *atos de relação* e *atos de gestão*. Os primeiros, que dizem respeito ao campo da *subordinação* e os outros, ao campo da *coordenação*. Em consequência, só os *atos de relação* poderão se defrontar com direitos subjetivos individuais dos administrados, o que vale dizer, serem, estes atos, os mais importantes e delicados do Direito Administrativo, já que os *atos de gestão* não se refletirão senão *indirectamente*, como meros fatos administrativos, no campo dos direitos subjetivos individuais dos administrados.

Essa classificação assume relevo quando se trata de examinar a eficácia de *atos administrativos normativos*, uma vez que a *normatividade secundária de gestão* é introversa e contra ela o administrado não poderá se insurgir, porque, ainda que ela lhe seja, de fato, desfavorável, não lhe violará direito, enquanto que a *normatividade secundária de relação*, por ser extroversa, poderá prejudicá-lo não apenas de fato, mas de direito.

Portanto, contra o ato administrativo de gestão, mesmo ilegal, não caberá, em princípio, correção judiciária provocada pelo administrado por faltar-lhe *legítimo interesse de agir*.

Mas é preciso atenção com a nomenclatura: não se deve confundir esta classificação com a antiga e imprecisa divisão, produzida pela dogmática clássica, em *atos de império* e *atos de gestão*, que distinguia, no primeiro caso, a atuação da Administração como Poder Público e, no segundo, como ente privado: uma distinção ultrapassada, que não mais apresenta qualquer utilidade.

34.2. Critério da competência

Este critério diz respeito à *amplitude jurídica legalmente atribuída à competência do agente* e, em consequência, ao *grau de vinculação* com que se apresenta a manifestação de vontade por ele expressa em relação à legislação. Desde logo, o princípio da *discretariedade* informa esta classificação, visando a distinguir, segundo ocorra mais estreita ou mais ampla *vinculação* do agente à normatividade positiva, as importantes espécies dos *atos vinculados* e dos *atos discricionários*.

Ato *vinculado*, ou *regrado*, é aquele em que o agente tem competência para praticá-lo em estrita conformidade com as prescrições legislativas aplicáveis, manifestando a vontade da Administração na oportunidade e para os efeitos integralmente previstos na legislação, sem

qualquer margem de escolha de atuação, seja de tempo ou de conteúdo.

O *ato administrativo vinculado*, considerado agora analiticamente em seus cinco elementos conformadores, é o que os apresenta *todos* com estrita previsão legislativa, ou seja, tanto os elementos que são *sempre e necessariamente vinculados* (a competência, a finalidade e a forma), como os que a legislação poderia *facultativamente* tornar discricionários (o motivo e o objeto).

Ato discricionário, por outro lado, será aquele em que o agente tem competência para fazer *escolhas*, seja de oportunidade, de conveniência, do modo de sua realização, do alcance dos seus efeitos, de seu conteúdo jurídico, de suas condições acessórias, do momento de sua exequibilidade ou do destinatário ou destinatários da vontade da Administração, podendo ser apenas uma ou várias escolhas quanto a todos esses aspectos considerados, desde que rigorosamente contidas nos limites que lhe foram abertos pela legislação.

O *ato administrativo discricionário*, considerado analiticamente em seus cinco elementos, é o que apresenta *três deles, necessariamente vinculados* (a competência, a finalidade e a forma), e *um ou dois deles, discricionários* (o motivo e o objeto).

A doutrina mais recente insiste que, na prática, essas espécies não são encontradas puras, existindo, na realidade, atos que são apenas mais vinculados e atos que se apresentam mais discricionários, o que guarda coerência com os rumos de *flexibilização*, como prenunciados para a Administração Pública. Com efeito, sob critério de *juridicidade*, o que faz sentido, afinal, seria uma *classificação gradativa das escolhas públicas*.

34.3. Critério da formação da vontade da Administração

No polo ativo do ato administrativo está a Administração, sem que importe quantos órgãos intervenham na sua formação, existindo não mais que *uma única manifestação de vontade administrativa definitória*.

Há, todavia, hipóteses, em que se pode discernir no processo de sua formação a manifestação de vontade de mais de um órgão, da própria Administração ou, mesmo, a ela externo, daí a classificação, conforme a disposição dessas vontades coautoras, nas categorias de *atos administrativos simples, conjunto e composto*.

O *ato administrativo simples* é a forma comum, ou seja, o resultado da manifestação de *um único órgão*, que poderá ser tanto monocrático como colegiado. Assim, por exemplo, são atos administrativos simples: a *resolução* de um conselho administrativo ou uma *portaria* aplicativa de uma sanção disciplinar.

O *ato administrativo conjunto* é o que exige o concurso de *mais de um órgão*. Esses órgãos devem conjugar suas respectivas *vontades parciais* para produzir a *vontade integral* da Administração, que é a expressa afinal no ato. São exemplos de *atos conjuntos* os decretos

regulamentares do Poder Executivo, que devem ser subscrito pelos Ministros ou Secretários das pastas interessadas, ou, envolvendo agentes de mais de um Poder, e os atos executivos de nomeação para preenchimento de cargos públicos, que necessitem da aquiescência das casas legislativas.

O *ato administrativo conjunto* não se confunde, todavia, com o *procedimento administrativo*. Enquanto neste, dá-se uma sucessão de manifestações de vontades autônomas e isoladas, que não se integram em momento algum, embora todas estejam voltadas ao mesmo objeto, que é a produção de um *ato final*, distintamente, no *ato administrativo conjunto*, nenhuma das vontades participantes, isoladamente considerada, é suficiente para editá-lo, sendo necessário integrá-las para que constituam uma vontade final unitária, ou seja, a sua própria existência, enquanto ato administrativo, só resultará da efetiva conjugação das vontades formadoras.

Tampouco devem ser confundidos o *ato administrativo conjunto* e o *ato administrativo complexo*. O primeiro, como se expõe, é ato unilateral, enquanto o segundo, é ato bi ou multilateral, sendo conveniente distingui-los adequadamente, para evitar o emprego de uma nomenclatura que induza confusão entre essas duas figuras, que são, não obstante, absolutamente distintas, como adiante se examinará mais detalhadamente, quando do estudo do *ato administrativo complexo*.

Por fim, o *ato administrativo composto* se caracteriza pela obrigatoriedade da adição de uma manifestação de vontade secundária, acrescentada à primária, que é a essencial para sua existência válida e eficaz. Essa manifestação de vontade secundária, ou complementar, é exigida apenas para conferir exequibilidade ao ato praticado, pressupondo, portanto, um ato já existente, válido e eficaz.

Assim, no caso do *ato composto*, embora ele seja editado por um único órgão, que lhe infunde existência, validade e eficácia, tal como se dá com o ato administrativo simples, deste difere, apenas, porque a sua execução fica pendente de uma manifestação complementar, provinda de outro órgão.

É, por exemplo, o caso dos atos que exigem um visto, uma concordância, um *nihil obstat*, um *exequatur* ou, de modo geral, uma manifestação de aquiescência por parte de outro agente para que sejam postos em execução.

Como se pode observar, antes de ganhar exequibilidade, o ato composto ainda não é um ato perfeito, e, por isso, tanto não produzirá os efeitos pretendidos como tampouco ficará a salvo da superveniência da lei nova.

Mário Masagão, ilustre administrativista brasileiro, mestre de sua geração, acrescentava ainda a esta classificação a categoria dos *atos colegiados*, como aqueles em que a manifestação da vontade da Administração resulta da integração de manifestações individuais no concerto de um órgão plural, através de processos de deliberação coletiva.

34.4. Critério da existência

Este critério distingue as categorias dos *atos integrados* e dos *atos incompletos*. Os primeiros, ostentando todos os seus elementos, ainda que possam estar viciados, e os segundos, defectivos de algum dos elementos.

Como todos esses elementos são *essenciais* à existência do ato, a rigor, os atos incompletos identificam-se com os *inexistentes*. Tal rigor, todavia, poderá se abrandar, considerando-se a eventual complexidade intrínseca de alguns desses atos, que leve à possibilidade de fazer-se uma distinção pormenorizada do conteúdo dos elementos *forma*, *motivo* e *objeto*, notadamente, tendo em vista a *boa-fé* dos administrados, pois que não poderão ser ludibriados pela *aparência regular* desses atos.

O *ato administrativo incompleto quanto à forma* é o que não apresenta integrada toda sua estrutura formal, embora possa ser defectivo apenas de formalidades não essenciais: de caráter secundário, complementar ou acessório.

O *ato administrativo incompleto quanto ao motivo* é aquele que não apresenta integralmente explicitadas as razões de fato e de direito que o suportam, embora possa considerar-se que elas estejam de algum modo nele implícitas, assim como os motivos, insuficiente ou deficientemente expressados.

O *ato administrativo incompleto quanto ao objeto* é o que não define suficientemente ou com a necessária precisão a alteração no mundo jurídico pretendida pelo agente, embora possa considerar-se que nele possa estar implícita de algum modo.

Estas três hipóteses de *ato incompleto* apresentam especial relevância, porque, encontrando-se na fronteira entre o ser e o não ser jurídico, exigem especial cuidado para manter íntegro o fundamental conceito da *segurança jurídica*, bem como o da proteção da *boa-fé dos administrados*, defendidos no Brasil pela pena brilhante de Almiro do Couto e Silva, o que as torna objeto dos estudos específicos orientados à sua regularização, processada através do instituto da *sanatória administrativa*.

34.5. Critério da validade

Segundo o critério da validade, distinguem-se os *atos válidos* dos *atos inválidos*.

Pode-se acrescer a essas uma terceira categoria, que seriam os *atos validáveis*, congregando todos aqueles que seriam passíveis de *sanatória*, quanto a seus elementos defectivos, viciados ou, meramente, irregulares.

Os próprios *atos inválidos*, por sua vez, admitem, para muitos autores, a distinção entre *atos nulos* e *atos anuláveis*, sendo *nulos* os absolutamente inválidos, e *anuláveis*, os que dependessem de expressa desconstituição, administrativa ou judicial.

A aceitar-se essa distinção de inspiração civilista, para incluir uma categoria de *atos*

anuláveis, parece superior a aceitação da sistematização acima exposta, por estar mais afeita à índole do direito público, considerando a existência de *atos validáveis*, sempre tendo em vista o resguardo da segurança jurídica e a nitidez da atuação do Poder Público.

34.6. Critério da eficácia

A eficácia dos atos administrativos, tal como a de quaisquer outros atos jurídicos, consiste em *constituir, declarar, confirmar, infirmar, alterar ou desconstituir* uma relação jurídica.

São, todos, efeitos possíveis de serem produzidos no *mundo do Direito*, e não no mundo dos fatos, de modo que a eficácia deve ser, por isso, considerada como uma *categoria jurídica* e não factual, distinta, portanto, da *efetividade*, que é uma *categoria factual* e não jurídica, pois que se volta às consequências do agir no mundo dos fatos.

Nessa linha, se distinguem os *atos eficazes* e os *atos ineficazes*, conforme sua *aptidão para produzir os efeitos pretendidos* por seu agente.

Assim, quanto ao *tipo de eficácia específica* a ser produzida, são classificados em *atos constitutivos, declarativos, confirmativos, modificativos e desconstitutivos*.

A eficácia específica dos *atos constitutivos* consiste em estabelecer uma relação jurídica nova, concretizando direitos e obrigações, previstos em tese pela lei, seja para a Administração, seja para os administrados.

A eficácia específica dos *atos declarativos* pode ser tanto a de *afirmar a existência* de uma relação jurídica, reconhecendo-lhe, assim, a eficácia própria, quanto a de *afirmar a inexistência* de uma relação jurídica tida como existente ou a *invalidade* de uma relação jurídica presumidamente válida, conforme a hipótese que se apresente, para reconhecer-lhes, no caso, sua ineficácia. Nesta categoria de atos declarativos englobam-se todas as espécies de atos anulatórios.

A eficácia específica dos *atos confirmativos* consiste em dissipar dúvidas quanto à existência, validade, eficácia, exequibilidade ou executoriedade de atos praticados.

A eficácia específica dos *atos modificativos* é a de alterar os elementos de atos praticados sem, contudo, desfazê-los.

A eficácia específica dos *atos desconstitutivos*, por fim, consiste em desfazer *atos válidos* praticados, com a consequente extinção de direitos e de obrigações deles decorrentes. Nesta categoria, compreendem-se os atos revocatórios, cassatórios, denunciatórios, rescisórios e resolutórios.

34.7. Critério da exequibilidade

Executar um ato é *produzir efetivamente os efeitos pretendidos pelo agente* no mundo jurídico, dando-lhe *exequibilidade*. Quanto a esta possibilidade – de ser posto em execução –

um ato administrativo se apresentará *perfeito, imperfeito, pendente ou suspendível*.

Ato perfeito é o dotado de existência, validade, eficácia e exequibilidade, reunindo os elementos necessários à sua execução.

Ato imperfeito é o que tem existência, validade e eficácia, mas falta-lhe um requisito adicional, de conteúdo formal, para ganhar exequibilidade.

Ato pendente é o ato que, embora perfeito, ou seja, existente, válido e eficaz, está sujeito a termo ou condição para alcançar exequibilidade.

Ato suspendível é aquele cuja exequibilidade pode ser interrompida em especiais circunstâncias sem comprometimento da eficácia. Em geral, cabe à própria Administração suspender a execução de um ato administrativo, mas igual efeito pode resultar de providências cautelares judiciais, como ocorre nos casos de concessão de medidas liminares, ou de atos legislativos cautelares de controle, como na hipótese constitucional de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V), que é o chamado *veto legislativo*.

34.8. Critério da executoriedade

Os atos administrativos, conforme a característica de executoriedade, se classificam em *executórios* e *não executórios*.

O ato *executivo*, ou *ato autoexecutivo*, é aquele que a Administração *pode operar a sua execução por seus próprios meios* até as últimas consequências, esgotando os seus efeitos até mesmo com o emprego da força, sendo esta a regra no Direito Administrativo, como foi exposto.

Ato *não executório*, ou *ato heteroexecutivo*, é o que necessita da intervenção de outro Poder para ser executado integralmente e, assim, exaurir os seus efeitos pretendidos.

34.9. Critério da originalidade do objeto

Outra classificação, referida ao objeto, considera a *originalidade* ou, inversamente, a derivação dos efeitos visados, distinguindo o *ato administrativo primário*, ou *originário*, que vem a ser o que define primitivamente certa relação jurídica em abstrato ou em concreto, e o *ato administrativo secundário*, ou *derivado*, que incide sobre um ato administrativo anterior.

Entre o *ato administrativo primário* e o *secundário* há diferenças substanciais quanto ao *motivo* e ao *objeto* de ambos, pois, quanto ao *motivo*, o ato administrativo *secundário* não se suporta na situação fática que motivou o ato *principal* anterior, mas na relação jurídica dele resultante, e, quanto ao *objeto*, o ato administrativo *secundário* sempre visa à modificação, confirmação ou extinção do objeto do ato administrativo *principal* anterior.

34.10. Critério da articulação do objeto

Parte-se da natureza da *articulação do objeto* de um ato administrativo com o objeto de outros atos, que eventualmente lhe sejam juridicamente antecedentes ou consequentes.

Distinguem-se, segundo este critério, o *ato administrativo isolado* e o *ato administrativo articulado*. O *ato isolado* é o que não apresenta vinculação necessária com ato anterior, nem necessita de ato posterior para que venha a produzir todos os seus normais efeitos, desejados pelo agente. O *ato articulado* é o que, por sua natureza, exige manifestação de vontade antecedente ou consequente, ou ambas, pressupondo, portanto, a existência de um *procedimento*, no qual estará inserido.

A tendência do Direito Administrativo, ao prestigiar o *processo*, expande o emprego e a importância das *atuações articuladas*, ainda porque assim se submetem a critérios mais rigorosos de ação e podem ser mais facilmente controladas.

34.11. Critério relacional do objeto

Esta classificação se funda no *tipo de relação* que se estabelecerá entre diferentes objetos, ou seja, uma *articulação procedural* de atos administrativos.

Com a introdução deste *critério*, a intenção é destacar a situação relativa de um determinado ato no curso de um *procedimento administrativo*, distinguindo-se os seguintes tipos: o *ato administrativo principal*, o *complementar*, o *intermediário*, o *condicionante* e o *decisório*.

Ato principal é o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade *final*, conclusiva, sobre uma relação jurídica processual estabelecida.

Ato complementar é o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade *acessória*, apta a ratificar, confirmar, integrar ou aprovar a que foi manifestada no ato principal.

Ato intermediário é o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade *instrumental e conectiva* entre atos precedentes e subsequentes, articulatória de um *procedimento* e orientada à edição do ato principal.

Ato condição é o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade satisfativa de um condicionante jurídico, proceduralmente necessário para a prática de ato subsequente, geralmente removendo um obstáculo ou criando uma relação preparatória para a edição do ato principal.

Ato decisório é o que tem por objeto a expressão da manifestação de vontade *conclusiva* da Administração na apreciação de uma relação jurídica administrativa. Denomina-se, também, por isso, de *ato de jurisdição*, porque a atividade da Administração, nesses casos, se aproxima da natureza material da função jurisdicional, que é a de *compor conflitos de interesses*, daí, no dizer elegante de Antonio C. Puchetti, nela se encontrar o “vestíbulo da função jurisdicional”.

Por sua importância, as *decisões administrativas* mereceram expressa previsão constitucional, no sentido de subordinar a sua validade à exigência da *motivação*, dispositivo este que, não obstante expresso entre os referentes ao Poder Judiciário, tem seu conteúdo mandamental aplicável, plenamente e com generalidade, sempre que qualquer ente, órgão ou agente deva tomar *decisões administrativas* (CF, art. 93, X).

34.12. Critério da extensão dos efeitos

Uma última classificação, atinente ao *objeto* do ato administrativo, diz respeito à *extensão de seus efeitos* no mundo jurídico.

Foi o administrativista francês Gaston Jèze, nas pegadas dos ensinamentos de seu não menos ilustre conterrâneo, Léon Duguit, o proponente desta classificação, que, por sua simplicidade, se tornou de larga aplicação, estabelecendo *três graus* de extensão da *eficácia* do ato administrativo: o *ato regra*, o *ato condição* e o *ato subjetivo*.

O *ato regra* é que apresenta maior amplitude quanto a seus efeitos; embora mantenha caráter geral, abstrato e objetivo, como indica sua denominação, já densifica parcialmente as normas legais e administrativas que o antecedem e o justificam, de modo a possibilitar sua aplicação a uma categoria de sujeitos, não obstante permaneçam ainda indeterminados. Não se presta, assim, um ato regra, a concretizar, singular e subjetivamente, a vontade abstrata da ordem jurídica, pois que ele desempenha apenas a função intermédia de regular a aplicação de atos normativos anteriores.

Seu mais importante e conspícuo exemplo é o próprio *regulamento*, ato de competência dos Chefes de Poder Executivo, na qualidade de mais altos agentes incumbidos maciçamente da *administração* em todos os níveis federativos.

Segue-se o *ato condição* ou *instrumental*, que tem âmbito de eficácia mais restrito, apresentando, simultaneamente, caráter objetivo e subjetivo, apto à outorga de um *status* – uma situação jurídica definida – a indivíduos determináveis.

Um exemplo clássico de *ato condição* é a *admissão*, que confere uma situação jurídica preparatória a empresas que pretendam licitar, ou a candidatos, para prestar um concurso público.

A terceira espécie, o *ato subjetivo*, como a denominação já o indica, por se apresentar plenamente *densificado*, concentra sua eficácia sobre os sujeitos que já são nele individualmente determinados.

São exemplos clássicos desta espécie as *licenças* e as *autorizações* administrativas, assim como a aplicação das *sanções administrativas*.

Miguel Seabra Fagundes, um dos mais importantes construtores do Direito Administrativo brasileiro no século XX, fundando-se neste mesmo critério da *eficácia*, propôs uma classificação dicotômica bem simplificada, distinguindo os *atos gerais*, que criam

situações abstratas, e os *atos especiais*, que criam situações concretas.

34.13. Critério da retratabilidade

A tendência do Direito Administrativo contemporâneo atua no sentido de admitir a *flexibilização* de muitos de seus institutos clássicos, para que a Administração, valendo-se de sua constelação de entidades delegatárias postas sob os mais diferentes vínculos, se possa adequar, cada vez melhor e mais rapidamente, às complexas e cambiantes situações com que se defrontam o Estado e a sociedade.

Entre as modalidades de *flexibilização institucional*, conta-se a *retratação de atos administrativos* praticados, quando a Administração venha a reconhecer que, por qualquer motivo de fato ou de direito, desatendem à *finalidade pública* que os justificaria.

Como *interesses públicos específicos*, uma vez postos à cura da Administração, se tornam por ela *indisponíveis*, a *retratabilidade*, que é empregada para satisfazê-los pelo desfazimento de atos anteriores, se põe como a *regra*, que só será excepcionada pela ordem jurídica quando for o caso de conferir *estabilidade a situações*, sempre que for necessário para salvaguardar a *boa-fé* dos administrados, hipótese em que a *irretratabilidade excepcional* atuará como instrumento destinado a afastar a *insegurança jurídica* sob o risco da perpetuação dos conflitos.

Sob esse critério, os atos administrativos classificam-se em *retratáveis* e *irretratáveis*.

O s *atos irretratáveis*, que, conforme o exposto, são *exceções*, apresentam-se como instituidores de *situações constitucionalmente inalteráveis*, como na hipótese de *direito adquirido*, ou de serem *infraconstitucionalmente inalteráveis*, como na hipótese de *preclusão de decisão administrativa retroativa*.

Os *atos retratáveis*, que, ainda, conforme o exposto constituem a *regra*, se apresentarão sob duas espécies: a *revogação* e a *cassação* administrativas.

A *revogação* é a modalidade de retratação manifestada pela Administração ao desfazer ou modificar um *ato discricionário* por ela praticado, retirando-lhe a *eficácia* em razão da *reavaliação de sua oportunidade e conveniência*, ou seja, mediante a *reapreciação de seu mérito administrativo*.

Como atos discricionários não geram direitos oponíveis contra a Administração, da revogação não decorrerão perdas e danos indenizáveis.

Ainda aqui, mesmo em se tratando do exercício da discricionariedade, em que a regra é a *revogabilidade ampla*, podem-se encontrar atos insusceptíveis de desfazimento discricionário fundado no mérito, disso decorrendo duas subespécies do ato administrativo discricionário, o *ato revogável* e o *irrevogável*.

O *ato revogável* será, pois, a regra: aquele do qual apenas a Administração (e só ela) pode

retirar a eficácia por motivos de mérito, respeitando-se os direitos adquiridos e os consumados produzidos em sua vigência, bem como as situações cuja alteração possa atentar contra a paz social, a segurança jurídica ou a boa-fé dos administrados. Porém, uma vez aplicada, a revogação, no que se diferenciará da anulação, atua ela *ex nunc*, já que são válidos, tanto o ato revogando quanto o revocatório.

O ato irrevogável é aquele que, embora seja possível, em tese, retirar-lhe a eficácia, tornou-se, na hipótese, insuscetível de revogação, seja porque gerou direito subjetivo, seja porque esgotou os efeitos possíveis, seja porque o ordenamento jurídico impede sua reapreciação na órbita administrativa (o que vem a ser a impropriamente denominada coisa julgada administrativa).

A cassação é a modalidade de retratação manifestada pela Administração ao desfazer ou modificar ato vinculado por ela praticado, reapreciando os aspectos de oportunidade e de conveniência para atender a reexame da finalidade pública. Como o ato vinculado se estabiliza no mundo jurídico, gerando direitos oponíveis à Administração, tem-se que a cassação desses direitos terá natureza expropriatória, importando na obrigação de reparar o dano infligido ao administrado.

A cassação, porém, venha ou não a lesar direito subjetivo público do administrado, exigirá, de qualquer modo, estrita observância da finalidade pública, que se volta a atender. Se, por acaso, verificar-se que o ato de cassação, que a invocar, foi praticado com inexistência ou insuficiência da motivação apresentada ou tisnada por desvio de finalidade, além de impor-se a sua própria invalidação, com a obrigação de indenizar os danos causados, se não for possível a reconstituição do direito cassado, exigirá a plena indenização do administrado, sacrificado em seu patrimônio jurídico, acrescendo-se os lucros cessantes e, se o caso, os danos morais infligidos ao administrado.

34.14. Critério da duração dos efeitos

Sob este critério, da duração dos efeitos, cogita-se na eficácia no tempo, distinguindo-se os atos que têm sua carga de eficácia exaurida em uma única execução, que são os atos instantâneos, dos que estendem sua eficácia no tempo, possibilitando sucessivas execuções, os atos continuados.

Exemplos de ato administrativo instantâneo seria uma autorização para realizar uma manifestação, em certa ocasião e em determinado logradouro público (ato discricionário) ou uma licença para reformar um prédio (ato vinculado), e de ato administrativo continuado, seria ainda a aposentadoria (ato vinculado) ou uma permissão de uso de bem público (ato discricionário).

Os atos instantâneos não apresentam maiores dificuldades técnicas, uma vez que toda sua possível eficácia pretendida se esgotará em uma só execução. Diferentemente, os atos

continuados, que a projetam no tempo, exigem que o intérprete distinga, por sua vez, os direitos adquiridos a uma eficácia dilatada, da mera expectativa de direitos a uma continuidade da produção de efeitos, atentando, para isso, para a diferença entre a natureza vinculada ou discricionária do ato continuado.

34.15. Critério da forma

Grupam-se os atos administrativos, estritamente sob o critério da forma de que se valem, em *atos escritos* e *atos verbais*.

Há também referências na doutrina a *atos simbólicos*, servindo, como exemplos, as sinalizações com conteúdo volitivo, tais como empregadas, mais amiúde, no trânsito, nas corporações militares, na aeronáutica civil e na navegação, mas que são cada vez mais difundidas, na medida em que se cultiva a disciplina consciente da cidadania e sua disposição para respeitar multiplicados comandos simbólicos – como em avisos, em placas indicativas, em anúncios – que dispensam a presença de agentes públicos.

Outras classificações formais poderão produzir diversas *nomenclaturas*, distinguindo *atos administrativos nominados*, como resoluções, ofícios, pareceres, ordens de serviço, circulares e tantos outros, dos *inominados*, profusamente utilizados e identificados na linguagem burocrática, embora nem sempre adequadamente definidos por elementos e características tecnicamente precisas.

34.16. Critério misto dos efeitos visados e da forma

Ante a imprecisão reinante, em parte explicável pela falta de unidade nacional da *nomenclatura dos atos administrativos* empregada no País, é conveniente dispor-se de uma classificação doutrinária que lhe supra, contribuindo para reduzir as dúvidas e imprecisões, que se obtém com a conjugação do critério formal com o critério da eficácia, portanto mista, como a originalmente por Hely Lopes Meirelles, a quem tanto deve a dogmática do Direito Administrativo brasileiro, e que tem servido a contento, já por mais de meio século, para atender às necessidades práticas de agrupar logicamente os atos administrativos em espécie, atendendo simultaneamente à tipicidade da forma, de que se revestem, com a especificidade dos efeitos, a que visam.

Portanto, enquanto não se proceder, *de lege ferenda*, a uma uniformização classificatória no País, para o quê será necessário que a União estenda a legislação de normas gerais sobre *atos e processos administrativos*, o meritório trabalho sistemático do mestre paulista presta serviços como doutrina assentada.

Esta classificação identifica os seguintes cinco tipos de atos administrativos: *normativos*, *ordinatórios*, *negociais*, *enunciativos* e *punitivos*, acrescentando-lhes alguns tipos atualizados.

34.16.1. Atos administrativos normativos

São os que contêm um comando geral e abstrato, correspondendo ao *ato regra* da classificação de Gaston Jèze, como acima lembrada.

Regulamentos – são atos normativos que têm função de explicitar a lei e dar-lhe exequibilidade e, ainda, admitindo-se a modalidade autônoma, de prover sobre situações ainda não legisladas. Tradicionalmente, a *regulamentação* da lei é privativa dos Chefes do Poder Executivo dos três graus federativos.

Regimentos – são atos internos, baixados por órgãos colegiados de qualquer dos três Poderes, bem como dos colegiados instituídos nos órgãos constitucionalmente autônomos, em qualquer grau federativo, para prover sobre sua própria organização e funcionamento.

Resoluções – são atos de competência de Secretários de Estado e de Municípios assim como da direção de autarquias e de corpos colegiados, ainda que possam veicular uma decisão concreta, embora a denominação deva ser reservada para a expressão da normatividade intermédia.

Ordens de Serviço – são determinações especiais relativas à atuação de órgãos, de repartições e de agentes, baixadas pelas respectivas chefias.

Regulações – são atos emitidos por decisões colegiadas de órgãos administrativos autônomos em matérias *deslegalizadas* pelo legislador, resultantes de uma atividade administrativa complexa que, entre outras, inclui a função normativa, tal como ocorre com os cometimentos às *agências reguladoras independentes*, introduzidas na ordem jurídica brasileira desde 1995. A *regulação*, abrindo uma atividade administrativa cumulativamente *normativa, executiva e judicante* dessas agências, atuando sobre matérias adrede infraconstitucionalmente *deslegalizadas*, é inconfundível com a *regulamentação*, acima descrita, de estrita definição constitucional, que apresenta conteúdo exclusivamente *normativo* e, formalmente, é privativa do Chefe do Poder Executivo.

Entre os *atos normativos* tem também alcance prático a distinção entre as modalidades *d e gestão e de relação*. São *normas administrativas de gestão* aquelas que estabelecem *relacionamentos jurídicos introversos*, sem extravasar o âmbito da Administração, com características de *coordenação* e, por isso, sem criar, alterar ou suprimir direitos subjetivos dos administrados. São, por outro lado, *normas administrativas de relação* as que disciplinam *relacionamentos jurídicos extroversos* da Administração face aos administrados, com características de *subordinação*, alcançando-os de algum modo no tocante à criação, afirmação, alteração, ou extinção de seus respectivos direitos subjetivos públicos.

34.16.2. Atos administrativos ordinatórios

São os que disciplinam o funcionamento da Administração Pública, desde seu agente mais modesto até seus agentes e órgãos mais elevados. Repetem-se, para designar esta

modalidade funcional, as denominações empregadas para os *atos-regra*, de caráter abstrato e geral, como disposto na classificação acima, para conter os *atos-condição* e os *atos subjetivos*:

Instruções – são atos que contêm uma orientação paradigmática para a atuação de chefias e de subordinados hierárquicos, no desempenho de suas respectivas atribuições.

Circulares – são ordens uniformes visando a regular os mesmos temas que as Instruções, caracterizadas apenas pelo âmbito mais restrito de abrangência, circunscrito a entes, órgãos ou agentes determinados.

Ordens de Serviço – são determinações especiais muito utilizadas pelos segmentos burocráticos inferiores da Administração, dispondo formalmente, em geral, sobre os serviços internos de repartições.

Avisos – são comunicações de competência reservada aos Ministros de Estado.

Portarias – são atos de competência de presidências, superintendências e chefias de hierarquia intermédia.

Ofícios – são atos que veiculam comunicações oficiais entre órgãos ou destes com os administrados.

Despachos – são atos de encaminhamento ou de decisão, praticados em procedimentos administrativos.

34.16.3. Atos administrativos negociais

São os que contêm uma declaração de vontade da Administração Pública coincidente com uma *pretensão* do administrado.

Embora a *manifestação de vontade do administrado* não constitua elemento relevante para a *formação* do ato, ela é por vezes necessária para a *provocação* do Poder Público para praticá-lo, bem como, uma vez praticado, para que se dê a *aceitação* da vontade pública nele expressada.

Não obstante atos *unilaterais* por conceito, esses atos contêm um *embrião de bilateralidade*, daí serem, por esta característica, denominados de *atos negociais*, já que neles se vislumbram traços de um negócio jurídico, por isso denominados, também, de *atos receptícios*, porque neles se demanda, de algum modo, a *manifestação da aceitação do administrado*, que os solicitou.

Admissões – outorgam uma situação jurídica a alguém para que usufrua certa vantagem pública. Sua eficácia consiste em conferir um *status* a quem apresente certas condições vinculadas, previstas em lei.

Licenças – são atos vinculados que expressam a concordância da Administração com atividades dos administrados, desde que preenchidos determinados requisitos legais.

Autorizações – são atos discricionários que manifestam uma concordância *precária* da

Administração com atividades de predominante interesse dos administrados e, relativamente, de menor interesse público.

Permissões – são atos discricionários, que expressam a aquiescência precária da Administração com atividades dos administrados em que haja predominante interesse público.

Registros – são atos vinculados que expressam, por meio de assentamentos públicos, o reconhecimento administrativo de uma situação jurídica ou da satisfação de requisitos legalmente estabelecidos para a prática de atos da vida privada, por parte do administrado que os requer.

O espectro de sua utilização é muito amplo, cabendo a distinção das hipóteses em que o registro é da *substância do ato* (forma essencial) das em que apenas serve para comprová-lo ou, ainda, dos casos em que atua como *ato condição*.

Com a característica de atos vinculados, os registros apresentam múltipla utilização, como para o exercício de trabalho, ofício e profissão, para a utilização ou operação de veículos e equipamentos, para a manipulação e emprego de substâncias, para a comercialização de certos produtos e para muitas outras atividades, entre inumeráveis exemplos.

34.16.4. Atos administrativos enunciativos

São atos que não veiculam qualquer manifestação de vontade *original* da Administração, contendo, apenas, *declarações* de atos, fatos ou opiniões, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, *vinculados* quanto ao motivo e ao objeto.

Certidões – são atos que reproduzem registros das repartições, contendo uma afirmação quanto à existência e ao conteúdo de atos administrativos praticados.

Atestados – são atos que reproduzem assentamentos de ocorrências constantes de processos ou arquivos públicos, contendo uma afirmação oficial quanto à existência e ao conteúdo de fatos ocorridos.

Autos de infração – são atos que reproduzem os fatos e as circunstâncias que caracterizam transgressões administrativas, produzindo, contemporaneamente aos fatos, uma afirmação oficial de sua realidade e veracidade.

Pareceres – são atos que contêm opiniões de órgãos técnicos a respeito de problemas e dúvidas que lhe são submetidos, vinculando a Administração quanto à *matéria técnica* neles contida, sempre que a lei diferentemente não dispuser.

Na hipótese de se tratarem, estes atos, de *Pareceres jurídicos*, produzidos pelos órgãos da Advocacia de Estado, na qualidade de exercentes de *função constitucional essencial à justiça*,

nos âmbitos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e praticados no desempenho da atividade constitucionalmente independente da *consultoria jurídica* dos respectivos entes políticos, os Pareceres obrigam, em princípio, a Administração, que, não obstante, se optar por desconsiderá-los, deverá *motivar* suficientemente porque o fazem.

Ainda assim, para reforço dos instrumentos de *controle de juridicidade*, os sistemas administrativos públicos mais modernos e atentos à sua importância adotam, para maior segurança, as técnicas dos *pareceres normativos* e dos *pareceres vinculativos*, aos quais se confere uma eficácia geral e abstrata sobre a Administração, submetendo seus entes, órgãos e agentes às *motivações jurídicas* que neles se contém.

Na emissão de Pareceres, os órgãos da Advocacia de Estado, atuam na dicção do Direito, ou seja, a *matéria de fato* que lhes é submetida não é objeto de qualquer decisão, atendo-se, por isso, a *eficácia* dos pronunciamentos, exclusivamente à *hipótese jurídica* examinada, bem como, consequentemente, apenas circunscrita à *matéria de direito*, também toda a responsabilidade dos emitentes.

34.16.5. Atos administrativos punitivos

São *punitivos* os atos que têm por objeto a aplicação de *sanções* impostas pela Administração, nas hipóteses em que lhe couber reprimir violações ao Direito.

Classificam-se em *atos administrativos punitivos extroversos*, quando aplicados aos administrados, e *atos administrativos punitivos introversos*, quando o forem aos agentes públicos.

A lei determinará sua conceituação e a convertibilidade de efeitos, não podendo, todavia, as *sanções administrativas*, alcançar a pessoa do administrado em suas liberdades essenciais.

Atos *preventivos*, que importem em alguma forma de aplicação de coerção direta e sumária sobre pessoas e bens, não se confundem, todavia, com os atos administrativos *punitivos*, devendo apresentar seus próprios fundamentos constitucionais e suas respectivas previsões legais.

São exemplos de atos administrativos punitivos os *atos administrativos nominados* a seguir relacionados.

1 – Atos administrativos punitivos extroversos

Multa – ato de imposição de sanção pecuniária.

Interdição – ato de suspensão de atividades.

Destrução de coisas – ato executório praticado com caráter de urgência, devendo ser sempre documentado por um auto, descritivo e circunstanciado, sobre o estado das coisas

destruídas.

Demolição administrativa – ato executório, praticado para remover perigo público iminente, exigindo, também, auto, descriptivo e circunstaciado, sobre o estado da edificação destruída.

Cassação – ato vinculado e executório, voltado ao desfazimento *punitivo* de ato negocial, em razão de alguma transgressão das condições que lhe foram originalmente impostas, imputada ao administrado.

Esta é denominada *cassação anulatória*: inconfundível com a modalidade de *cassação expropriatória*, já referida.

Confisco – ato que impõe a perda de um bem ou de um direito em favor do Estado.

2 – Atos administrativos punitivos introversos

Atos punitivos disciplinares – atos destinados a assegurar a legalidade, a disciplina e a ordem nos trabalhos dos órgãos públicos, aplicáveis aos *servidores públicos*, em geral, bem como a todos os que se encontrem sujeitos a determinado *status legal*.

Distintamente dos atos punitivos extroversos, que são sempre vinculados, os atos punitivos introversos são atos que podem ser praticados com certa margem de discricionariedade, que se amplia nas suas tipificações mais brandas, como, por exemplo, na *admoestação* e na *suspensão*, e se reduz no caso das punições serem mais rigorosas, necessitando, finalmente, de rigorosa vinculação fática e atendimento a formas processuais rígidas, nas duas tipificações de maior intensidade punitiva, a *demissão* e a *cassação de aposentadoria ou disponibilidade*, no caso de servidores públicos.

A *indisponibilidade dos bens* de agentes públicos por prática de improbidade administrativa não é ato punitivo introverso, mas uma medida cautelar, hoje de previsão constitucional (art. 37, § 4.º).

A *prisão administrativa disciplinar*, medida preventiva prevista para o caso de falta de exação de valores públicos, tornou-se, todavia, inconciliável com o art. 5.º, LXI, da Constituição.

35. PROCESSO ADMINISTRATIVO

Ao se examinar a classificação dos atos administrativos segundo o critério da *formação da vontade* da Administração, ficou implícito no item anterior o conceito de *processo administrativo* como uma *sucessão de manifestações de vontade*, cada uma delas identificada singularmente como um *ato administrativo*, que se dispõem coordenadamente, para atingir um *objetivo final* que caracterizará, em cada caso, um distinto *processo administrativo*.

Trata-se, portanto, o *processo administrativo* de uma espécie do *gênero processual*, próprio e

essencial à exteriorização metódica da *vontade estatal*, que engloba os processos *legislativo, judiciário* e os próprios dos órgãos constitucionalmente independentes.

O processo se exterioriza pelo *procedimento*, entendido como a sequência de atos caracterizada pela *sucessividade lógica* – o ato antecedente como condicionante do consequente – e pela *destinação teleológica* – convergem todos os atos para atingir um fim comum, guardando, embora, cada um deles, sua autonomia na integralidade processual. Em razão dessa autonomia relativa de cada *ato processual*, possibilita-se, em tese, atacar-se separadamente qualquer deles, sem necessidade de aguardar-se a conclusão do procedimento.

O processo *administrativo*, como espécie do gênero processual, informa todos os princípios gerais genericamente pertinentes aos demais tipos processuais, tais como os da *legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público, da eficiência, da celeridade, da economia, da publicidade, do impulso e da modicidade*.

Destacadamente, dois deles – o princípio do *contraditório* e princípio da *ampla defesa* – se classificam como *garantias constitucionais* (art. 5.º, LV), sem prejuízo do *impulso administrativo*, necessário à busca e à produção de elementos informativos necessários à salvaguarda da *juridicidade*, para cujo atendimento prevalece o princípio da *oficialidade*.

Lamentavelmente, o legislador constituinte de 1988 não se apercebeu das grandes vantagens de padronizar para todo o País a parte geral do Direito Administrativo, pois homogeneizar as *normas gerais nacionais* incrementaria a *segurança jurídica dos administrados*, possibilitando-lhes um controle nacionalmente unificado, assim facilitado, célere e plenamente acessível.

De qualquer forma, já se põem, em boa hora, os *princípios constitucionais* do *contraditório*, da *ampla defesa* (CF, art. 5.º, LV), da *publicidade* (art. 37, *caput*) e da *motivação* das decisões (CF, art. 93, X) que, articulados à competência da União para legislar genericamente sobre *direito processual* (CF, art. 22, I), constituem a autorização necessária para a edição de possível *lei nacional* contendo *normas gerais de processo administrativo*.

Tais *normas gerais*, quando vierem, pois é uma questão de tempo, se situariam hierarquicamente sobre as normas processuais administrativas editadas pelas entidades da Federação no desempenho de sua competência autônoma político-administrativa (CF, art. 18), o que contribuiria, pela troca de experiências, para o aprimoramento dos controles administrativo e jurisdicional, notadamente quanto à observância dos princípios instrumentais relevantes para o gozo da plena cidadania, como acima os indicados.

Especificamente, para a União, já vigora uma normatividade básica sobre os respectivos *processos administrativos*, que é a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, simultânea e diretamente voltada à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento

dos fins da Administração, doutrinariamente inovativa em vários aspectos.

De acordo com os efeitos visados pelos processos, que estão infundidos em seu *ato final*, se pode também classificá-los, tal como os *atos administrativos*, como foi feito com os *atos administrativos*, sob o mesmo critério misto, de forma e efeitos em seis categorias:

I – Processos administrativos normativos

Destinam-se à elaboração e à edição de *comandos gerais e abstratos*, sob a forma de regulamentos, resoluções, regimentos, portarias, instruções, circulares, ordens de serviço etc.

A *processualidade*, a serviço da *juridicidade*, tem permitido o desenvolvimento de *soluções negociadas* e seguras em inúmeros casos em que abundam toda sorte de impasses decisórios por causa da diáspora multisectorial em curso na administração pública.

Como exemplos recentes, colhidos na experiência de países com sistemas similares ao brasileiro e no direito comunitário europeu, os *processos normativos* têm sido empregados para disciplinar a produção de decisões administrativas mais céleres e em condições de serem imediatamente executadas, pela estruturação de *processos compartilhados* entre interessados (*processos abertos* e *acordos substitutivos*), que versam, em geral, sobre temas complexos e relevantes, que costumam ter sua solução procrastinada burocraticamente, em detrimento do interesse público.

Do mesmo modo, processos administrativos têm servido para permitir a concertação de posições harmônicas entre vários órgãos administrativos com autonomia para decidir temas de interesse público, tanto em caráter preventivo de conflitos prejudiciais ao interesse público, como em caráter decisório final (*conferências de serviços*).

II – Processos administrativos ordinatórios

São os que se destinam à edição de *comandos concretos*, sob a forma de resoluções, instruções, circulares, ordens de serviço, avisos, portarias, ofícios, despachos etc.

III – Processos administrativos negociais

São os que, provocados pelo interessado, se destinam a apreciar o direito à produção de atos negociais ou para estimar a conveniência e a oportunidade de fazê-lo, com atuação discricionária da Administração.

IV – Processos administrativos enunciativos

São os provocados pela parte interessada na expedição de certidões e atestados; deles valendo-se, por outro lado, a Administração, para dar seguimento a Pareceres e para fazer encaminhamentos de vários tipos.

V – Processos administrativos sancionatórios ou punitivos

São aqueles em que prevalece o princípio da *oficialidade*, originando-se, em geral, de inquéritos, averiguações ou de um *auto de infração*, culminando com uma *decisão*, de natureza jurídica materialmente jurisdicional.

Por outro lado, como já se tem registrado, certas punições administrativas *não são executórias*, sendo por isso, necessário, nesses processos, que a Administração recorra ao Poder Judiciário para *integrar* a vontade estatal e aplicar a pena ao infrator.

Quanto ao *procedimento* que deva assumir o *processo sancionatório*, deverá se adequar aos efeitos visados, à *complexidade da matéria* e à *hierarquia política do órgão* processante da Administração.

VI – *Processos administrativos mistos*

São os que resultam da *composição* dos tipos simples acima examinados. Como se pode apreciar, é nesse tema que, à falta de uma codificação para o País da Parte Geral do Direito Administrativo, seria altamente desejável que se dispusesse de *normas gerais nacionais* para disciplinar os processos administrativos, à semelhança do que já ocorre, com sucesso, em outras nações, pois a *segurança jurídica* resultante beneficiaria tanto a Administração como o administrado, permitindo muito maior eficiência no controle da *juridicidade*.

Seção II **CONTRATO ADMINISTRATIVO**

36. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

36.1. Conceituação

O *contrato administrativo*, a segunda das três formas nominadas de manifestação de vontade juridicamente relevantes da Administração Pública, é uma espécie da categoria jurídica geral do *contrato*, que se contém, por sua vez, no gênero *pacto*, que se caracteriza amplamente por algum tipo de *conjugação harmônica de vontades*.

No *contrato*, figura da Teoria Geral do Direito, há uma *manifestação recíproca de vontades entre dois entes*, conformando uma relação jurídica bilateral em que os respectivos interesses das partes se compõem e instituem uma vontade comum nascida do consenso, autônoma e diferenciada das vontades individuais originais, que, a ambas subordinando, passará a reger a relação assim formada.

O *contrato administrativo*, como espécie de contrato, embora apresente os mesmos elementos deste gênero, se distingue com relação a um deles – o *interesse* – por ser qualificado pela ordem jurídica como da natureza *pública*, submetendo-o, assim, ao regime do Direito Administrativo.

Portanto, para que se caracterize um *contrato administrativo*, não será necessário que uma das partes seja a própria Administração Pública atuando por uma de suas *personificações constitucionais* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou *infraconstitucionais* (autarquias e figuras assemelhadas), bastando que seja um *ente delegado* que, nesta condição, esteja a cargo da satisfação de *interesses públicos* específicos.

Dito de outro modo, a distinção entre o contrato administrativo e o contrato privado, não é *subjetiva* – ou seja, a que apresente como *parte* da relação contratual a *entidade estatal* – mas caracteristicamente *objetiva* – ou seja, a que o *objeto* do contrato envolva um *interesse público*.

Assim, nem todo *contrato da Administração* – aquele em que ela figure como *parte* – será um *contrato administrativo*, embora em ambas as hipóteses a *contratação se sujeite a princípios e regras aplicáveis do Direito Administrativo*, uma vez que, para configurar-se um *contrato da administração*, aí sim, bastará o elemento subjetivo.

A distinção é relevante porque, embora tanto nos *contratos da Administração* (caracterizados subjetivamente) como nos *contratos administrativos* (caracterizados objetivamente) aplique-se o Direito Administrativo, *sempre que não existir interesse público envolvido na relação contratual, o objeto será civil*, e, por isso, regido pelo Direito Privado.

Por outro lado, o envolvimento do *interesse público* em relações contratuais suscita o problema dos *limites* adscritos pela ordem jurídica à Administração Pública e a seus delegatários a qualquer título, para dele disporem negocialmente, como é próprio de sua natureza jurídica bilateral. Não obstante, a submissão das partes à *vontade gerada pelo contrato* não se superpõe à *vontade da Constituição e das leis*, pois nem a Administração nem os seus delegados poderiam fazê-lo declinando do dever de promover o *interesse público*, cuja satisfação foi objeto do contrato. Na verdade, em qualquer contrato em que se disponha sobre *interesses públicos*, a sua satisfação não será objeto de negociação consensual, uma vez que se trata de uma *finalidade indisponível*, entretanto, os *meios* e os *modos* de satisfazê-lo o melhor possível serão *objetos discricionariamente disponíveis*. Importa, em razão dessa peculiaridade, esta distinção – que se expressa nos contratos administrativos – entre as cláusulas atinentes à *finalidade pública*, que são *indisponíveis*, e as cláusulas que negociem os *modos de atendimento da finalidade pública*, envolvendo interesses patrimoniais, que são *disponíveis*.

Por outro lado, como nem todos os *contratos da Administração Pública* são, necessariamente, *contratos administrativos*, uma vez que esta espécie exige, conforme o exposto, um acautelamento mais rigoroso do *interesse público*, cuja satisfação, direta ou indireta, é pretendida pela via contratual, justifica-se para ela imposição de uma disciplina mais estrita, embora, ambas as espécies constituam *contratos públicos*.

São, portanto, os *contratos administrativos*, manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.

Quanto à distinção entre o *contrato privado* e o *contrato administrativo*, não reside nem na *finalidade pública genérica*, pois nada impede que ambos possam visar a seu atendimento;

nem, tampouco, na *presença do Estado* na relação contratual, uma vez que paraestatais e entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado poderão celebrar contratos submetidos ao direito público (hoje, matéria de lei) e, por fim, muito menos decorre essa distinção do *regime* que se lhes aplica, pois será apenas uma *decorrência* de sua natureza.

Essa distinção, portanto, deve ser encontrada no *interesse público específico*, ou seja, o que se reconhece como aquele que, sendo *definido na legislação*, deverá ser imediatamente atendido pela prestação que, no contrato administrativo, incumbrá ao contratante privado. Assim, em última análise, serão sempre e unicamente a Constituição e a lei, que, ao qualificarem como de *específico interesse público* uma determinada prestação, imporão a submissão de um contrato ao regime administrativo.

Nem por isso, todavia, o regime público administrativo, que assim se imponha, se torna “*derrogatório*” do regime privado, como sustentam alguns autores, ainda fiéis à concepção, por tantos anos prevalecente, de que o Direito Civil é o único *direito comum* vigente no Estado, constituindo, os demais ramos de direito material, apenas *subsistemas de exceção*. Dá-se justamente o contrário: se o Direito Administrativo fosse um *regime derogatório*, e, por isso, excepcional, ele *privilegiaria o Estado*, enquanto que, no regime do Estado Democrático de Direito, em que se tem o *cidadão como origem e destinatário do Poder Público, a pessoa humana é a privilegiada em qualquer relação jurídica*, e, por esse motivo, o Direito Administrativo deve ser entendido como um *direito comum para as relações entre as pessoas e o Estado administrador*, ou seja: trata-se de um regime apropriado para *harmonizar os interesses individuais constitucionalmente assegurados com os interesses públicos, cujo atendimento se deferiu ao Estado*. Portanto, é este elemento diferencial – *interesses públicos afetos ao Estado* – que, por estar submetido ao Direito Administrativo, o distingue do Direito Civil – que está voltado à tutela e à salvaguarda de *interesses individuais nas relações privadas*; sem discrepar da linha da milenar distinção de Ulpiano entre os ramos público e privado centrada na *natureza do interesse*.

Assim, a Administração pode celebrar inúmeros *contratos* em que nenhuma das prestações neles ajustadas esteja dirigida a satisfazer diretamente qualquer *interesse público específico*; mas, ainda que estes contratos possam estar *formalmente sujeitos a prescrições de Direito Público*, por ser *ela parte*, somente os *contratos administrativos*, que assim se caracterizam por preverem essas prestações de *interesse público específico*, a ele estarão materialmente submetidos.

Portanto, materializando a afirmação com um exemplo: se um Município *transfere o uso* de um imóvel dominical, locando-o a um particular para que nele resida, o contrato que vier a celebrar estará submetido ao Direito Administrativo, pois a *renda gerada pela locação do imóvel é uma prestação de interesse público derivado*, que é legalmente definida como *receita pública extraordinária*, ou seja, teoricamente substitutiva do próprio uso público regular do bem. Neste caso, há um *contrato administrativo*, submetido a suas prescrições substantivas e formais, regendo-se subsidiariamente pelo Direito Privado.

Distintamente, em outro, mas simétrico exemplo, se um Município *recebe o uso* em locação de um imóvel privado para nele instalar uma repartição pública, o contrato que vier a celebrar com o particular será, ainda, subjetiva e formalmente, um *contrato da Administração*, mas não mais será, objetiva e materialmente, um *contrato administrativo*, uma vez que *nenhuma das prestações recíprocas estará endereçada à satisfação de qualquer interesse público específico definido por lei*, pois a *entrega do uso* do imóvel é apenas a *prestação privada* que incumbe ao locador particular, e o *aluguel*, a ser pago pela Administração, será, do mesmo modo, nada mais que uma *renda privada* por ele auferida. Em suma: como *contrato da Administração*, estará apenas submetido a *prescrições formais* do Direito Administrativo, regendo-se, em tudo mais, pelo Direito Privado.

36.2. Legislação

A competência para legislar sobre a contratação com a Administração Pública, o que inclui a disciplina específica do *contrato administrativo*, embora, em princípio, cada âmbito administrativo, federal, estadual, distrital federal e municipal devesse ser regido por normas de direito público, que seriam editadas pelos respectivos Poderes Legislativos autônomos, se instituiu, como exceção à autonomia administrativa desses entes da Federação, uma *normatividade geral básica constitucional* envolvendo todos os contratos por eles celebrados, submetendo-a à competência da União (CF, art. 22, XXVII).

Submetem-se, assim, *genérica e formalmente*, os *contratos* celebrados pela Administração ao estatuto nacional básico contido na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como esta mesma Lei, agora *específica e substantivamente*, regula os *contratos administrativos* celebrados nas hipóteses *nominadamente previstas*: de *obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações*, ou seja, em todos os casos em que as *prestações devidas à Administração* sejam legalmente predefinidas como de *interesse público*.

Está claro que, no exercício de suas respectivas *competências concorrentes*, as demais unidades políticas da Federação, respeitadas as normas gerais, *poderão caracterizar outras modalidades de prestação como de interesse público*, sujeitando, assim, esses outros tipos de contratos, ao regime público administrativo próprio, mas o que, obviamente está vedado às unidades da federação legislando concorrentemente, é *descaracterizar o interesse público*, tanto nas hipóteses que a Constituição já assim o considerou: as concessões e permissões (CF, art. 175, parágrafo único, I), e as obras, serviços, compra e alienações (CF, arts. 37, XXI e 173, § 1.º, III, como nas demais, que a referida lei nacional acrescentou sob a abrangência de suas normas gerais: os serviços de publicidade e as locações (possibilitadas pela dicção genérica do art. 22, XXVII, CF).

Quanto aos *consórcios e convênios*, não obstante o art. 116, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, fazer menção abrangente a *convênios, acordos, ajustes* e outros instrumentos

congêneres, por não se tratarem de *pactos* do gênero *contrato*, mas do gênero *acordo*, obviamente, não estão sujeitos às normas gerais de *contratação* que passaram à competência da União, pois elas só teriam aplicação a esses *pactos de natureza não contratual*, se fosse possível admitir-se uma *interpretação extensiva* do art. 22, XXVII, da Constituição – uma exegese incompatível com a sistemática da *partilha de competências político-administrativas* adotada, na qual, em princípio, cada entidade da Federação dispõe sobre sua própria *administração*, só se admitindo exceções explícitas à autonomia administrativa federativa – portanto, contrárias ao princípio federativo. Valem, todavia, as *regras gerais de conteúdo de direito financeiro*, baixadas pela União na referida Lei, pois que alcançarão todos esses acordos *não contratuais*, neste caso, por força da outra prescrição excepcional constitucional de competência concorrente, que é a prevista no art. 24, I, da Constituição.

Além da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, buscando flexibilizar o rigor de suas prescrições, para atender a peculiaridades de determinadas contratações e a distintas circunstâncias, a União editou a Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públcas – RDC, doravante abordado.

37. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Aos cinco elementos constitutivos do *ato administrativo*, quanto a eles suficientes em razão da *unilateralidade* que os caracteriza, devem-se acrescentar para o *contrato administrativo*, configurando sua *bilateralidade*, dois novos elementos: a *capacidade*, da parte privada que contrata com a Administração, e o *consenso*, que se produz na interação volitiva entre os contratantes, totalizando, assim, os seguintes elementos.

37.1. Competência

A competência é a expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal que a legislação atribui às entidades da Administração Pública, necessária para vinculá-las contratualmente, valendo todas as demais considerações já expendidas como elemento do ato administrativo.

37.2. Finalidade

Tanto quanto no ato administrativo, a *finalidade pública* é também essencial ao *contrato administrativo*, por estar sempre destinado a satisfazer um *interesse público específico* caracterizado explícita ou implicitamente na *legislação* e constante em cláusula obrigatória de seu instrumento.

37.3. Forma

Do mesmo modo que o ato administrativo, o *contrato administrativo* é sempre *formal*, submetendo-se a dupla regência pública quanto à sua *forma*: a geral, exigida pelo Direito Administrativo, e a específica, pelo Direito Financeiro, tendo como seu *instrumento* básico o *termo administrativo* ou a *escritura pública*. Os *termos administrativos*, lavrados em livros especiais das entidades públicas, têm a mesma fé atribuída aos assentamentos notariais.

Consideram-se também *formalidades* específicas dos contratos as *publicações* e demais *registros* exigidos em lei, como aqueles que deverão ser assentados em tribunais de contas, ofícios cartorários ou outros órgãos assemelhados.

37.4. Motivo

O *motivo* deve ser entendido como a expressão dos *fundamentos* de fato e de direito do contrato; sendo, por isso, um elemento que só apresenta relevância no que respeita à *manifestação de vontade da Administração*, pois que ficará vinculada à sua expressão formal, que é a *motivação*. No que se refere à manifestação de vontade do administrado, o motivo é irrelevante para a formação da relação contratual, salvo se *ilícito*, pois desconstituirá o contrato, ou *exigido*, devendo ser formalmente declinado.

37.5. Objeto

O contrato visa sempre à *constituição de uma relação jurídica obrigacional* – que é seu *objeto* – que gera, para as partes, recíprocos direitos prestacionais.

O *conteúdo* da obrigação assumida pela Administração será, basicamente, o de *pagar uma quantia certa* ou a de *transferir o uso de um bem público*, enquanto, para o administrado contratante, tanto poderá ser o de *dar coisa certa*, o de *fazer*, como o de *pagar quantia certa*.

A Administração poderá se obrigar a *prestações secundárias*, como as de fazer, sempre que estas concorram para a realização do objeto principal do contrato.

37.6. Capacidade

Este elemento se refere exclusivamente à *condição subjetiva da parte contratante privada* para celebrar um contrato com a Administração, sendo, em princípio, de Direito Privado, a disciplina que regulará as condições de validade da manifestação de vontade do particular.

Registre-se, porém, que apenas essas condições civis *não bastam* para habilitar os particulares a celebrar contratos com as pessoas administrativas, devendo concorrer duas outras condições administrativas subjetivas – uma *negativa* e outra *positiva* – para integrar essa específica *capacidade* para contratar com o Poder Público: a *condição negativa* – que será o *não estar impedido* por uma específica sanção de inidoneidade para contratar com a Administração; e a *condição positiva* – que consistirá em *estar habilitado* em processo de licitação pública ou procedimento análogo, ou dela eximido, como adiante se tratará.

Existe, portanto, essa especial *capacidade contratual administrativa*, acrescida à *capacidade contratual civil* dos administrados, que integra a peculiar satisfação desses requisitos subjetivos de maior extensão que os de Direito Privado, como são, por exemplo, a *idoneidade técnica e a econômica*, características que fazem do contrato administrativo um *contrato personalíssimo*, realizado *intuitu personae*, vedando-se, em consequência, em princípio, ou condicionada a prévia aquiescência, a sub-rogação subjetiva.

37.7. Consenso

Consenso é elemento essencial de todo contrato, manifestado na *anuênciamutua* em relação a suas cláusulas, especialmente pela coincidência das vontades contratantes quanto à definição (*descrição*) e à consecução (*resultado*) de seu *objeto*.

A significação finalística do consenso é a de estabilizar o ambiente negocial entre as partes; ambas as partes contratantes, *desejando a mesma alteração no mundo jurídico*: a que o ato bilateral descreve como resultado.

Importante é recordar que, conforme já exposto, a *composição de vontades* gera *uma nova categoria abstrata de vontade, resultante do contrato*. Por se tratar de uma *vontade resultante*, essa terceira categoria de vontade, que se originará do contrato, não é o mero somatório de vontades das partes contratantes, que delas possa diferir apenas *quantitativamente*, mas se apresentará, na verdade, como um *novo gênero volitivo* produzido pelo consenso das partes, que se distinguirá *qualitativamente* das vontades originárias componentes pelo fato de se *supraordinar* àquelas que a criaram.

Essa peculiaridade explica o fenômeno da *hierarquização da vontade ficta do contrato* em relação às vontades reais individuais que o constituíram, ganhando, suas cláusulas, a partir da existência do *consenso*, uma *autoridade objetiva* somente inferior à da lei, o que faz dela uma *fonte autônoma de direitos*, como sintetizado na clássica parêmia de que o contrato, ao gerar norma autônoma, “*faz lei entre as partes*”.

Essa sintética rememoração a respeito da *natureza jurídica do contrato administrativo* foi suscitada, a propósito, para retornar ao problema da *autolimitação* da Administração, enquanto parte de uma relação bilateral geradora de direitos e obrigações autônomos. Com efeito, a presença da Administração, seja direta ou indiretamente, com sua inafastável vinculação à realização do *interesse público* específico envolvido em seus contratos, evidencia que a regra geral da *autolimitação* – que a obrigaría normalmente ao forçoso e integral cumprimento de *todas* as cláusulas contratadas – *não tem aplicação absoluta ao Estado* posta na situação de contratante. Com efeito, distintamente do que ocorre no contrato privado, o Poder Público, como *não pode renunciar à sua função de satisfazer os específicos interesses públicos*, que lhe são cometidos pela Constituição e pelas leis, tampouco se pode autolimitar contratualmente no que toca ao pleno exercício da missão que a ordem jurídica lhe atribui.

Em razão dessas circunstâncias peculiares, o *tertium genus* normativo gerado pelo contrato, como acima descrito – que consiste na *vontade consensual* –, mesmo ao tornar-se supraordinada às vontades que a constituíram, ainda assim, se subordina prioritariamente à Constituição e à lei, o que vale dizer que *em tudo o que diga respeito à realização do interesse público específico posto à sua cura, o Estado não estará adstrito ao contratado*. O instrumental não poderá, no caso, preferir ao substancial, pois há uma *prelazia axiológica dos fins da ordem jurídica* – que é a guarda e a funcionalização do *interesse público* em jogo – sobre os *meios* que sejam utilizados pela Administração – que, no caso, é a escolha da via contratual.

Eis, em suma, como deve ser entendido o *consenso* no contrato administrativo: como um elemento *essencial* para sua *formação*, porém *relativo* em sua *execução*, daí resultando dois importantes institutos adiante estudados mais detalhadamente: a *instabilidade* do contrato administrativo e a *dualidade de cláusulas* contratuais.

Vale lembrar, ainda, que o *consenso* se apresentará como um elemento *defectivo* nos contratos de *empréstimo compulsório*, modalidade paratributária que, por isso, ostenta características mistas – administrativas e tributárias – tal como, por exemplo, no art. 148 da Constituição, destinado a atender a *despesas extraordinárias* provocadas por calamidade pública, guerra externa ou sua iminência e investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

38. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Além das seis características, que são as mesmas do ato administrativo – *imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade e executoriedade* – acrescem-se cinco outras, que são próprias do contrato administrativo, a saber: *bilateralidade, comutatividade, onerosidade, instabilidade e pessoalidade*.

Alguns autores referem-se, ainda, entre as características do *contrato administrativo*, à *formalidade*. Perece preferível, porém, considerá-la não como uma *característica*, mas como um *elemento*, essencial *em sua formação*, uma vez que não poderá se constituir sob pura modalidade nuncupativa.

38.1. Imperatividade

Não se tratando de ato unilateral, mas de manifestação bilateral de vontade, a *imperatividade* não atuará *na formação do contrato administrativo*; entretanto, na linha do que foi exposto relativamente ao elemento *consenso*, se ocorrer durante a vigência contratual uma *redefinição do interesse público* que o afete em alguma de suas cláusulas, neste caso, a *imperatividade*, latente, como de resto permanece em qualquer atuação do Estado, poderá eventualmente emergir para proceder-se à *alteração* ou à *extinção* do contrato; portanto,

decretadas por *ato unilateral* de vontade da Administração.

Realmente, se o *interesse público* especificamente definido assim o exigir, a *imperatividade própria do Estado* – latente na constituição do vínculo – exsurgirá em sua plenitude para ditar a sua modificação ou extinção pela *alteração* que deva incidir sobre o *objeto indisponível*, que manifesta o *específico interesse público*. Quanto ao objeto do consenso contratual, que se situa no campo do atendimento do interesse particular, não poderá ser alcançado e muito menos alterado por um ato de *imperium*, o que vale dizer que *todas as obrigações patrimoniais assumidas pela Administração seguem a vetusta regra geral dos contratos – pacta sunt servanda*.

Na verdade, no caso do contrato administrativo, o *interesse público específico* estará *concentrado nas cláusulas que estabelecem a obrigação cometida ao particular*. Isso significa, dando mais um exemplo, que a Administração não se pode valer de meios imperativos com vistas a alterar sua própria obrigação para reduzir ou extinguir o que seja devido ao contratante privado.

Assim equacionados os dois aspectos que assume a *imperatividade no contrato administrativo*, cabe considerá-la, em síntese, como uma *característica latente*, embora não necessariamente *patente* em sua formação, não obstante, apta a emergir plenamente quando de sua execução, o que se justificará em caso de uma posterior *redefinição do interesse público específico* conflitante com a definição anterior, que havia sido tomada em consideração quando da estipulação originária do *objeto* do contrato.

38.2. Existência

Esta característica, da *existência*, resulta, simplesmente, da positiva integração de todos os elementos do contrato administrativo. Uma vez *presentes*, seus elementos formadores se integram dando-lhe existência. Outramente, se os elementos forem *insuficientemente integrados*, o contrato não se conforma e não adquire *existência* no mundo jurídico.

Numa terceira hipótese, se algum dos elementos constitutivos for *deficientemente completado*, o contrato estará íntegro, embora defeituoso, pois terá sua *existência viciada*, o que se resolve ou com sua *anulação* ou, alternativamente, com sua *sanação*; em ambos os casos, sempre com a justificação do que será a melhor forma de atendimento do *interesse público específico* nele envolvido.

38.3. Validade

A Administração, apenas por ser *parte*, infunde ao contrato esta característica, como uma *presunção iuris tantum* decorrente meramente da sua existência regular, ou seja, enquanto não houver pronunciamento competente de invalidade.

Esta *presunção geral de validade*, como exposto, é compósita, pois encompassa quatro

presunções específicas que a conformam: a de *realidade*, a de *legalidade*, a de *legitimidade* e a de *licitude*.

38.4. Eficácia

O contrato administrativo, por ser presumidamente válido, é *eficaz*, ou seja, está apto a produzir os efeitos a que se destina, tornando-se *operativo*, embora eventualmente possa se apresentar *suspensível*, caso em que perde apenas sua *exequibilidade*, sem prejuízo de manter a própria eficácia até vir a ser executado ou desconstituído.

38.5. Exequibilidade

Segue-se o atributo de *exequibilidade*, que confere aos contratos administrativos a possibilidade de serem imediatamente executados, independentemente de qualquer termo ou condição, salvo se previstos na legislação ou em seus próprios instrumentos.

A *exequibilidade*, como acima registrado, poderá ser excepcionalmente *suspensa*. A Constituição admite a *suspendibilidade* de contratos administrativos tanto pelo Legislativo como pelo Judiciário.

A *sustação* da execução de contratos administrativos pode dar-se por decisão do Congresso Nacional (CF, art. 71, § 1.º), norma simetricamente extensível à atuação dos Legislativos estaduais e municipais (CF, art. 75, *caput*).

Quanto ao Judiciário, no exercício de sua onímoda tutela da legalidade, poderá *sustar* a execução de contratos administrativos no uso de seu poder cautelar, uma vez provocado em processos adequados.

Todas as demais hipóteses de *suspendibilidade* de contratos administrativos são de competência da própria Administração que os houver celebrado.

38.6. Executoriedade

Similarmente ao que se anotou quanto à característica de *imperatividade* no contrato administrativo, a *executoriedade* também é um atributo *latente* no contrato administrativo, pois que não se expressa em sua *formação* nem, tampouco, na sua *execução normal*, manifestando-se apenas em hipóteses de *execução anormal*, que ocorrerão quando a Administração deva *aplicar penalidades* ou *desfazê-lo unilateralmente*, que são ambas modalidades excepcionais da eficácia contratual.

Como a Administração não goza de disponibilidade entre atender ou deixar de atender o interesse público específico que lhe é cometido nem, tampouco, de reduzir, por ato próprio, o seu permanente dever de satisfazê-lo da melhor maneira, daí decorre que todas as formas de intervenção unilateral voltadas a preservar suas prerrogativas irrenunciáveis, como, por

exemplo, no exercício da fiscalização, na aplicação de penalidades e na alteração ou no desfazimento unilaterais do contrato, terão características executórias.

Do mesmo modo que sucede nos casos de alteração ou desfazimento unilaterais dos atos administrativos que tenham gerado direito subjetivo para o administrado, a presença deste atributo de *executoriedade* nos contratos administrativos, tampouco outorgará qualquer tipo de imunidade da Administração ao controle jurisdicional sobre seus atos interventivos unilaterais.

Assim, o administrado, que, no contrato com ela firmado, se sentir ameaçado ou ferido em seus direitos pelo que considere um exercício indevido da executoriedade, sempre poderá recorrer ao Judiciário visando ao acertamento jurídico que considerar adequado.

38.7. Bilateralidade

Não se trata da *bilateralidade na formação* da relação contratual, pois todo contrato é, por definição, ato jurídico bilateral, mas da *bilateralidade em seus efeitos*: neste sentido, o contrato administrativo diz-se *sinalgâmático*, porque cria *obrigações recíprocas* para as partes.

São, basicamente, *obrigações de prestar*, a que já se fez menção: de um lado, as da Administração – as de pagar, de garantir o uso de um bem ou a prestação de um serviço – e, de outro, as do administrado – as de dar e de fazer.

Exceções ao atributo do sinalagma são os *emprestimos públicos*, que são *contratos unilaterais* que apresentam, em acréscimo, outras características *sui generis*.

38.8. Comutatividade

Pelo contrato administrativo, assegura-se a *equivalência* das prestações recíprocas ajustadas, o que é sempre econômico-financeiramente apreciável, com termo inicial na formação do vínculo contratual.

Esta característica relacional da *comutatividade*, contida no denominado *equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, ou, em outra expressão também empregada, na sua *equação financeira*, que nele se constitui balanceando as obrigações reciprocamente assumidas, deverá vir, por isso, explícita ou implicitamente ajustada inicialmente pelas partes.

Em consequência, este *equilíbrio econômico* no valor das prestações de ambas as partes assume fundamental importância no contrato administrativo, impondo-se constitucionalmente a *garantia* de sua manutenção, quaisquer que sejam as flutuações econômico-financeiras ocorridas na execução do contrato administrativo: tanto as decorrentes da vontade da Administração, quanto as causadas por atos de terceiros ou, mesmo, decorrentes de fatos imprevisíveis, que influem na comutatividade das prestações, pois este *balanceamento prestacional* é fundamento da equidade no contrato administrativo e garantia do contratante privado.

Com efeito, além da prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente o objeto do contrato por motivos de *interesse público*, três outras causas podem interferir no normal cumprimento do contrato administrativo, podendo justificar a *alteração de suas cláusulas* e até a sua *rescisão*: (1) o *fato do princípio*, (2) o *fato da administração* e (3) o *fato imprevisto*.

Por *fato do princípio*, entende-se qualquer medida de *ordem geral que parte do Estado*, sem que vise especificamente à relação contratual, mas que produza reflexos sobre um contrato administrativo, *dificultando ou impedindo a sua execução*. Assim, ocorrendo o *desequilíbrio da equação econômico-financeira* originalmente ajustada, o contratado prejudicado tem direito à *recomposição patrimonial* do equilíbrio violado e, na impossibilidade de fazê-lo, direito à sua *rescisão* com perdas e danos em seu favor.

Por *fato da administração* entende-se toda ação ou omissão da própria Administração Pública *contratante*, que, partindo de qualquer de suas entidades ou órgãos, afete diretamente a execução do contrato administrativo, *dificultando ou impedindo a sua execução*. Como exemplo de *ação impeditiva*, uma eventual decisão administrativa que torne impossível o cumprimento do contrato e, como *omissão impeditiva*, a falta de providências que torne irrealisável o objeto do contrato, como, por exemplo, o não desapropriar a área em que o contratado privado se haja obrigado a realizar uma obra pública.

Por *fato imprevisto*, também caracterizado como *caso fortuito*, entende-se todo aquele que, sem concurso de qualquer das partes, interfira no cumprimento do contrato alterando insuportavelmente a situação dos contratantes além da álea normal, que é a *razoavelmente previsível* nas circunstâncias existentes na pactuação, notadamente nos contratos de execução diferida em longo prazo, em que há maior dificuldade de previsões, tornando impossível ou extremamente onerosa a prestação de uma das partes.

Nessas hipóteses, para a recomposição do *equilíbrio econômico-financeiro* contratual comprometido, sem rompê-lo, o administrado dispõe dos institutos do *reajustamento* e da *revisão*. O *reajustamento*, fundado no contrato e com natureza consensual, e a *revisão*, fundada na equidade, extracontratual e pretoriana, cabível sempre que ocorrerem os pressupostos aludidos.

O *reajustamento contratual* que incidirá especificamente sobre *cláusulas que exprimam prestações financeiras* sob a forma de preços ou de tarifas, é a solução para a correção de *desequilíbrios* que se situem dentro de uma razoável previsibilidade, como, por exemplo, os que decorrem da desvalorização da moeda ou do encarecimento de insumos. Assim, o *reajustamento* atinge apenas o *preço*, para reequilibrá-lo.

A *revisão contratual* incidirá sobre *quaisquer cláusulas contratuais*, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições, sempre que, um insuportável ônus acrescido para uma das partes e um correspondente enriquecimento sem causa para a outra, decorram de *eventos imprevisíveis*, que alterem os pressupostos de fato de relevância econômica existentes quando

da formação do contrato. Assim, a *revisão* pode atingir qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-la.

Em suma, o *reajustamento* atinge apenas o preço, como um dos elementos do contrato, ao passo que a revisão pode comprometer a totalidade do contratado.

38.9. Onerosidade

A *gratuidade* é estranha ao Direito Administrativo, sendo, ao revés, a onerosidade, que resulta da *reciprocidade das prestações de valor econômico*, um pressuposto da relação contratual administrativa.

Não obstante, o Estado, por óbvio, poderá ser donatário ou cessionário de bens e de direitos, desde que as liberalidades não venham gravadas com *encargos* inadmissíveis ou que, se forem apenas *onerosas*, o seu valor econômico seja sensivelmente inferior ao do bem ou direito objeto da munificência.

Do mesmo modo, a lei poderá autorizar o Estado a fazer *doação* ou *cessão graciosa* de bens e direitos de valor econômico, com ou sem encargos, em circunstâncias excepcionais e de definição estrita, hipóteses essas em que não haverá contratos administrativos, mas apenas *contratos da administração*, como já se os tem distinguido.

38.10. Instabilidade

O *objeto* do contrato se desdobra na criação de *obrigações recíprocas*, a serem satisfeitas sob forma de *prestações* cometidas às partes e perfeitamente definidas: *por parte da Administração*, consistirá no pagamento em dinheiro ou na garantia de uso ou de exploração de um bem ou serviço, e, *por parte do administrado*, será um serviço, uma entrega de coisa certa, uma atividade determinada ou, eventualmente, também um pagamento.

Ao se expor o atributo da *comutatividade*, consignou-se que a *obrigação de prestar assumida pela Administração*, seja em dinheiro ou em outro padrão de valor, a *obrigará, como se lei for*. Esta obrigação, em princípio estável, garantirá o administrado, mesmo em face de alterações imprevistas ou das que venham a ser unilateralmente impostas pela própria Administração, nos limites da lei e do direito.

Quanto à *prestaçao de interesse público*, que é aquela que incumbe ao administrado, com a realização de um serviço, fornecimento ou atividade pactuada, por ser indisponível o seu objeto, permanece, mesmo depois de fixada contratualmente, sujeita à *discrição* da Administração.

Como o Estado, insista-se neste ponto, ao administrar *interesses públicos*, não tem faculdade jurídica para renunciar ou para omitir-se no que respeita à sua função constitucional de *decidir* sobre tudo o que se refira a seus serviços e a suas obras, cabe-lhe, a qualquer tempo, agindo discricionariamente, motivado pela mudança das circunstâncias,

alterar proporcionalmente as prestações devidas pelo contratante privado e, até mesmo, extinguir o próprio contrato, o que se entende como a característica de instabilidade das cláusulas relativas ao interesse público.

Trata-se de uma prerrogativa indisponível, que poderá ser limitada pela própria legislação e disciplinada no contrato, mas, de qualquer modo, uma vez introduzida pela Administração uma modificação unilateral motivada pelo atendimento do interesse público, alterando a onerosidade da prestação de serviços ou o de fornecimentos ajustados, impõe-se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato pela recomposição do valor de sua contraprestação pecuniária.

Do mesmo modo, se a Administração houver por bem *interromper* serviço, obra, fornecimento ou garantia de uso ou de exploração contratados, mesmo no regular e motivado exercício discricionário de sua prerrogativa de imperatividade, nem por isso estará eximida de compor as perdas e danos decorrentes de sua decisão, devendo indenizar o administrado prejudicado no que perdeu e no que razoavelmente deixou de lucrar, pois os ganhos coletivos resultantes deverão ser solidariamente distribuídos por toda a sociedade, como beneficiária.

Em consequência, a doutrina costuma discriminar, no contrato administrativo, dois tipos de cláusulas: as cláusulas de interesse privado, que regem as relações econômicas do contrato e são, por isto, inalteráveis unilateralmente, e as cláusulas de interesse público, que regem as relações administrativas, de serviço, de fornecimento, de uso de bem público, ou de exploração de bem ou de serviço público e que são, por isso, alteráveis.

São, portanto, estas as cláusulas de interesse público – porque referidas a interesses indisponíveis da Administração – que tomam o nome de cláusulas regulamentares ou de leis de serviço, pela semelhança quanto à eficácia que apresentam com as normas regulamentares.

38.11. Pessoalidade

A *pessoalidade* é o atributo de concentração pessoal próprio do contrato administrativo, de modo que, uma vez determinada qual a pessoa com quem a Administração deve ou pode contratar, o vínculo constituído se torna, em princípio, exclusivo e excludente de qualquer alteração subjetiva. Diz-se, portanto, que a contratação administrativa é *intuitu personae*, ou seja, não admite cessão ou sub-rogação contratual, salvo se prevista na legislação ou em suas cláusulas e sempre nas circunstâncias estritamente consideradas.

39. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEGISLAÇÃO

A utilização do contrato administrativo já resistiu, no passado, a várias restrições políticas e doutrinárias, particularmente no que respeita à espécie concessional de

transferência de execução de serviços públicos. No Brasil, porém, tem sido tradicional, em nossas Constituições, a sua admissão ampla e preferencial, como meio de obter os bens e serviços de que o Estado necessita, sem permanente expansão de sua máquina administrativa e o decorrente agravamento das despesas de custeio.

A Constituição de 1988 manteve prestigiado esse emprego *preferencial* dos contratos administrativos, tanto ao adotar o *princípio da livre-iniciativa* (CF, art. 170, *caput*) como ao afirmar a *excepcionalidade da intervenção do Estado no domínio econômico* (CF, art. 173, *caput*), especialmente para a criação de entidades destinadas a explorar atividades econômicas (CF, art. 37, XIX).

A solução contratual, com efeito, tem se revelado a solução de maior *eficiência*, beneficiando-se o Estado das vantagens da *livre competição*, em busca das melhores condições de execução de obra, serviço, fornecimento e outras prestações, sem mencionar as evidentes vantagens decorrentes dos alívios burocrático e orçamentário que oferece, como se constitui num poderoso instrumento de fomento ao *desenvolvimento*, pelo estímulo que proporciona às empresas privadas em razão do expressivo volume das contratações públicas em seus três níveis federativos.

39.1. Generalidades

Peculiaridades constitucionais, quanto à *competência* para legislar sobre *contratação para Administração Pública*, excepcionam o *princípio da autonomia político-administrativa* das unidades da Federação (CF, art. 18, *caput*). Na verdade, trata-se de uma *dupla exceção*: uma, para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais, e outra, para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A Constituição reservou à União a competência para legislar sobre *normas gerais de contratação*, para as *administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais* dela própria, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante às respectivas obras, serviços, compras e alienações (art. 22, XXVII, c/c art. 37, XXI, CF).

Assim é que à *União* não compete mais que, em ambas as hipóteses constitucionais, na linha do instituto da *competência concorrente limitada*, de origem alemã, estabelecer uma *moldura* subprincipiológica (*a Rahmentvorschrift*), dentro da qual caberá aos Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecerem amplamente suas peculiares e respectivas legislações administrativas sobre as licitações.

É necessário atentar que a solução simplista, qual a de se considerar como *norma geral* aquela que a União diga que o é, embora aparentemente cômoda, agride o *princípio da autonomia federativa* (CF, art. 18, *caput*) e, por isso, deve ser afastada. Esta solução potestativa, além de estranha às origens do instituto constitucional de partilha de competências federativas, tolheria seu aperfeiçoamento doutrinário e jurisprudencial, podendo, até

mesmo, inibir ou excluir a atuação dos sistemas de legislação suplementar.

Em outros termos: a União *legisla especificamente*, esgotando as hipóteses, quando regula as contratações da Administração no âmbito federal, e legisla *genericamente*, sem descer a regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a não lhes invadir a reserva de competência constitucional para que regulem as respectivas contratações.

A legislação federal sobre contratações da Administração, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que contém *normas gerais* para todas as esferas federativas e *normas específicas* para a União.

A expressão constitucional, até aqui repetida, “*contratação para as administrações públicas*” (art. 22, XXVII, CF), merece, todavia, ser respigada e esclarecida. O simples cotejo com o conceito fundamental de administração pública, contido no art. 37, *caput*, da Carta Magna, está a evidenciar que *contratação de interesse público* é conceito mais extenso do que *contratação em que são partes pessoas administrativas* (art. 37, *caput*), e mais extenso ainda do que *contratos administrativos*, no sentido estrito, ou seja, aqueles nominadamente caracterizados em lei. Em todos os casos, *por existir e onde quer que se encontre o interesse público efetivamente positivado, a regra a prevalecer haverá de ser a pública*.

Nessas condições, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, trata de *contratos da administração pública*, no sentido que lhe é constitucionalmente atribuído: provendo sobre suas cláusulas necessárias (art. 55), seu regime jurídico próprio (art. 58), sua formalização (art. 60 e segs.), sua alteração (art. 65), sua execução (art. 66 e segs.) e sua inexecução e rescisão (art. 77 e segs.), sem que, contudo, em suas normas, se definida uma tipicidade fechada que restrinja novas definições de contratos típicos por parte das demais unidades da Federação.

39.2. Contratos administrativos em espécie

Ainda no exercício de sua competência para legislar sobre normas gerais de *contratação para as administrações públicas* (art. 22, XXVII, CF), a União disciplinou especificamente certos *contratos administrativos*: o de *obras*, o de *serviços* (inclusive de publicidade), o de *compra*, o de *alienação*, o de *concessão*, o de *permissão* e o de *locação* (art. 2.º da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993).

Todos os demais *contratos* celebrados entre administrados e a Administração, embora submetidos formalmente às *regras gerais* de contratação para a Administração Pública, não são *contratos administrativos*, ou seja, não dotam o Poder Público de prerrogativas (elencadas no art. 58 da Lei referida).

Como se pode observar pela indicação das hipóteses legais (art. 2.º, *caput*), os *contratos administrativos* são aqueles nos quais o *interesse público específico* a ser atingido é sempre um

interesse administrativo, casos em que fica plenamente investida a Administração Pública das prerrogativas expressas em seu regime jurídico próprio (art. 58 da Lei referida).

Finalmente, como também se pode inferir da nômina apresentada, a legislação federal tampouco esgota a categorização de contratos administrativos, não impedindo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definam, por seu turno, interesses públicos a eles específicos e os disciplinem individualizadamente instituindo novas espécies de contratos administrativos (estaduais, distritais-federais e municipais), bem como também acrescentem suas respectivas normas específicas corregulando as cinco modalidades definidas em nível nacional, desde que não reduzam o elenco dos contratos administrativos definidos pelas *normas gerais* existentes.

Excluídas as *modalidades* dos contratos de *concessão* e de *permissão*, que serão estudados detidamente no Capítulo XVI, dos Serviços Públicos, registrem-se algumas observações sobre aquelas especificamente nomeadas no art. 37, XXI, da Constituição, e reproduzidas no art. 1.º da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, elencos que se diferenciam apenas porque nesta Lei se destaca, com intenção meramente esclarecedora, a modalidade de *serviços de publicidade* (vide Lei 12.232/2011).

a) *Contrato de obras e serviços*

Modalidade de ampla utilização, possivelmente uma das que mais investimentos demanda, principalmente no ramo da engenharia, essa contratação pode ser feita segundo quatro regimes: a *empreitada por preço global*, a *empreitada por preço unitário*, a *tarefa* e a *empreitada integral* (art. 6.º, VIII, a e b, e art. 10, II, da Lei citada).

b) *Contrato de compra*

Esta espécie, de extensa utilização, se presta à aquisição de bens devidamente caracterizados, necessários às atividades da Administração, de uma só vez ou parceladamente.

Aplicam-se à modalidade o princípio setorial do prévio registro administrativo de preços praticados no mercado e o princípio setorial da padronização (arts. 14 e 15 da Lei citada).

c) *Contrato de alienação*

A alienação de *bens públicos* é forma excepcional de *gestão patrimonial* e, por isso, subordina-se à existência justificada de interesse público específico, dependendo de prévia avaliação do bem e, em regra, de licitação (art. 17 da Lei citada).

A alienação de *bens imóveis* poderá ser feita por *venda*, *dação em pagamento*, *doação* e *permute*, sendo que apenas no primeiro caso é exigível a licitação, na modalidade de concorrência (art. 17, I, da Lei citada). A norma geral federal inclui ainda a *investidura* (art. 17, I, d), o que é claramente um equívoco, uma vez que esse instituto, de Direito

Administrativo, em seu ramo Urbanístico, não tem natureza contratual, independendo da vontade do senhorio do imóvel privado ao qual compulsoriamente acede o remanescente de imóvel público.

Ficam ainda dispensadas da licitação as vendas de imóveis a outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 17, I, e) e a alienação, concessão de direito real de uso ou permissão de uso de bens construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social por órgãos ou entidades da Administração Pública especialmente criados para este fim (art. 17, I, f, com a redação dada pela Lei n.º 11.481/2007). Vale notar que o Supremo Tribunal Federal (ADIn n.º 927-RS), suspendeu a eficácia dos incisos I, c, e II, b, do § 1.º do art. 17 da Lei n.º 8.666/1993, tendo em vista o questionamento da impossibilidade de uma lei federal dispor sobre os critérios de utilização dos bens estaduais, municipais e distritais, já que tal tema se insere na autonomia das entidades federadas, devendo abranger somente a União no tocante às restrições relacionadas aos destinatários da contratação direta.

Quanto aos *bens móveis*, admitem a *venda*, precedida de licitação, salvo no caso de doação, para fins de interesse social, permuta entre órgãos da Administração, venda de ações (negociáveis em bolsa) ou de títulos, de venda de bens produzidos ou comercializados pela própria Administração Pública e de venda de materiais e de equipamentos para outras entidades administrativas, sem utilização previsível por quem deles dispõe (art. 17, II, da Lei citada).

d) Contrato de locação

O que se prevê é que a Administração *tome em locação* bens privados, móveis ou imóveis de que necessite para suas atividades, justificado o interesse público específico, como requisito de validade do contrato.

Não obstante ter sido arrolado pelo legislador federal como “contrato administrativo” (art. 1.º da Lei citada), trata-se de um *contrato da administração*, regido predominantemente por normas de direito privado, tanto quanto o são outros tipos de contratos celebrados pela Administração, como o de *seguro* e o de *financiamento*, embora mencionados no mesmo diploma (art. 62, § 3.º, I, da Lei citada).

Aplicam-se, porém, as *normas gerais* que disponham sobre Direito Financeiro (art. 55 da Lei citada), mesmo que não tenham sido explicitadas instrumentalmente as prerrogativas indisponíveis da Administração de dicção e defesa do interesse público específico a ela cometido.

Inversamente, se a Administração *transfere em locação* um bem público, o regime contratual será *público* e, na ausência de norma geral nacional sobre o instituto da *concessão de bens públicos*, seu conteúdo poderá ser objeto de disciplina pelos próprios entes políticos

titulares do domínio (art. 18 da CF).

Com efeito, se a Administração *recebe em locação* determinado bem móvel ou imóvel, nem por isso este bem se torna de *imediato interesse público*, como ocorreria, por exemplo, se fosse *declarado de utilidade pública* para fins de expropriação; o interesse público é, portanto, apenas *mediato*, pois, com sua *utilização*, a Administração passará a ter, hipoteticamente, condições de atender, então sim, de modo *imediato*, alguma finalidade específica que a lei lhe cometa. Este contrato, por não visar a um *objeto de interesse público imediato*, terá plena validade, venha ou não a ser efetivamente atendido qualquer interesse que a Administração alegadamente pudesse ter tido em mira ao celebrá-lo, salvo se tal identificação constar expressamente do contrato.

Diversamente ocorre quando a Administração *transfere em locação* um bem de seu domínio. Neste caso, a prestação do contratante privado é apenas de *imediato interesse público*, pois o aluguel será meramente uma *receita pública*. O objeto do contrato se submete ao direito público, e terá eficácia, se sua *finalidade*, a de gerar renda adequada a seu valor de uso, estiver sendo atendida, devendo ser disciplinado por lei de qualquer das esferas federativas, geralmente sob a denominação, mais apropriada, de *concessão de uso*, como se estudará mais detalhadamente no Capítulo dedicado ao *domínio público*.

39.3. Acordos

Acordos, que são pactos sem natureza contratual, como o *consórcio*, o *convênio*, o *acordo de programa* e outros do gênero, não estão abrangidos pela competência federal do art. 22, XXVII, da Constituição, de modo que cabe a cada entidade política, no desempenho de seus respectivos poderes administrativos, dispor sobre essas figuras. Nessas condições, o dispositivo do art. 116 da Lei em comento, *não é norma geral*, aplicando-se, portanto, exclusivamente à Administração Federal, e, pela mesma razão, o seu § 2.º é inconstitucional, por invadir a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para dispor sobre sua organização política e administrativa (art. 18 da CF).

39.4. Prescrições financeiras sobre contratos celebrados pela Administração

Além de *normas gerais* de licitação e de contratação administrativa, a União, em sua competência, baixa *normas gerais de Direito Financeiro*, também incidentes sobre as *contratações da Administração*; normas essas cogentes para os Estados, Municípios e Distrito Federal (Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993).

Destacam-se, entre elas, as seguintes: a que considera cláusula essencial dos contratos a indicação do *crédito à conta* do qual se fará o *empenho* da despesa prevista, com as respectivas classificações e caracterizações contábeis (art. 55, V); a que disciplina as *garantias* (art. 56); a que submete a *duração dos contratos* à vigência dos respectivos créditos orçamentários, com

as exceções que menciona (art. 57), e a que estende suas *regras financeiras* aos convênios, acordos ou ajustes atípicos celebrados pela Administração Pública (art. 116, § 1.º, IV e V).

39.5. Execução de fato

As prescrições formais, que devem ser cumpridas por serem necessárias à *legalidade* dos contratos, são, por vezes, desatendidas, embora a prestação do administrado – seja ela a entrega de um bem ou a realização de obra ou serviço – já tenha sido executada, total ou parcialmente.

Quando isso ocorre, tem-se a hipótese da *execução de fato*, sendo relevante perquirir, desde logo, sobre a *boa-fé* por parte do administrado, para constatar se esta presunção se mantém nas circunstâncias.

Todavia, em razão mesmo da presunção boa-fé, salvo prova em contrário, não poderá ser alegado ter havido malícia no procedimento do administrado pelo simples fato de manter o fornecimento de bens ou a prestação de serviços à Administração, devendo ser, portanto, *indenizado*, pois é inadmissível o enriquecimento sem causa.

39.6. Observações finais sobre os contratos administrativos

Além dos *contratos típicos* estudados, existe ainda a modalidade do *contrato de trabalho* ajustado com a Administração Pública, que está submetido à normatividade própria do Direito do Trabalho, embora com as peculiaridades introduzidas no seu regime geral, aplicadas para a *admissão de pessoal*, sempre que a Constituição e a lei não hajam reservado o *regime estatutário*.

Não obstante, para atender a necessidade temporária, de excepcional interesse público, a Constituição instituiu, também, uma modalidade contratual administrativa mais limitada: a *contratação por tempo indeterminado* (art. 37, IX, CF).

Por este contrato nominado de direito administrativo, o Poder Público recruta pessoal sob um regime de direito público, distinto tanto do *regime estatutário*, que é o reservado para certos *agentes públicos*, quanto do *regime trabalhista*, que é o obrigatório para os *empregados públicos* de qualquer natureza.

Esse terceiro regime deve ser definido por lei da entidade política que pretenda se valer do permissivo constitucional, devendo ser observadas, todavia, na edição dessas leis, as *garantias constitucionais gerais do trabalho*, estabelecidas nos incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX do art. 7.º da Constituição Federal.

Além dos contratos administrativos *nominados* referidos, a Administração poderá celebrar outros contratos, nominados ou não, sempre que pretenda obter quaisquer *prestações* que se destinem ao atendimento direto e imediato dos *interesses públicos específicos* que lhe são cometidos.

Ocorrerá, porém, *ilegalidade substancial*, se a Administração contratar, mesmo que o seja por meio de contratos nominados, em prossecução de quaisquer *interesses outros* que não aqueles que lhe compete satisfazer. Do mesmo modo, ocorrerá *ilegalidade formal*, se a Administração contratar com violação das prescrições instrumentais, temporais e financeiro-orçamentárias que deva observar.

Seção III LICITAÇÕES

40. CONCEITO DE LICITAÇÃO

A formação do vínculo contratual administrativo entre o Estado e o administrado não se estabelece livremente, ao exclusivo alvedrio dos contratantes. A *igualdade jurídica* dos administrados e o *interesse público* na obtenção das melhores condições contratuais se articulam na instituição constitucional do *princípio licitatório* (CF, art. 37, XXI).

A voz *licitação* está positivada por sinédoque, não muito esclarecedora, uma vez que *licitar* significa oferecer quantia ou lance, designando apenas a fase inicial de um *processo administrativo* que se caracteriza, em seu todo, pela *concorrência* processualizada de interessados em negociar com a Administração, de modo que melhor seria falar-se, genericamente, em *processo concorrencial*, para designar o instituto, e em *princípio da competição*, para apontar seu fundamento jurídico.

Não obstante empregam-se as expressões correntes – *licitação*, *princípio* e *processo licitatório* – para definir a série de atos administrativos coordenados destinados a selecionar a proposta de contrato mais vantajosa para a Administração Pública e os correlatos *princípio* e *processo licitatórios*.

Por conceito, portanto, a *licitação* é um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração.

É um *processo*, porque envolve uma série de atos autônomos coordenados, que visam a uma finalidade definida, que é a habilitação específica para contratar; *vinculado*, porque, uma vez iniciado, o seu procedimento não se pode afastar das regras para ele prefixadas; *destinado a selecionar*, porque tem como objeto a escolha de um determinado sujeito – o licitante – em função de um determinado objeto – a proposta; *que proponha*, porque o oferecimento não parte da Administração, como à primeira vista pareceria, mas do licitante, ao tomar conhecimento da instauração do certame; e, finalmente, *nas melhores condições*, significando não apenas o menor preço, mas, com maior amplitude, as maiores vantagens que possam ser obtidas para a Administração, tal como previamente venham a ser abstratamente definidas no instrumento convocatório.

A *habilitação específica* do administrado em licitação, é o ato condição para participar do

processo licitatório e, se vitorioso, para celebrar o correspondente *contrato administrativo*, definido como instituição constitucional (art. 37, XXI), de modo que o seu afastamento será sempre excepcional, como em casos de força maior, de prestações personalíssimas, de contratações de pequeno vulto e em outras hipóteses de definição infraconstitucional, como os de *dispensa* e de *inexigibilidade*.

A obrigatoriedade da licitação, nos casos em que seja indispensável, também obstará a *renovação* de contrato administrativo, pois impedirá a Administração de buscar no mercado melhores contratantes. Quanto à *prorrogação* contratual, será admissível se houver sido prevista no contrato inicial e constado do edital de licitação; sem o quê a prorrogação será nula, como nula, também, a renovação, se ajustadas sem novo processo concorrencial, ressalvados os casos que a *legislação* estrita e expressamente excepcionar.

41. PRINCÍPIOS SETORIAIS DA LICITAÇÃO

O instituto da licitação vai retirar seu fundamento de *princípios gerais* de marcada orientação socioeconômica, como o são os da *competição* e da *igualdade*, assim como de *princípios específicos* próprios à atuação da Administração, como os da *legalidade*, da *legitimidade*, da *publicidade* e da *moralidade* e, ainda, de *princípios setoriais*, como os da *vinculação ao instrumento convocatório*, do *julgamento objetivo* e do *sigilo*.

O princípio da *competição* sobressai como o mais importante e orienta todo o processo, uma vez que nele se fundamenta a busca de uma *desigualdade justificada dos licitantes*, o que será obtido pela *identificação final da proposta mais vantajosa, pretendida pela Administração*, tal como oferecida por um dos licitantes.

Segue-se o princípio da *igualdade*, que impõe o tratamento paritário dos administrados (art. 37, XXI, CF), de modo que os licitantes só possam ser desigualdados por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, convergentes para a identificação da proposta mais vantajosa. Ambos os princípios atuam paralelamente, mas com distintas ênfases: enquanto nas fases iniciais do processo licitatório predomina o princípio da *igualdade*, com o intuito de ampliar ao máximo o universo licitatório, nas fases finais, prevalece o princípio da *competição*, já com a intenção de reduzi-lo ao licitante que oferecer as melhores vantagens para a contratação pretendida.

Seguem-se outros quatro princípios da Administração: da *legalidade*, da *legitimidade*, da *publicidade* e da *moralidade*.

O princípio da *legalidade* exige a submissão substantiva e formal do processo licitatório às *normas legais* que o regem, contidas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, editado como *normas gerais* para todas as entidades administrativas, e em nível de *normas específicas* para as entidades administrativas da União, bem como, complementarmente, às leis

estaduais, distrital-federais e municipais, em nível de *normas específicas* para cada unidade da Federação.

O princípio da legitimidade exige a orientação de todo o processo à *finalidade pública*. A melhor solução, a ser buscada no processo licitatório, só pode ser a que se apresente, em termos claros e precisos, como a *mais vantajosa* para o atendimento do específico interesse público, que é o que deverá ser satisfeito pela melhor prestação privada que possa ser ajustada no futuro contrato, daí este princípio informar, por seu turno, o do *julgamento objetivo* do certame para lograr uma judiciosa seleção.

O princípio da publicidade, de natureza instrumental, se aplica amplamente com vistas a assegurar aos interessados, em todas as fases do processo, o pleno *conhecimento* de seu procedimento, para garantia formal da observância dos demais princípios substantivos, de modo que a *publicidade* só poderá ser limitada motivadamente, no interesse público, por aplicação, expressa e excepcionalmente prevista, do princípio setorial redutor do *sigilo*.

O princípio da moralidade, desdobrado nas espécies geminadas, *da moralidade administrativa e da probidade administrativa*, vem acrescer ao processo um forte balizamento de *licitude*, que é sempre especialmente exigido no comportamento do Poder Público, além e em acréscimo da *legalidade* estrita e da *legitimidade* finalística. Com efeito, nem todo ato, embora *praticado legalmente*, se conformará com a reta prossecução de reais *interesses públicos* (*legitimidade*), bem como observará os *padrões éticos de conduta interna que são exigíveis dos agentes políticos e administrativos* no trato dos interesses públicos submetidos a seus cuidados (*moralidade administrativa*), assim como os padrões éticos de *conduta externa que são exigíveis de todos* os que direta ou indiretamente atuem ou participem de processos licitatórios (*probidade administrativa*). Este mesmo princípio influí, ainda, na *interpretação das exceções legais às regras licitatórias*, para que, através delas, não se propicie a esconsa abertura de vias oblíquas para a *corrupção e o favorecimento ilícito*.

Por derradeiro, tem-se que os *princípios setoriais* da licitação são três: o da *vinculação ao instrumento convocatório*, o do *julgamento objetivo* e o do *sigilo*.

O princípio da *vinculação ao instrumento convocatório* exige que todo o processo licitatório se submeta integralmente às *regras que forem especificamente baixadas para regular a licitação*, apregoada sob a forma de *edital* ou de *convite*, inclusive e notadamente, as que definam os *critérios para julgamento*. Nenhuma decisão, interlocutória ou final, poderá ser tomada pela Administração se não estiver rigorosamente vinculada: à Constituição, à lei, ao regulamento e aos termos desse específico ato convocatório.

O princípio do *julgamento objetivo* exige que o ato administrativo decisório, através do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa, restrinja-se a aplicar apenas os *critérios quantitativos e qualitativos* também vinculados: na lei, no regulamento e, especificamente, no ato convocatório.

Este princípio setorial informa também a desejada *objetividade do julgamento* quanto à pessoa do licitante, vale dizer, não importará *quem* licita, mas o que se oferece, à Administração, como *vantagem*, desde que assim prevista, em tese, no instrumento convocatório.

Recorde-se que a *motivação* da decisão é constitucionalmente obrigatória (art. 93, X), o que, no caso, obriga a expressa remissão aos *critérios* a serem considerados no julgamento.

O princípio do *sigilo*, por fim, apresenta várias aplicações: informa instrumentalmente certas fases do processo licitatório, de modo a garantir sua impessoalidade e, assim, em última análise, resguarda a igualdade das partes licitantes; é fundamental na modalidade concorrencial, uma vez que o julgamento da habilitação dos licitantes deve ser feito sem o conhecimento das propostas; determina a vedação de acesso ao conteúdo das peças licitatórias apresentadas pelos concorrentes (documentação de habilitação e proposta) antes das aberturas públicas previstas no ato convocatório e poderá, ocasionalmente, ser invocado como motivo para o *afastamento da licitação*, quando sua divulgação puder comprometer a segurança do País.

42. AS LICITAÇÕES NO DIREITO POSITIVO

Tal como para os contratos da Administração, também existem *peculiaridades constitucionais* quanto à competência para legislar sobre licitações, que excepcionam o princípio da *autonomia político-administrativa* das unidades da Federação (art. 18, *caput*, CF). Na verdade, há uma *dupla* exceção: uma, com referência às administrações diretas, autárquicas e fundacionais, e outra, relativamente às empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A Constituição reservou à União a competência para legislar sobre *normas gerais de licitação* para as *administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais* – as dela própria, as dos Estados, as do Distrito Federal e as dos Municípios – como condição para *contratarem* as respectivas obras, serviços, compras e alienações (art. 22, XXVII, c/c art. 37, XXI, CF).

Também em nível de *normas gerais*, a União tem competência reservada para dispor sobre *licitação* para a *contratação de obras, serviços, compras e alienações* por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, como um dos conteúdos da lei que deverá baixar o *estatuto jurídico dessas entidades* (art. 22, XXVII, c/c art. 173, § 1º, III, CF).

Assim é que, como nota de reforço da observação já feita a respeito, do mesmo modo que, ao legislar para a *contratação pública*, à União não compete mais que estabelecer *regras gerais* aplicáveis às licitações, em ambas as hipóteses constitucionais, caberá aos Estados,

Distrito Federal e Municípios, observadas essas *normas gerais*, disporem amplamente sobre suas *peculiaridades* nas respectivas legislações administrativas específicas sobre esses institutos.

Em outros termos: a União tanto legisla *especificamente*, esgotando as hipóteses, quando regula as licitações no âmbito federal, quanto legisla *genericamente*, vedada de descer à edição de regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, para não lhes invadir as respectivas reservas de competência constitucional, para regrarem as respectivas licitações.

A legislação federal sobre licitações, bem como sobre contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é a já referida Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que contém, portanto, *normas gerais* para todas as esferas federativas e *normas específicas* para a União.

Entre os temas regrados no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que são tratados como *normas gerais*, e, portanto, de aplicação nacional, alguns se seguem destacados para estudo: as *modalidades licitatórias*, o *afastamento da licitação*, a *habilitação*, o *processo* e *julgamento*, a *inabilitação*, a *desclassificação*, a *revogação* e a *anulação*.

42.1. Modalidades licitatórias

Estão previstas seis modalidades licitatórias: a *concorrência*, a *tomada de preços*, o *convite*, o *concurso*, o *leilão* e o *pregão*.

A *concorrência* é a modalidade da licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A *tomada de preços* é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

O *convite* é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará em local apropriado cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade, que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas de apresentação das propostas.

O *concurso* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial, com

antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

O *leilão* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

O *pregão*, introduzido como sexta modalidade pela Lei n.^o 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de *bens e serviços comuns*, objetivando agilizar e desburocratizar os procedimentos licitatórios de contratos de menor monta ou de mais rápida conclusão em hipóteses específicas.

O conceito de *bens e serviços comuns* ficou indeterminado pelo legislador, cometendo à Administração defini-lo no edital convocatório de cada pregão, por meio de especificações usuais de mercado (art. 1.^º, parágrafo único).

Destaque-se que a Lei n.^o 10.520, de 17 de julho de 2002, não reiterou a exclusão do pregão dos âmbitos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tal como havia sido anteriormente regulado nas Medidas Provisórias convertidas, nos 2.026 e 2.108, que o tratavam como uma modalidade de licitação exclusiva da União. Entretanto, conforme se apontou nas edições anteriores deste *Curso*, essa pretensa reserva era flagrantemente inconstitucional, uma vez que, baixada como *norma geral*, com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição, haveria forçosamente que se estender a todas as unidades da Federação, *sem discriminação*, em respeito ao princípio federativo (arts. 1.^º e 18, CF), daí a interpretação construtiva, então sugerida, que o estendia, como devido, a todos os entes políticos do País.

O *pregão* destina-se à aquisição de bens e serviços *comuns*, qualquer que seja o valor estimado de contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Dois pontos devem ser, desde logo, observados com relação à modalidade do pregão: primeiro, o conceito de bens e serviços *comuns* e a *exclusividade* da União.

Quanto ao primeiro ponto, a lei adianta que devem ser aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1.^º, § 1.^º).

Quanto ao segundo ponto suscitado, a pretendida *exclusividade* da União para valer-se dessa modalidade licitatória, como acima se expôs, é inconstitucional, pois a competência para legislar sobre *normas gerais* de licitações, que foi estabelecida no art. 22, XXVII, da Constituição, sob nenhum aspecto autoriza a União, quando legisla sobre normas gerais, a discriminar Estados, Distrito Federal e Municípios, seja a que pretexto for, em afronta do princípio federativo, claramente definido nos arts. 1.^º e 18 da Carta Magna. A interpretação construtiva que se impôs, é a que *estende* o instituto para todas as entidades da Federação, porque, mesmo que a União estivesse legislando apenas para si própria, como lei específica,

tampouco essa sexta modalidade licitatória teria validade constitucional, pois *discreparia da norma geral* definitória das espécies admitidas no Direito brasileiro.

Observe-se finalmente, que entre as três primeiras modalidades, a determinação de qual deva ser a adotada dependerá do valor estimado na contratação.

42.2. Afastamento da licitação

As exceções ao princípio licitatório definem-se infraconstitucionalmente e são de direito estrito, não cabendo estendê-las nem interpretá-las ampliativamente. São duas: a *dispensa* e a *inexigibilidade*.

A licitação é *dispensável* quando existam razões, legalmente previstas, que recomendem ou reconheçam a *desnecessidade da competição*.

A licitação é *inexigível* quando, por quaisquer motivos, fáticos ou jurídicos, possa caracterizar-se a *inviabilidade da competição*.

Observe-se que a lei federal estabelece *limites máximos de valores contratuais* para a dispensa, de modo que as leis estaduais e municipais poderão ser ainda mais restritivas.

42.3. Habilitação

A Constituição, para garantir o primado da competição, restringe a duas as exigências possíveis de *habilitação* para licitar contratos com o Poder Público: *qualificação técnica* e *qualificação econômica* (art. 37, XXI).

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, amplia, contudo, para cinco, as exigências para a *habilitação* de interessados nos certames: *habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista*, mais uma declaração do próprio licitante de cumprimento do disposto no inciso XXXIII, art. 7º da Constituição da República, que veda a menores de dezoito anos o trabalho noturno, o perigoso ou o insalubre e a menores de dezesseis anos, qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, neste caso, a partir de quatorze anos (exigência incluída pela Lei n.º 9.854/1999) e a declaração de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (arts. 27, IV, e 29 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que tiveram a redação alterada pela Lei n.º 12.440, de 7 de julho de 2011).

A primeira delas, por suas características gerais, não vem a ser uma *condição para o contrato administrativo*, mas, na verdade, um *elemento de validade para qualquer tipo de contrato*; a segunda e a terceira têm o respaldo constitucional indicado; a quarta, porém, exorbita, inovando um condicionante *estrano à finalidade pública específica da licitação*, que é a de captar a proposta mais vantajosa. Com efeito, é indiscutível que a *regularidade fiscal* seja de interesse público geral, mas sua imposição no instituto em exame, incluída como distinto interesse público específico, a ser diretamente tutelado no processo licitatório sem nenhuma

vantagem direta relativa à satisfação do *interesse público específico* objeto da licitação – que é a busca da proposta mais vantajosa – não pode ser feita senão com previsão na Constituição e jamais legalmente acrescida como uma nova condição autônoma para licitar, ainda porque, as respectivas Fazendas Públicas interessadas têm seus apropriados meios autônomos, tanto para cobrar como para discutir eventualmente a legalidade de seus créditos, sendo certo, como argumento adicional, que a vitória no certame aumentaria a solvibilidade do licitante.

Tanto assim deve ser limitativa a interpretação, em favor do contribuinte e licitante, que a própria Constituição *contempla apenas e excepcionalmente um único impedimento de natureza fazendária*, e não à licitação, mas, em fase posterior, à contratação com o Poder Público, e ainda assim, na hipótese isolada de pessoa jurídica *em débito com o sistema da seguridade social* (art. 195, § 3.º, CF) de modo que a exceção confirma a regra.

42.4. Processo e julgamento

A sequência de atos administrativos, que deverá culminar com a *adjudicação* do objeto da licitação ao vencedor, caracteriza um *devido processo legal*, inafastável mesmo por acordo entre as partes, comportando, não obstante, variações procedimentais, como, em casos especiais, considerado o *valor estimado*, e precedido de *audiência pública* (art. 39 da Lei citada).

Destaque-se, no *processo licitatório*, a vinculação ao edital (arts. 38, I, e 41), a produção de atas e relatórios da comissão julgadora (art. 38, V), os atos de adjudicação e de homologação (art. 38, VII), o procedimento vinculado (art. 43) e, com grande importância, a rigorosa observância dos *critérios objetivos* definidos no edital ou no convite (art. 44), em relação aos quais se poderá distinguir quatro tipos de licitação: a de *menor preço*, a de *melhor técnica* e a de *técnica e preço e a de maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão do direto real de uso* (art. 45, todos da Lei citada).

42.5. Inabilitação, desclassificação, revogação e anulação

São quatro institutos com efeitos práticos muito próximos: a *inabilitação*, a *desclassificação*, a *revogação* e a *anulação*.

A *inabilitação* é o afastamento do licitante do processo licitatório em razão de insuficiência de *condições subjetivas* para licitar. Uma vez ocorrida, precluirá para o licitante o direito de participar das fases subsequentes (art. 41, § 4.º).

A *desclassificação* é o afastamento do licitante do processo licitatório em razão do *desatendimento*, em sua proposta, das exigências do ato convocatório da licitação (art. 48, I), ou por apresentar preços excessivos ou manifestamente inexequíveis (art. 48, II).

A *revogação* é o desfazimento parcial ou total do processo licitatório por *razões de interesse público decorrentes de fato superveniente* devidamente comprovado, pertinente e suficiente para

justificá-lo, expresso em ato sob *motivação* obrigatória, que vincula a Administração (art. 49 da Lei citada).

A *anulação* é o desfazimento parcial ou total do processo licitatório por *ilegalidade* de qualquer de seus atos, seja pronunciada de ofício, seja por provocação, induzindo a do contrato, se já houver sido firmado (art. 49 e seu § 2.º). No caso de contrato em vigor, a Administração estará obrigada a indenizar o contratado pelo que já houver executado até a data da declaração de nulidade e por outros prejuízos comprovados, desde que de boa-fé (art. 59, parágrafo único, da Lei citada).

42.6. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC

A Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com o objetivo de conferir maior celeridade aos procedimentos licitatórios prévios às contratações administrativas destinadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações e à Copa do Mundo de 2014, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos referidos eventos desportivos, às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (inclusão levada a efeito pela Lei n.º 12.688, de 18 de julho de 2012), aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia, no âmbito dos sistemas públicos de ensino (inclusão levada a efeito pela Lei n.º 12.722, de 3 de outubro de 2012) e às obras e serviços de engenharia, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (inclusão levada a efeito pela Lei n.º 12.745, de 19 de dezembro de 2012).

Tal sistema normativo institui um novo regime de contratação administrativa voltado ao atendimento dos princípios da *eficiência*, da *economicidade* e da *realidade*, que está em consonância com uma nova diretriz de uma Administração Pública voltada à obtenção de Resultados finalísticos, segundo a qual não se considera mais a *atividade administrativa* como fim em si, mas como um meio para o atendimento de interesses públicos primários – superando a diretriz burocrática de outrora, que orientou tanto a edição do revogado Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, como, a ainda em vigor – mas em vias de revogação – Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Note-se que tal diploma normativo consagra a denominada *Função Regulatória da Licitação*, no sentido de que tal procedimento não se presta, tão somente, a selecionar a melhor proposta para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública, mas deve servir de instrumento para o *atendimento de finalidades públicas* outras, *consagradas constitucionalmente* (v.g., a proteção ao meio ambiente, a proteção das micro e pequenas empresas, da ordem urbanística, dos deficientes físicos). Trata-se de característica vislumbrada, há muito e de forma precursora na doutrina pátria, por Marcos Juruena Villela

Souto, jurista de vanguarda, que sempre esteve à frente de seu tempo.

Tanto é verdade que o RDC prevê, por exemplo, a necessidade de o procedimento licitatório ter por finalidade a seleção de licitantes que preencham requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 14, parágrafo único, da Lei n.º 12.462, de 5 de agosto de 2011).

No que tange às regras de aquisição, o RDC prevê a possibilidade de a Administração Pública indicar a “Marca” do produto que pretende ser adquirido (art. 7.º da referida Lei); de exigir “Amostras” destes bens nas etapas de pré-qualificação e na fase de julgamentos das propostas (art. 7.º, I, da Lei) de exigir certificados de qualidade e declaração de solidariedade do fabricante (art. 7.º, III, da Lei). São exigências que não restringem a competitividade dos certames – princípio setorial nuclear das licitações –, uma vez que não serão exigidas como requisito de habilitação; servem para aferir a qualidade dos produtos adquiridos pela Administração.

O novel diploma trouxe, ainda, como relevante inovação a possibilidade de a Administração, nas licitações de obra e de serviços de engenharia, se utilizar da denominada “*contratação integrada*” (art. 9.º da Lei). Trata-se de regime de contratação, no qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em pleno funcionamento à Administração, tendo como principal peculiaridade o fato de que o licitante vencedor será o responsável pela elaboração do *projeto básico* – diferentemente, por exemplo, do regime previsto na Lei n.º 8.666/1993, no qual é a Administração a responsável pela sua elaboração.

O artigo 12, V, da Lei em comento prevê a *inversão das fases* de habilitação e julgamento das propostas, lógica procedural já prevista na Lei do Pregão, na Lei das Concessões Comuns e na Lei de Parcerias Público-Privadas, e que apresenta salutar, na medida em que a experiência tem demonstrado que é na fase de habilitação que ocorrem constantes litígios entre os licitantes. Destaque-se que esta inovação legislativa trazida pelo RDC, diferentemente da sua previsão nos demais instrumentos legislativos que o antecederam, prevê uma lógica diversa para essa inversão procedural; há, neste ato normativo, um *dever de motivação* para o administrador público, caso este pretenda adotar o sistema convencional de exame dos documentos de habilitação, antes da abertura das propostas.

Outra inovação de relevo foi a possibilidade de a Administração Contratante se utilizar de um sistema de *remuneração variável* vinculado ao desempenho do contratado (art. 10 da Lei). Por meio deste novo sistema, transformam-se os tradicionais contratos por prazo determinado e por escopo, da Lei n.º 8.666/1993, em contratos de *performance*. Não se trata de uma sanção por inexecução contratual, mas de um estímulo para que o contratado cumpra suas obrigações contratuais.

O RDC prevê, ainda, a possibilidade de a Administração Pública manter o orçamento previamente, estimado para a *contratação em sigilo* (art. 6.º, § 3.º, da Lei). Trata-se de

mecanismo que fomenta os licitantes a apresentarem propostas comerciais, com preços de mercado, além de evitar a cartelização entre os participantes, benefícios, há muito, vislumbrados por Marcos Juruena Villela Souto, e que, agora, se encontram positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Seção IV

ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO

43. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO

Ao tratar dos atos jurídicos em sentido lato, distinguiram-se dois gêneros: os *atos unilaterais* e os *atos bilaterais*, reservada, para os primeiros, a consagrada denominação de *ato jurídico*, no sentido estrito, e subdividida, a segunda categoria, em *atos contratuais* e *atos complexos*.

Essas mesmas categorias se repetem no plano do Direito Administrativo, discriminando-se *atos administrativos unilaterais* e *multilaterais*, os *pactos*, subdividindo-se, estes, por sua vez, em *contratos administrativos* e *atos administrativos complexos* (v. quadro XIII, item 30.1).

Desde logo se impõe a rememoração de advertência, já feita quando do exame da classificação segundo a *formação* dos atos administrativos: esclareceu-se, então, que o *ato conjunto* recebia de alguns autores a denominação de *ato complexo*, por entenderem que se trataria de uma subespécie de ato administrativo *subjetivamente complexo*, porque necessitaria da *conjunção de manifestações sucessivas de dois ou mais órgãos*, embora vindo a se integrar para conformar uma única vontade – com um único e mesmo efeito.

Trata-se agora de estudar sob esta denominação, não apenas um ato *subjetivamente complexo*, mas um *ato administrativo que é tanto subjetiva como objetivamente complexo*, pois que se constitui pela *manifestação de vontade de mais de uma entidade* (daí a *complexidade subjetiva*), mantendo cada uma delas suas respectivas *identidade e personalidade jurídica* e, também, *autônomas as respectivas vontades* como *coparticipantes do ato*, tantos quantos sejam, visando à produção de *efeitos cumulados* (aqui a *complexidade objetiva*), conformando um *ato coletivo*, em que *as vontades convergentes necessariamente se somam* para a satisfação de um interesse declaradamente comum.

Para obviar a dificuldade de nomenclatura, não obstante a diversidade dos fenômenos tratados, preferiu-se, quanto à modalidade *unilateral* de *complexidade apenas subjetiva*, empregar a designação de *ato administrativo conjunto*, reservando-se a apropriada denominação de *ato administrativo complexo* para a modalidade *multilateral*, aqui sob exame, que ostenta uma *complexidade duplamente subjetiva e objetiva*, como assinalado.

O *ato complexo* é um tradicional instituto da Teoria Geral do Direito, originário da doutrina alemã, no qual a sua teorização foi desenvolvida por Otto Gierke, ao precisar-lhe o

conceito (de *Gesamtakt*), vindo a aperfeiçoar-se com a posterior distinção tedesca entre o contrato (*Vertrag*) e o acordo (*Vereinbarung*). Deve-se, no entanto, aos autores italianos, a sua aplicação à fenomenologia própria do Direito Administrativo, preenchendo uma lacuna que não poderia ser adequadamente ocupada a partir de semelhanças externas e de assimilações, então geralmente feitas, ora com o *contrato administrativo*, ora com o *ato administrativo unilateral*, que, em comum, acarretam a perda do conteúdo identificador próprio ajustado a hipóteses diferenciadas daquelas com que são confundidas e que só ganham cabal explicação à luz de uma consistente teoria do *ato administrativo complexo*.

Realmente, quanto às *vontades*, enquanto no *contrato* elas se *compõem*, delas resultando uma terceira espécie de vontade (que é delas uma *resultante* e não uma *adição*), no *ato complexo*, as vontades se *acrescem uma à outra*, atuando autônoma e paralelamente.

Também quanto aos *interesses* dispostos em cada uma das duas figuras que se está estremendo, enquanto no *contrato* eles se apresentam *distintos* e *opostos*, no *ato complexo* os interesses são *obrigatoriamente comuns* e *convergentes*, daí a outra sugestiva designação, também corrente, dada a esta espécie, a de *ato-união*.

É bem verdade que o doutrinador italiano Guido Zanobini preferiu limitar o *ato complexo* às *relações controversas* da Administração, restrito às manifestações de vontade concorrentes entre entes ou até órgãos a ela pertencentes. Mas, se ao tempo, tal redução pudesse fazer sentido, parece hoje injustificável sustentá-la, em época que, bem ao contrário do que então sucedia, o Estado busca adotar soluções consensuais para compartilhar com entes da sociedade a prossecução do interesse público, alijando, ao máximo, de sua máquina burocrática, inúmeras tarefas que podem ser transferidas com maior proveito a entes da sociedade, atuando por *cooperação* ou por *colaboração*, empregando diversas modalidades de *atos-união*.

Feitas essas observações, pode-se oferecer um conceito do *ato administrativo complexo* como: o *concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto nas modalidades de cooperação como de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas*.

Poucos elementos, neste conceito, requerem explicações complementares. Nas expressões *concurso de manifestações de vontade, coordenação de vontades, de cooperação ou de colaboração*, aninha-se o cerne do instituto, que é fundamentalmente a *consensualidade*, geradora do conteúdo obrigacional que lhe é peculiar, pois tanto a *cooperação* como a *colaboração* exigem *prestações*, porém *não mais recíprocas* e com *distintos resultados* para satisfazerem a *objetos distintos* – como ocorre nos contratos – mas *prestações paralelas*, focadas para um *resultado comum*, para satisfazerem conjuntamente ao mesmo *objeto*, que lhes é *comum*.

Resta definir os *dois tipos de coordenação de vontades e de ação*, que produzem esse qualificado resultado aglutinador e sinérgico de vontades – o que torna este ato objetivamente complexo e verdadeiramente singular na fenomenologia jurídica – que são manifestados nas relações de cooperação e de colaboração.

Dá-se a *cooperação*, quando as pessoas acordantes forem todas elas *estatais ou paraestatais* e desempenhem atividades que a ordem jurídica haja cometido, pelo menos, a uma delas.

Dá-se a *colaboração*, quando as pessoas estatais se valem de atividades desempenhadas por *particulares*, como preparatórias, auxiliares, substitutivas ou complementares das que lhes foram cometidas pela ordem jurídica.

Três aspectos merecem um maior exame: o primeiro, com relação às *partes acordantes*; o segundo, com relação à instituição de uma *nova entidade*, que possa resultar do *ato-união*; e o terceiro, relativamente à *competência* para a execução da atividade que é objeto do pacto.

Quanto ao primeiro aspecto, em referência às *partes acordantes*, conformadoras da específica relação do *ato administrativo complexo*, a refutação à redução proposta por Guido Zanobini é suficiente: com efeito, para que exista um ato administrativo complexo, não é necessário senão que *uma das partes* seja a Administração Pública, pois a ela será útil que se associem, para propósitos específicos, quaisquer outras, indistintamente, *entidades administrativas*, de direito público ou privado, e *entidades particulares*. E assim é, porque a ênfase do instituto não reside apenas na *pluralidade das partes* envolvidas, mas no *objeto comum de interesse público* que as move e para a satisfação do qual, todas convergem, em mutirão, suas vontades e seus meios.

Quanto ao segundo aspecto, a possível *instituição de uma nova entidade*, dotada de personalidade jurídica própria, distinta das partes, criada através do *ato-união*, não é, de forma alguma, estranha ao direito, pois na constituição de qualquer sociedade no campo privado, as vontades das partes também se integram de modo complexo, no *pactum societatis*, também complexo, com vistas à execução do objetivo associativo que lhes é comum, por meio de uma *nova pessoa*, para tanto criada.

Finalmente, no que diz respeito ao terceiro aspecto, a *competência das partes*, a este ponto torna-se relevante examinar os *atos administrativos complexos em espécie*. Desde logo, o gênero é aberto, admitindo a inclusão de *quaisquer tipos de ajustes* com as características contidas no conceito oferecido. Há, todavia, espécies tradicionais, como o *consórcio* e o *convênio*, e espécies mais recentes, que se vão introduzindo na atividade administrativa, por oferecerem particulares vantagens de coordenação e de eficiência, como o *acordo de programa*, o *ajustamento de conduta*, a *conferência de serviços*, o *acordo substitutivo*, os *protocolos de intenção*, os *concertos de administração* e tantas outras que são recolhidas na abundante literatura jurídica dos *acordos não contratuais*.

Atualmente as mais utilizadas são, ainda, o *consórcio*, o *convênio* e o *acordo de programa*.

O *consórcio* se institui quando todas as partes se apresentam com *competência* para executar o objeto comum; o *convênio*, quando apenas uma a possui e o *acordo de programa*, quando duas ou mais pessoas, sendo uma, ao menos, pessoa administrativa, coordenam suas competências e o modo de execução de determinado objeto comum.

Da apreciação dessas três espécies, resultam duas importantes consequências: a primeira, que só pode haver *consórcio* entre pessoas administrativas, ao passo que o *convênio* e o *acordo de programa* podem vincular pessoas privadas; a segunda consequência está na possibilidade dos atos administrativos complexos não serem apenas *bilaterais*, podendo ser *multilaterais*, quando à sua formação acorrerem mais de duas entidades, tanto em regime de cooperação como de colaboração, no sentido acima exposto.

Uma específica *modalidade de acordo de programa* foi contratualizada, com a denominação de *parceria público-privada* (sigla PPP), com vistas a ser regulada pela Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu *normas gerais* para a licitação e a contratação, a serem observadas pelos entes da Federação, além de normas específicas direcionadas à União, como se examinará adiante.

44. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO

44.1. Elementos do ato administrativo complexo

Por serem os atos *administrativos complexos* e os *contratos administrativos* espécies do mesmo gênero – o *pacto* – os seus elementos são os mesmos que foram estudados no contrato administrativo: *competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade e consenso*, com as seguintes peculiaridades relativamente a estes dois últimos: se a relação for de *colaboração*, a *capacidade* será exigida da entidade de direito privado e, quanto ao *consenso*, como manifestação conjugada de vontades, se apresentará onticamente distinto na constituição do ato administrativo complexo e no contrato.

O *consenso*, no *contrato*, recorde-se, atua como forma de *composição de vontades*, que originariamente partem de visões *antagônicas*, pois objetivam *interesses distintos das partes* e só se definirá no momento em que ambas as partes contratantes, abrindo mão de interesses secundários, chegam à concordância quanto ao que lhe pareça essencial, para compor a vontade ficta emanada do contrato.

Distintamente, o *consenso*, no *ato complexo*, atua como elemento de *conjugação de vontades*, que se mantêm *paralelas e unidirecionadas*, já que visam à realização de *interesses comuns* a todas as partes. A consensualidade, neste caso, se define com a manifestação coincidente da disposição das partes de integrarem suas vontades e seus meios próprios para a obtenção de um *resultado jurídico* (e fático) que atenda ao interesse comum.

44.2. Características do ato administrativo complexo

Distinguem-se, no ato administrativo complexo, as seguintes sete características: *imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, pessoalidade* e *personalização*.

1. Imperatividade

Como necessariamente deverá ser parte uma pessoa de direito público, esta característica está latente, não se manifestando nem na formação nem na execução, mas, tão somente, na eventual alteração ou desconstituição do ato administrativo complexo.

2. Existência

Do mesmo modo que nas figuras afins do ato e do contrato administrativo, a sua *existência* decorre, normalmente, da *integração* de seus elementos constitutivos.

3. Validade

A *validade* também é decorrência regular da *conformação de todos os elementos à ordem jurídica*, comunicando-lhe, a participação do Poder Público, a *presunção de validade*, que cede ante a prova em contrário, de inveracidade, de ilegalidade, de ilegitimidade e de ilicitude (imoralidade).

4. Eficácia

Esta característica resulta simplesmente da existência válida, salvo quando for exigida uma intervenção aprobatória posterior.

No caso de um agente subordinado não ter competência para associar a entidade pública na formação de ato administrativo complexo, mesmo que a tenha para executar singularmente a obra, o serviço ou a atividade de que trata o ato complexo praticado solidariamente com outras partes, só se considera completo depois que a autoridade competente integrar a vontade pública defectiva, ressalvados, não obstante, casos em que não for possível nem razoável a dúvida e houver aparência de legalidade, os direitos das partes de boa-fé.

5. Exequibilidade

Este atributo acompanha, em regra, a eficácia, salvo se o ato administrativo complexo vier clausulado a termo ou sob condição, o que é incomum nessa espécie de ato.

6. Executoriedade

A executoriedade, decorrente da *imperatividade*, permanece, do mesmo modo que esta, *latente* no ato administrativo complexo, emergindo apenas quando o Poder Público deva desenvolver uma atuação coercitiva para *preservar os interesses indisponíveis* sob sua administração.

7. Pessoalidade

Essa é a característica de *concentração pessoal* do ato administrativo complexo, determinando a exclusividade subjetiva da relação cooperativa formada, o que a torna *intuitu personae*, não admitindo cessão ou sub-rogação das partes, salvo se previstas, na forma da lei ou de suas cláusulas, e sempre nas circunstâncias estritamente consideradas.

8. Personalização

A personalização é característica que assoma sempre que exista o interesse e a possibilidade de *instituir-se um ente novo* para executar o que se objetiva no ato administrativo complexo.

É o mesmo poder de institucionalizar uma nova pessoa jurídica, com personalidade, patrimônio, direção e propósitos específicos, de que se valem as partes no *pacto societário*, que também se manifesta no ato *administrativo complexo*, para a criação de um novo ente, destinado a realizar os objetivos nele ajustados.

45. ATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS EM ESPÉCIE

Foram mencionadas três, como espécies mais comuns de atos complexos, no direito administrativo brasileiro: o *convênio*, o *consórcio* e o *acordo de programa*. Este rol não só está doutrinariamente aberto como positivamente aberto a quaisquer entidades da Federação, no exercício de sua autonomia constitucional político-administrativa, podendo instituir outros tipos de atos administrativos complexos de cooperação e de colaboração, tais como as modalidades de vanguarda, já referidas, do *acordo substitutivo*, da *conferência de serviços* e do *protocolo de intenções*, que ainda não ingressaram vigorosamente na prática jusadministrativa brasileira, e mesmo os que já chegaram, embora importados com denominações elusivas ou inadequadas, como o *contrato de gestão*, e inexpressivas, como o *termo de parceria*.

Alguns autores mencionam, ainda, ampliativamente, como espécie destacada do *ato-união*, a *concessão de serviço público*, embora a maioria da doutrina sustente sua natureza contratual, hoje indiscutível, pois positivada constitucionalmente.

Acrescente-se, destacadamente, a este rol, a modalidade de *acordo de programa* denominada *contrato de gestão*, assim elevada ao texto da Constituição, no art. 37, § 8.º, pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

45.1. Convênio

O *convênio* é o ato administrativo complexo em que *uma entidade pública* acorda com *outra* ou com *outras entidades, públicas ou privadas*, o desempenho conjunto, por cooperação

ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira.

45.2. Consórcio

O *consórcio*, também denominado *consórcio público*, é o ato administrativo complexo em que *uma entidade pública* acorda com *outra* ou com *outras entidades públicas da mesma natureza* o desempenho conjunto, por cooperação, de uma atividade cuja competência lhes é comum.

Em vários países da Europa, notadamente nos que instituíram entidades autônomas para a administração de competência comum, os consórcios têm florescido e encontrado êxito. Infelizmente, talvez por falta de maiores incentivos, a modalidade não tem tido o desenvolvimento que mereceria no Brasil, País de administração indireta pesada, dispendiosa e hipertrofiada, e de administração direta burocratizada e atomizada, distribuída em mais de 5.500 municípios, que muito teria a ganhar com esses instrumentos da coordenação de meios.

Tampouco, as experiências até hoje desenvolvidas em nível municipal têm produzido os efeitos que seriam de se esperar, quiçá em razão da debilidade política da administração consorcial, da desconfiança dos Prefeitos e, até mesmo, por serem raramente personalizadas, com a consequente constituição de entidades autônomas fortes e isoladas dedicadas à execução apartidária de políticas locais.

Embora estudiosos, como Victor Nunes Leal, Hely Lopes Meirelles e Lucas Garcez houvessem insistentemente emprestado sua pena e sua autoridade propugnando um tratamento legislativo para desenvolver esse utilíssimo instrumento, só recentemente a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, veio dispor sobre *normas gerais* para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “*contratarem*” *consórcios públicos* para a realização de objetivos de interesse comum. Como se observa pelas aspas, para que a União baixasse *normas gerais* para esta modalidade, a dupla opção do legislador federal foi de *contratualizar* e de *personalizar o consórcio* (art. 1.º da Lei citada), ou seja, *contratualizar o pacto constitutivo e conferir-lhe obrigatoriamente personalidade jurídica própria de direito privado* (art. 1.º, § 1.º, da Lei citada).

Não obstante, as unidades da Federação *não estão obrigadas* a se consorciarem segundo essas regras, podendo, no uso de suas prerrogativas constitucionais autonômicas, instituir e pactuar os consórcios que entenderem como menos dispendiosos, menos burocratizantes se constituí, e mais convenientes a seus propósitos (art. 18 da CF).

45.3. Acordo de programa

O *acordo de programa* é o ato administrativo complexo em que duas ou mais entidades, sendo uma delas ao menos, uma *entidade administrativa pública*, acordam entre si a constituição de uma relação jurídica de mútua cooperação ou colaboração para a realização

de uma atividade de interesse de todas e sob a coordenação de uma delas.

Trata-se de um instrumento administrativo de *programação organizativa*, como todos os que se destinam a *ordenar condutas futuras* das entidades acordantes, durante certo lapso de tempo, para atingir certos resultados predefinidos de interesse comum.

Através dessa ordenação consensual, as entidades públicas dispõem sobre a melhor maneira de empregar suas respectivas competências para obter o máximo de eficiência administrativa.

O *acordo de programa* é um instituto de aplicação recente no Brasil, embora de intensa utilização em vários países europeus, previsto também em normas comunitárias, como instrumento perfeitamente adequado ao desenvolvimento de um sistema de administração multipolarizado e aberto, que favorece a administração por objetivos, com estímulo a parcerias pela cooperação e pela colaboração consensuais, transcendendo, assim, ao sistema fechado, que se funda preferente, quando não exclusivamente, no unilateralismo e na imperatividade da ação do Estado.

Sua admissibilidade no direito brasileiro se arrima no princípio maior, da autonomia dos entes políticos da Federação (arts. 1.º e 18, CF) para organizar livremente sua prestação administrativa pública, sem outros condicionantes que não os excepcionalmente expressos na própria Constituição.

Importante espécie de *acordo de programa* se institui com a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, sob a denominação de *parceria público-privada* (sigla PPP) já mencionada. Com efeito, trata-se da constituição de um *pacto* entre entidades (ou entidades) da Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por aqueles entes políticos) com um ou mais parceiros privados, escolhidos em procedimento seletivo licitatório, com a finalidade de *coordenar as ações previstas de cooperação e de colaboração das partes pactuantes*, *instituindo obrigações voltadas à consecução de um objeto comum*, que poderá ser a implantação ou a gestão de serviços e atividades de interesse público, de competência de uma ou de várias entidades da Administração Pública, o que caracteriza o pacto como um *ato administrativo complexo* (ver item 43, *supra*) e não como um *contrato*, como equivocadamente se o denominou.

Não obstante, nas hipóteses em que ficarem previstas no *acordo* a celebração de uma *concessão* ou de uma *permissão de serviços públicos*, estes pactos deverão ser obrigatoriamente firmados, em decorrência das obrigações nele assumidas, como *contratos correspondentes*; não mais, porém, com as entidades privadas pactuantes, mas com uma *entidade operadora do acordo de programa*, a ser constituída exclusivamente para este fim (*sociedade de propósito específico*) em razão da expressa determinação constitucional (art. 175, parágrafo único, I,

CF) e da previsão constante do art. 9º da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Como outras novas peculiaridades, além da constituição de *sociedade de propósito específico*, como operadora do acordo, de modo a evitar confusão com o capital e a administração do parceiro ou dos parceiros privados, está ainda previsto que tanto o financiamento como a responsabilidade pelo investimento e pela exploração do empreendimento incumbem às entidades privadas acordantes.

45.4. Contrato de gestão

O *contrato de gestão*, como se expôs, uma inadequada designação contratualizada de uma modalidade de *acordo de programa*, se caracteriza pelo pacto no qual duas ou mais partes, sendo ao menos uma a Administração Pública e sob sua coordenação, acordam entre si a constituição de uma relação jurídica de mútua *cooperação* ou de *colaboração*, mediante a *expansão legalmente admitida da autonomia gerencial de uma entidade ou órgão participante*, para programar atividades de interesse de todas as acordantes.

Como se observa, a denominação *contrato de gestão* não é exata nem feliz, pois não existem nem *prestações recíprocas* ajustadas entre as partes acordantes nem, tampouco, *interesses antagônicos* a serem compostos que possam caracterizar a instituição contratual, nem mesmo, por vezes, sequer *entes dotados de personalidade jurídica* para contratar.

Há, nitidamente, um simples *acordo de vontades concorrentes*, em que se *programam* atuações específicas e exercícios de competência legalmente *flexibilizados*, que visam ao atingimento de resultados, especificados, quando não quantificados, de *interesse comum* dos pactuantes.

Em sua expressão mais refinada, esta modalidade de acordo se dirige ao controle concomitante da atividade administrativa na busca de *resultados*, por isso mesmo, no caso, precisamente designada como *acordo de resultados*, como na Lei n.º 14.694, de 30 de julho de 2003, do Estado de Minas Gerais, possivelmente um dos melhores exemplos do ato complexo a ser seguido, a serviço de um efetivo *controle de resultados*.

Existem duas modalidades de *contrato de gestão* previstas no ordenamento jurídico brasileiro: uma, constitucional, e outra, infraconstitucional.

45.4.1. Contrato de gestão constitucional

Sujeitos

A *modalidade* de contrato de gestão instituída no art. 37, § 8º, da Constituição, prevê seu ajuste entre o Poder Público e *entidades* ou, mesmo, simples *órgãos* da administração direta e indireta, neste caso, presumindo a instituição de uma *fiction de personalidade jurídica*, dispondo-se que seja firmada, de um lado, pelo representante da pessoa jurídica de direito

público e, de outro, pelo *agente administrador* da entidade ou do órgão da administração direta ou indireta.

Objeto

O *objeto comum* do acordo consiste na programação consensual de metas de desempenho de uma entidade ou do órgão público, mediante a ampliação de sua autonomia gerencial, visando ao cumprimento de propósitos consensualmente fixados.

Cláusulas obrigatórias

Como *cláusulas obrigatórias*, dessa variedade de acordo de programação de metas de desempenho, a Constituição exige a estipulação de seu *prazo de duração*, de *controles e critérios de avaliação* do desempenho programado, de *direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes* e da *remuneração do pessoal*.

Peculiaridades

A Constituição, para efeito de desenvolver e dilatar o programa de ampliação da autonomia de gestão administrativa de órgãos públicos, mediante esse tipo de acordo consensual, estendeu-lhes, como realçado, uma *ficção jurídica de personalidade*, restrita à sua participação *como partes* nesses atos administrativos complexos, e estendeu a seus respectivos *administradores* outra ficção jurídica, a de *representação legal de órgãos*, com poderes para vinculá-los ao acordo, como se foram *partes*.

45.4.2. Contratos de gestão infraconstitucionais

Duas leis preveem *contratos de gestão*, como variedades nominadas de atos complexos de colaboração de entidades privadas com o Poder Público: são as que instituem as *organizações sociais* e as *organizações da sociedade civil de interesse público*, sendo que nestas, com a denominação, já referida, de *termos de parceria*.

45.5. Contrato de gestão de organizações sociais

Com a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, inaugurou-se um novo quadro para o *ordenamento social* e para o *fomento público social* no Brasil com o incentivo à criação de *entes intermédios* pela sociedade para desenvolverem atividades de *colaboração*. Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5.º, XVII), quaisquer entidades vocacionadas ao interesse público podem ser constituídas sem outras formalidades que as exigidas para as demais. A diferença está em que essas associações, satisfeitos os requisitos da Lei, poderão se habilitar à *qualificação de organizações sociais*, através de um *reconhecimento*, com natureza jurídica de *ato condição*, que lhes outorgará um *status* que as habilitará a ajustar *contratos de*

gestão com o Poder Público para constituir relações de colaboração para o fomento e a execução de atividades de interesse público (art. 5.º da Lei).

Esta modalidade do inadequadamente designado como “*contrato*” de gestão é instrumentada por um *acordo*, celebrado entre o Poder Público e a organização social, discriminando as obrigações assumidas, voltadas ao atingimento do interesse comum, sendo necessário especificar no instrumento de acordo o *programa que será seguido*, por proposta da organização social e sempre com a estipulação de metas a serem atingidas, de prazos de execução e de outros *critérios de desempenho*, inclusive com relação às despesas com pessoal de qualquer natureza (arts. 5.º, 6.º e 7.º da Lei citada).

Cabe às unidades federadas suplementarem, segundo seus respectivos interesses peculiares, a legislação federal sobre *organizações sociais*, embora com observância das *normas gerais* de competência privativa da União sobre licitações e matéria financeiro-orçamentárias, pois, como se trata de *organização administrativa*, submetem-se à sua própria autonomia político-administrativa (arts. 1.º e 18 da CF).

45.6. Termo de parceria de organizações da sociedade civil de interesse público

O fomento ao desenvolvimento de *entes intermédios*, aptos a colaborar com o Estado na prossecução de interesses públicos, segue com a instituição introduzida pela Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, das *organizações da sociedade civil de interesse público*. Pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativo podem pleitear a *qualificação pública* instituída pela Lei, desde que satisfaçam os requisitos nela estabelecidos, se destinem a objetivos sociais na discriminados (art. 3.º) e observem as condições estatutárias nela definidas (art. 4.º).

Obtida a *qualificação*, o que se dá por *ato vinculado* da Administração (art. 6.º, § 3.º), as entidades postulantes ficam habilitadas a ajustar *termos de parceria* com entes públicos, destinados a formar *vínculos de colaboração* (denominado inadequadamente de *cooperação* no art. 9.º da Lei), para o fomento e execução de atividades de interesse público (art. 3.º). Esses termos devem definir o *objeto*, o *programa de trabalho*, as *multas por descumprimento*, os *resultados a serem atingidos*, os *critérios objetivos de avaliação de desempenho*, a *previsão de receitas e despesas* e as *obrigações derivadas*.

45.7. Acordo substitutivo

O *acordo substitutivo*, utilíssimo instituto da administração pública consensual, é um *ato jurídico complexo* praticado entre Administração e administrado ou, mesmo, com outro ente público, neste caso, em situação assemelhada à do administrado, com o objeto de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, *primariamente exigível*, por outra, *secundariamente negociável*, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento dos interesses públicos envolvidos.

A Administração flexibiliza, desse modo, a sua *atuação imperativa* que lhe é própria e caracteriza a sua *atuação administrativa regular*, pela possibilidade de adotar uma *atuação consensual* que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, para servir-lhe de *modo especial de atuação*, sempre que for *motivadamente demonstrado* que o *interesse público primário* a seu cargo poderá ser atendido *mais eficientemente ou mais celeremente*, sem infligir prejuízo a outros interesses juridicamente protegidos que possam ser igualmente ponderados em relações conflituosas ou pré-conflituosas.

O *acordo substitutivo* tanto pode ser aplicado a uma *específica relação* questionada e, neste caso, terá *eficácia restrita* entre as partes, como pode ser aplicado a um *gênero de relações homogêneas*, caso em que o *processo administrativo* deverá ser necessariamente aberto aos interessados, para que a Administração as regule também de modo homogêneo, com *eficácia genericamente ampliada*.

Para compor essas relações, sejam elas singularmente ou coletivamente consideradas, através de acordos substitutivos, a Administração deverá exarar *decisão motivada*, em que a *ponderação de interesses* é *condição de validade do ato*, apontando-se as vantagens da solução negociada, tendo em vista, mencionadamente, os interesses envolvidos.

A *admissão da via negocial* dependerá sempre de *lei*, que tanto poderá *indicar* explicitamente o seu cabimento, bem como a forma e o procedimento a ser adotado, como poderá *deixá-los implícitos*, nesta hipótese, ao *deslegalizar* determinado setor da administração pública para submetê-lo a *regime regulatório*, caso em que essa abertura de uma ampla *competência negocial e arbitral* do órgão regulador será normal consequência da opção de atuar sob a modalidade *parjurisdicional* própria da *regulação*.

Ambas as hipóteses estão desenvolvidas na legislação brasileira, existindo tanto dispositivos que são *explicitamente autorizativos* para o emprego do instituto, como os que são *implicitamente autorizativos*, cabendo ao intérprete e aplicador, nessa segunda hipótese, estar atento à inequívoca caracterização da *abertura legal de regime regulatório*, caso em que será desnecessário que o próprio legislador haja predefinido os detalhes do cabimento, forma e o procedimento dos acordos substitutivos pactuados na competência outorgada, pois tais atribuições serão *próprias do órgão regulador*, como consequência da *deslegalização* setorial empreendida.

Esta modalidade de *ato jurídico complexo*, embora já de emprego corrente em várias legislações contemporâneas, só veio a se incorporar a nosso ordenamento a partir de 1990. De modo pioneiro, com sua admissão no Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (art. 211), e, dois meses depois, já com previsão de emprego mais dilatada, no Código de Defesa do Consumidor, pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (que inseriu os §§ 4.º, 5.º e 6.º ao art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985).

A última Lei citada – que regula a *ação civil pública* – introduziu em sua sistemática a possibilidade de um acordo administrativo, denominado de *compromisso de ajustamento de conduta* – entre os interessados e os órgãos públicos legitimados para a propositura daquela ação, em várias hipóteses, como em defesa do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência e do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5.º, § 6.º).

Hoje os exemplos se multiplicam, valendo mencionar três modalidades definidas na legislação de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011): o *compromisso de cessação* de prática sob investigação (art. 85 da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011), e o *acordo de leniência*, de que pode resultar a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução de um a dois anos da penalidade aplicável desde que o administrado colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo que dessa colaboração resulte (art. 86 da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011).

Como exemplos de *atos reguladores de caráter normativo*, instituidores de *acordos substitutivos*, destacam-se a Resolução de Diretoria Colegiada RDC/57, da Agência Nacional de Saúde – ANS, que disciplina o termo de *compromisso de ajuste de conduta* no âmbito administrativo regulatório setorial daquela autarquia, e a Resolução n.º 442/2004, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que dispõe sobre o *termo de compromisso de ajuste de conduta* nas matérias de sua competência deslegalizada, a Resolução n.º 33/2008, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre esta autarquia e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, a Resolução n.º 987/2008, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, que estabelece o procedimento de fiscalização e aplicação de sanções administrativas neste setor regulado.

Impende acrescentar que o *acordo substitutivo*, sob qualquer forma ou denominação que se apresente, não é um *contrato*, mas um *ato administrativo complexo*, como tal regido pelo Direito Administrativo, e tampouco deve ser confundido com a *transação*, também um instituto afim que privilegia a via do consenso. No *acordo substitutivo*, a Administração não dispõe substancialmente sobre *direitos públicos*, mas sobre vias formais alternativas para efetivamente satisfazer *interesses públicos*, ao passo que na *transação*, a disposição possível do objeto da transação estará substancialmente limitada aos *direitos patrimoniais de caráter privado* (art. 841 do Código Civil).

46. GENERALIDADES SOBRE A JURIDICIDADE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

A *juridicidade*, entendida como *submissão do agir ao direito*, compreende tanto a *legalidade*, tomada em sentido amplo quanto a *legitimidade* e a *licitude* (moralidade), constituindo-se na tríplice referência ética da *ordem jurídica* para a administração pública.

Assim, na atividade da Administração, a violação à norma legal tipifica a *illegalidade* (ampla); o mau uso e o abuso da *discricionariedade* caracterizam a *ilegitimidade* e a *imoralidade* administrativa configura a *ilicitude*.

46.1. Ilegalidade

No Direito Administrativo, a *illegalidade* é a desconformidade do agir com a lei e se evidencia como resultado do confronto entre os atos da Administração e os parâmetros positivados pelos corpos legislativos.

46.2. Ilegitimidade

A *ilegitimidade*, como desvio operativo de *consensos políticos* assentados, manifesta-se em regra pelo mau uso ou abuso da *discricionariedade* administrativa, pois ao atuar com esta faculdade, abre-se para o administrador a possibilidade de *integrar* com seus próprios subsídios uma *vontade incompleta* da lei.

Sua caracterização dependerá, portanto, do grau de *vinculação* que exija a lei para essa ação administrativa *integrativa*, uma vez que nos atos totalmente vinculados, em que todos seus elementos formadores, inclusive o motivo, o objeto, ou ambos, estarão integralmente previstos em lei, em geral haverá reduzido espaço decisório para dar-se um emprego ilegítimo da *discricionariedade*.

Portanto, na hipótese de *vinculação*, dá-se uma total ou quase total absorção da legitimidade na legalidade, já que não se permite à Administração acrescer, com a sua, a vontade da lei, quando da apreciação aplicativa no caso concreto.

Concentra-se, pois, maciçamente, no exercício da *discricionariedade*, tal como aberta pela lei, a hipótese em que uma ilegitimidade se poderá manifestar quando de sua *integração administrativa*, nos casos em que o motivo, o objeto ou ambos estiverem apenas *parcialmente previstos* na norma legal. Apenas nessa hipótese, em que se abre à Administração a faculdade de preencher a vontade incompleta da lei com sua própria manifestação de vontade administrativa autônoma, se *integra* aquele conteúdo residual de *legitimidade*, que o

legislador deixou indefinido.

Assim, somente quando estiver legalmente autorizada a realizar a *densificação* do conteúdo da norma legal defectiva, pela operação jurídica em que introduzirá *discretoriamente* a sua própria manifestação de vontade integrativa, com vista a aproximar a norma dos fatos, é que a Administração poderá se afastar dos balizamentos de interesse público, postos genericamente pela ordem jurídica e especificamente pela lei integrada, caracterizando-se a *ilegitimidade*.

46.3. Ilicitude

A identificação de uma *ilicitude* dar-se-á com a confrontação dos atos da Administração com os parâmetros de fidelidade aos *valores morais* que a orientam, tal como se expressam, explícita ou implicitamente, na *ordem jurídica*.

A ilicitude se caracterizará então pelo *desvio moral* imprimido à reta ação da Administração, podendo ocorrer indistintamente, tanto em hipóteses de atos vinculados como nas de atos discricionários, sempre que, em qualquer delas, o ato visar a *finalidades* divorciadas das que o agente deveria atender.

46.4. Síntese

A *ilegalidade* é a violação direta da vontade da lei, a *ilegitimidade* é a violação direta da vontade da sociedade, enquanto a *ilicitude* é a violação direta do patrimônio ético-cultural que a ambas informa.

A *vontade originária da sociedade* será sempre o fundamento de validade e o referencial comum para o Poder Público, manifestando-se em sucessivas *vontades derivadas*, emanadas dos distintos órgãos do Estado: a vontade do legislador, do administrador e do juiz, mas que se supõem todas coerentes com aquela formulação originária.

A violação da *vontade derivada positivamente expressa pelo legislador* configura a *ilegalidade estrita*. Mas, se, por sua vez, uma *vontade derivada manifestada pelo administrador* violar o âmbito legal de escolha que for aberto pela *vontade derivada manifestada pelo legislador*, o que só ocorrerá com a previsão de atuação discricionária, configura-se a *ilegitimidade*.

Ora, visto que a legalidade, na primeira hipótese, envolve e subsume a legitimidade, pois que integralmente predefinida pelo legislador em sua manifestação derivada, qualquer desconformidade detectada com as prescrições vinculativas contidas norma legal, caracterizará um defeito de *legalidade* do ato praticado pela Administração.

Já na segunda hipótese, se a legitimidade não foi *satisfatoriamente integrada* pela Administração, caracterizar-se-á um *defeito de mérito* no ato praticado.

Quanto à *ilicitude*, demanda-se uma análise mais sutil, pois, como a ação administrativa

satisfaz as prescrições normativas postas pelo legislador, inclusive observando os limites de integração discricionária, quando a tanto autorizada, será necessário perquirir se, assim mesmo, no ato legal e legítimo, aninhar-se à *imoralidade administrativa*, vício que se identifica na desconformidade entre as finalidades concretamente visadas pela ação do agente do Poder Público, com as finalidades que caracterizam a *boa administração* dos interesses da sociedade, pois que apenas esta qualificação é juridicamente admissível.

Em todas as hipóteses, embora por diferentes fundamentos e com a exigência de distintos atos derivados de controle, impõe-se o *desfazimento da relação jurídica administrativa*, segundo instrumentos e técnicas específicas do Direito Público, se alternativa não houver para sua emenda. O estudo desses instrumentos e técnicas, posto estritamente no âmbito do Direito Administrativo, é a matéria de que segue tratando o presente Capítulo, subdividido nas hipóteses de *desfazimento dos atos administrativos*, dos *contratos administrativos* e dos *atos administrativos complexos* (v. quadro XIII).

Seção I **DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO**

47. ESPÉCIES DE DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO

Há dois tipos básicos de desfazimento do ato administrativo, conforme decorra ou de *correção de defeito de legalidade* ou de *reapreciação de mérito*.

Para corrigir um *defeito de legalidade*, tanto a Administração quanto o Poder Judiciário terão competência para o desfazimento do ato viciado e, com isso, cumprir a ordem jurídica.

Diferentemente, se o problema consistir na reapreciação e na correção de um *defeito de mérito* de ato administrativo praticado, de modo que se possa lograr um melhor e legítimo atendimento do interesse público, somente a Administração – a mesma à qual a lei atribuiu a exclusiva competência para essa definição casuística no uso da discricionariedade – poderá reavaliá-lo, para retirá-lo do mundo jurídico.

São, portanto, duas distintas espécies de *desfazimento do ato administrativo*: a que atende à correção de um defeito de legalidade – a *anulação*, e a que decorre da reavaliação do mérito – a *revogação*.

48. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo, como já se expôs, para ser *eficaz*, se deve apresentar como *existente e válido*. A Teoria Geral do Direito costuma distinguir, em consequência, as respectivas categorias da *inexistência* e da *invalidade*. Como a inexistência é o não ser, nada haveria a ser anulado, reserva-se, por isso, este vocábulo, apenas para indicar o *desfazimento do ato inválido*.

Entretanto, no Direito Administrativo, em que dominam os princípios da *formalidade obrigatória e da presunção de validade*, ambos observados para a garantia dos administrados e a proteção de sua boa-fé, seria inconveniente e perigoso que um ato administrativo sobrevivesse intocado, ostentando mera *aparência* de válido, de modo que o ato *inexistente* se assimila ao ato *inválido*, impondo-se o uso dessa mesma técnica operativa para declarar-lhes a ineeficácia, que é a *anulação*.

O *efeito de legalidade* poderá se caracterizar, por isso, ora em razão de *ausência*, ora em razão de *invalidade* de qualquer *elemento essencial* do ato administrativo.

Por outro lado, se o conceito de *ausência* de elementos essenciais não oferece maior dificuldade técnica, o conceito de *invalidade* de elementos essenciais exige o claro estabelecimento de *valores paradigmais* que possam ser especificamente apontados como violados para a sua caracterização.

Assim, impõe-se a *anulação* do ato inválido, tanto quando inexistam os elementos essenciais dos atos administrativos – competência, finalidade, forma, motivo e objeto – como quando não se apresentem conforme as prescrições paradigmais definidas pela ordem jurídica.

A Constituição de 1988, ao prever, no art. 5.º, inciso LXXXIII, que institui a *ação popular*, nova hipótese de anulação judicial, de “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, ainda mais dilatou o campo do desfazimento judicial, instituindo a mais recente hipótese, de *nulidade por ilicitude*.

Com isso, não apenas para o Judiciário, mas, por compreensão, também para a Administração, foram ultrapassados os *paradigmas legais*, referidos aos tradicionais elementos do ato, estabelecendo-se novos *paradigmas éticos*, com vistas a alcançar as consequências ilícitas provocadas pelo ato praticado, em detrimento dos *valores constitucionais* acima mencionados.

Mas é mister observar que nem por isso, por depender essa nova hipótese da produção de prova factual de *lesividade*, ter-se-ia introduzido uma figura de *anulabilidade* no Direito Administrativo brasileiro, ainda porque a precariedade da subsistência de uma *nulidade relativa* não se coaduna com os princípios inafastáveis da *juridicidade integral* que se espera da ação do Estado e, particularmente, para a sustentação da *segurança jurídica*.

Com efeito, se na ação popular se houvesse pretendido inovar uma hipótese de *anulabilidade administrativa*, a sentença judicial que decidisse pela anulação teria eficácia *constitutiva* e não *declarativa*, do que resultaria manter ressalvados os efeitos pretéritos do ato lesivo (*efeito ex nunc*), deixando, com isso, de atender à *finalidade* implícita na norma constitucional que a instituiu, que é a de varrer do mundo jurídico os atos tisnados com os vícios enumerados, e, como princípio, não permitir a sobrevivência de qualquer de seus

efeitos (efeito *ex tunc*).

Portanto, embora a *moralidade administrativa* possa até envolver alguma apreciação de elemento subjetivo no comportamento do agente, a categoria de que se cogita em Direito Administrativo é aferível por padrões objetivos e é sempre a *nulidade*.

Volte-se, em prosseguimento, ao exame das hipóteses de *nulidade*, decorrentes de *vício* referidos aos cinco elementos essenciais do ato administrativo.

48.1. Nulidade por defeito de competência

A manifestação de vontade da Administração através de alguma entidade, órgão ou agente administrativo, só terá valor se houver sido aquela *prevista em tese pela legislação*, pois apenas a Constituição e lei criam e atribuem *competências* para a prática da ação administrativa pública. Destarte, a implementação de um ato administrativo sem observância da regra de *competência* poderá inquiná-lo dos seguintes vícios: *usurpação*, *abuso* ou *invasão de competência* ou, como também é ainda denominada por sinédoque, de *poderes*.

Por outro lado, eventual defeito na *capacidade civil* do agente administrativo, bem como os *vícios da vontade* que se lhe possam imputar, não têm repercussão imediata sobre a validade do ato administrativo, pois nem o agente é seu autor, nem é sua a vontade que o constitui, senão que apenas age pelo *Estado* e é deste a vontade pública manifestada que opera a constituição da relação jurídica.

48.1.1. Usurpação de competência

A *usurpação de competência* se dá quando alguém, sem título algum, regular ou irregular, desempenha uma função pública. A legislação penal tipifica esse ilícito, punindo o exercício de função pública sem que tenham sido satisfeitas as exigências legais para desempenhá-la ou se perdidas as condições preexistentes.

Costuma-se, todavia, distinguir no Direito Administrativo, em ressalva da *confiança legítima* e da *boa-fé* do administrado, a hipótese do *servidor de fato*, que exerce uma função pública sem *investidura* ou nela defeituosamente investido, mas guardando aparência de legalidade. Enquanto o *usurpador* não se preocupa em resguardar a aparência de legalidade, o *servidor de fato* é manifestamente aceito pela aparência de ter sido legalmente investido.

Relativamente ao público, adverte o administrativista francês François Gény, que versou proficientemente o tema, não interessa a disposição subjetiva do funcionário sem investidura legal, quando pratica seus atos: a *aparência de competência* é argumento bastante para precatar-se a boa-fé do administrado, daí sua preferência pela expressão *servidor aparente*.

A tradição de respeitarem-se os efeitos dos atos praticados por servidores de fato (ou aparentes), se não se provar que a incompetência do agente seria manifesta perante

terceiros, remonta à antiga Roma, em que o escravo Barbarius Phillipus, que, não obstante a condição de *servus fugitivus*, chegou a ser nomeado pretor, em razão do desconhecimento do seu verdadeiro estado – o *status libertatis* – mas, depois que o fato foi descoberto, perdeu o cargo, que não poderia ter ocupado, mas foram *mantidos os efeitos de seus atos*, em benefício da segurança jurídica.

48.1.2. Abuso de competência

O *abuso de competência* é a exorbitância do ente, do órgão ou do agente que exerce funções além do âmbito de *atribuições* que lhe é adscrito pela legislação, sem que, contudo, a sua ação invada as atribuições de qualquer outro ente, órgão ou agente.

Nesta hipótese, como na que se examina a seguir, o agente, embora *legalmente investido*, exacerba a sua atuação, além da competência legal que recebe.

48.1.3. Invasão de competência

A *invasão de competência* é também uma hipótese de abuso, assemelhada à anterior, só que se qualifica pela atuação *invasora* do campo de atribuições legais de outro ente, órgão ou agente administrativo.

48.2. Nulidade por defeito de finalidade

A atividade administrativa está condicionada à *prossecução de resultados de interesse público*, sendo a isso que Miguel Seabra Fagundes denomina de *intenção legal do ato*.

O *defeito de legalidade* que incide sobre este elemento é, pois, a traição da reta intenção legal, vício que ocorre quando o agente desvia a competência de que está investido para prosseguir outro interesse que não o público, visando a uma finalidade diferente daquela que, por estar *insita na regra de competência*, deveria ser, necessariamente, a única determinante legalmente possível de sua ação.

O *desvio de finalidade*, também denominado de *abuso de poder* ou *desvio de poder*, recebe denominações análogas em quase todos os sistemas de Direito Administrativo, como *sviamento di potere*, *détournement de pouvoir*, *abuse of discretion*, *desviación de poder* etc., todas, expressões que identificam esse mesmo instituto, de notável alcance moralizador, desenvolvido na rica jurisprudência do Conselho de Estado francês, que, na síntese de José Cretella Júnior, consiste no “afastamento do espírito da lei” – *aberratio finis legis*.

O entendimento do instituto se tornará mais nítido iluminado por pequenos exemplos clássicos da jurisprudência a seguir oferecidos.

Caso simples de *desvio de poder* ocorre na recusa da Administração em receber tributos que lhe são devidos por uma empresa concessionária, visando a impedir-lá de alienar seus

bens.

Outro exemplo interessante, citado por Seabra Fagundes, tornou-se um caso pioneiro que o grande jurista julgou no Estado do Rio Grande do Norte, quando jovem Desembargador na Corte de Justiça daquele Estado: duas empresas faziam a linha Natal – São José do Mipibu, mas o agente estadual, no uso de sua competência discricionária de fixar horários, os estabeleceu apenas para uma delas, deixando a outra empresa livre para adotar os que desejasse. O ato foi anulado pelo Tribunal de Justiça estadual porque a *finalidade*, contida na regra de competência do agente, só poderia ser a segurança do trajeto, a facilidade dos transportes ou a comodidade do passageiro e não infligir prejuízo a uma empresa em benefício de outra.

Finalmente, tomando-se um último exemplo bastante próximo do quotidiano: em se tratando de *desapropriação*, como as finalidades deste ato só poderão ser a necessidade, a utilidade pública ou o interesse social, se uma desapropriação for efetivada para atender a qualquer outro interesse, como um interesse particular, ainda que coincidente com um interesse público configurar-se-á o desvio de finalidade.

O *defeito de finalidade* também poderá ocorrer sempre que o agente, ao praticar um ato administrativo discricionário, não observe os *limites legais* do exercício da *discricionariedade*. Tais limites vinculam a Administração de modo a manter a sua atividade discricionária não apenas *orientada*, como inafastavelmente *balizada* pela *satisfação finalística do interesse público* definido em lei, como único *resultado juridicamente aceitável*, pois a inobservância desses lindes não será um problema de *incorrecta avaliação do mérito*, mas de *violação indireta da lei* e, portanto, um *defeito de finalidade* a ser corrigido.

48.3. Nulidade por defeito de forma

O *vício de forma* consiste na omissão ou na má observância do requisito essencial de exteriorização do ato previsto em lei. Há que se distinguir, por isso, a *forma essencial* da *forma complementar*.

Forma essencial é aquela exigida para a exteriorização dos elementos constitutivos do ato, conferindo *certeza* de sua existência, enquanto que a *forma complementar* se destina a cercá-lo de melhores condições de *segurança e clareza*.

Em consequência, a *forma essencial* é a *necessária* ao atingimento do objetivo do ato administrativo, ao passo que a preterição de alguma forma de natureza *complementar*, por ser *prescindível* para que o ato administrativo atinja seu objetivo, não importará em sua nulidade.

Em síntese: como uma aplicação prática do princípio da finalidade em Direito Administrativo, tem-se que, no caso de formalidade essencial, sua preterição gera *nulidade material*, e, no caso de formalidade complementar, seu afastamento consistirá em mera *irregularidade formal*.

48.4. Nulidade por defeito de motivo

Quanto ao elemento *motivo*, desde logo é preciso distinguir as hipóteses em que a Administração está estritamente vinculada aos previstos na legislação, daquelas outras, em que poderá avaliá-los e considerá-los *discricionariamente*, ou seja, decidindo sobre a integração aplicativa do ato dentro dos limites que lhe são abertos pela própria lei.

Assim, se a lei estabelece sobre quais fundamentos e em face de que circunstâncias deverá ou poderá agir o Poder Público, está-se diante de um *motivo vinculado*.

Este *motivo vinculado* será, assim, a razão necessária para agir, embora possa não ser suficiente, mas qualquer outro motivo, que não o vinculado, acarretará a *nulidade* do ato, inclusive o insuficiente, o inadequado e, com maior razão, o falso.

Por outro lado, se a lei abre à Administração a avaliação da *oportunidade* e da *conveniência* de agir, tem-se o *motivo discricionarioário*.

O *motivo discricionarioário* é apenas uma razão para agir – nem necessária e, muito menos, suficiente – mas deve ser sempre *real* e *razoável* para justificar a ação administrativa relativamente aos objetivos pretendidos. Neste sentido, também anulará o ato, embora possa se apresentar discricionarioário quanto aos motivos, uma evidente *inopportunidade* ou uma manifesta *inconveniência*, das quais possam resultar graves danos ao interesse público.

Da mesma forma, embora *discricionarioários*, os *motivos* não poderão ser *falsos*, *insuficientes* ou *inadequados*, de modo que, uma vez comprovada a existência de qualquer desses vícios, o ato administrativo também deverá ser declarado nulo.

48.5. Nulidade por defeito de objeto

Tanto quanto qualquer ato jurídico, o ato administrativo demanda um *objeto* possível e lícito.

Todavia, como já foi examinado em relação ao elemento anterior ao estudar o motivo, é preciso ter-se em linha de conta a distinção entre o *objeto vinculado* – cuja eficácia é fixada pela lei – e o *objeto discricionarioário* – cuja específica eficácia a Administração poderá eleger entre vários efeitos juridicamente possíveis – embora sempre o fazendo nos limites gizados pelo legislador.

Se a lei determina qual deva ser a *eficácia* que deva ser o *objeto* de um ato administrativo, não cabe à Administração senão produzi-la estritamente, sem qualquer alteração possível. Desse modo, qualquer *alteração qualitativa da eficácia* de um ato que tenha seu objeto vinculado, acarreta a nulidade do ato praticado. Se ocorrer, porém, uma *alteração quantitativa de eficácia*, seus *resultados efetivos* ou prováveis deverão ser considerados: se, com essa operação, houver *redução do objeto*, o ato não estará nulo, admitindo que se o corrija de modo a atender plenamente ao determinado pela lei; mas se a alteração quantitativa levar à

ampliação do objeto, o ato estará parcialmente nulo, quanto ao excesso de objeto, se for possível escoimá-lo (como sintetiza o brocardo: *utile per inutile non vitiatur*), ou totalmente nulo, em caso contrário.

Por outro lado, o *objeto discricionário*, do mesmo modo que o *motivo discricionário* importa na observância de limites, para que se o mantenha dentro do *real* e do *razoável*. Será *nulo*, assim, o ato administrativo que pretenda atingir um objeto irreal ou imoderado, mas, em ambos os casos, descompassado com o *legítimo interesse público* visado na legislação.

A *irrazoabilidade* do objeto, nesses termos, constitui uma violação da legalidade do ato, já que representa uma flagrante traição dos fins contidos explícita ou implicitamente na lei. Não se confunda, portanto, a eventual *má escolha* de um objeto discricionário, embora norteada pelo interesse público, com aquela *deliberadamente atentatória* à finalidade pública, que deve ser o norte indesviável de toda a ação administrativa.

49. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Anulação, pelo que se depreende do exposto, é o *desfazimento do ato que apresenta defeito de legalidade*.

A *anulação administrativa* se instrumenta por um *ato declarativo derivado*, pelo qual a Administração reconhece a *invalidade* de um *ato administrativo originário*.

Como a eficácia resulta da conjugação da *existência* e da *validade* dos elementos constitutivos do ato, uma vez reconhecidas, tanto a *ausência* de elementos essenciais como o *defeito* dos existentes, a Administração, de ofício ou provocada, e o Poder Judiciário, se regularmente provocado, deverão sempre *declarar-lhe a consequente ineficácia*, que poderá ser, contudo, *integral* ou *parcial*, dependendo de já ter ou não produzido certos efeitos impossíveis de serem fática ou juridicamente desconstituídos.

Por se tratar de *ato declaratório*, a anulação atuará *ex tunc*, remontando à origem do ato desfeito, abrangendo, em princípio, todos os efeitos produzidos e obstando a produção de quaisquer outros.

A ressalva acima feita, em princípio, serve para lembrar que a regra clássica, enunciada em absoluto – o que é nulo não produz efeitos (*quod nullum est ab initio non potest trahit temporis convalescere*) – pode sofrer temperamentos em Direito Administrativo diante de princípios a serem ponderados, que definam superiores interesses públicos éticos, tais como o da *segurança jurídica*, que compreende a *boa-fé* e a *confiança legítima dos administrados*, ou o da *paz social*.

Não obstante uma longa tradição de rigor, a *retroatividade* da declaração de nulidade de atos da Administração, para desvalidar todos os seus efeitos, na linha do brocardo acima mencionado, o que é nulo não se salva, tem sido *flexibilizada*, tanto pelo reconhecimento da

validade de alguma *eficácia residual* a salvo da nulidade, quanto pelo diferimento de seus efeitos anulatórios – relativização que foi plasmada, por exemplo, no art. 53, § 3.º, da Lei n.º 5.427, de 1.º de abril de 2009 (Lei de Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro). O Judiciário, em ação direta de declaração de constitucionalidade, está autorizado a restringir os efeitos da declaração ou mesmo a limitar-lhe a eficácia *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado, ou de determinada data (art. 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999).

A extensão desta faculdade às decisões anulatórias da Administração não é mais que um novo passo no processo de atualização do Direito Administrativo, *pois, com isso, dá-se aplicação a comandos constitucionais superiores*, independentemente da existência de legislação infraconstitucional autorizadora, sempre que a ressalva de eficácia de atos anulados administrativamente seja necessária para salvaguardar *direitos fundamentais*, tais como a segurança jurídica, notadamente em proteção da *boa-fé* do administrado ou de outro *relevante interesse público*.

Recorde-se que a *declaração de nulidade* caberá à Administração e, nas devidas circunstâncias, ao Judiciário. Realmente, a atividade *anulatória*, na sempre lembrada lição de Guido Zanobini, é sempre uma possibilidade aberta à própria Administração, como consequência de sua *autotutela*, podendo ser substituída pela *sanatória*, sempre que existir *motivado interesse público* em se manter a eficácia total ou parcial do ato.

No mesmo sentido, o consagrado doutrinador italiano Cino Vitta a entende, por isso, como uma *competência discricionária*, lembrando que a ordem jurídica é, por tendência, conservadora, inclinando-se a respeitar os fatos ocorridos de longa data, mesmo quando contrariando a lei.

Com mais forte razão, adite-se, os *atos inválidos* que contrariaram a lei no passado, *mas não chegaram a causar prejuízo ao interesse público*, não necessitam ser anulados.

Assim como é sua, a discrição para, em confronto com o dever de salvaguardar o interesse público e a segurança jurídica anular atos administrativos ou abster-se de fazê-lo, a Administração também a tem, para, ponderadamente, *reduzir a extensão dos efeitos anulatórios*, pela *modulação* de suas decisões, com vistas a poupar direitos adquiridos à sombra da presunção validade e evitar a insegurança ou a in tranquilidade pública que possam advir da instabilidade nas relações imperativas de subordinação entre Estado e administrado.

Essa alternativa de *ponderação* reconhecida à Administração, para anular ou deixar de anular os seus próprios atos, ou para modular a sua decisão nas circunstâncias aludidas, não infirma o princípio da legalidade, senão que o harmoniza, equilibradamente, com os da finalidade pública e da segurança jurídica, na prossecução da juridicidade em seu sentido mais amplo, ainda porque a *finalidade pública* que a lei comete à Administração não esgota o gênero, bem mais extenso, do *interesse público*.

Considerada apenas em seu conteúdo lógico-formal, a anulação será sempre o resultado de uma operação silogística, em que a premissa maior é a hipótese de nulidade prevista, explícita ou implicitamente, em abstrato, na lei, a premissa menor é o ato em concreto sob exame, e a conclusão é a final afirmação de sua inexistência ou invalidade. Em seu conteúdo material, a decisão da Administração será a anulação, se houver prejuízo para o interesse público primário, ponderando outros valores concorrentes nas demais hipóteses em que possa exercer discrição sanatória.

Dogmaticamente apreciada, a *anulação* é, como já se expôs, um ato jurídico derivado, porque pressupõe um antecedente, regido pelo Direito Público, tanto seja o produzido como manifestação de vontade unilateral da Administração (ato administrativo decisório) quanto o seja pelo Poder Judiciário (sentença ou acórdão).

Uma vez mais, agora por outro motivo que deflui do exposto, tampouco se aplica, em razão das considerações expendidas em torno do interesse público, o instituto civil da *anulabilidade*. Esta modalidade, de nulidade relativa, só tem cabimento nos ramos privados do Direito, porque atende à existência de interesses individuais disponíveis, enquanto que o ato administrativo, distintamente, refere sua validade ou invalidade em função de *interesses públicos específicos*.

Assim, por exemplo, a *incapacidade civil* do agente não repercute diretamente sobre o ato administrativo, para torná-lo anulável; será necessário que a Administração avalie, discricionariamente, a repercussão desse vício da vontade, considerando o *interesse público* envolvido, ou seja: se o ato, em razão do vício, atendeu ou não a finalidade legal para a qual foi previsto, o que vem a ser a pertinência entre o *resultado visado* e o *interesse público específico* a ela cometido.

Supondo-se, com outro exemplo de vício de vontade, que um agente público lavrasse, *sob coação moral*, um auto de infração contra um particular; por certo, a Administração poderia anulá-lo, se encontrasse defeito na sua *motivação*; mas se o fizesse, não teria considerado, na hipótese, um vício da vontade atribuível ao agente e relativamente invalidante, mas, sim, o vício do elemento *motivo* do ato administrativo, absolutamente invalidante e atribuível e ela própria, a Administração.

Há, todavia, que se considerar a hipótese em que a *provocação* do administrado prejudicado de direito seja essencial à anulação do ato ilegal. Sem ela, o ato permaneceria acobertado pela *presunção de validade*. É o caso, com um novo exemplo, da *retrocessão* nas desapropriações: a possibilidade de invalidação do ato expropriatório, que se dá quando o bem expropriado, não tendo se incorporado ao patrimônio público, houver sido *tredestinado* pela entidade beneficiária.

Ainda neste último exemplo, está-se diante de *nulidade*, tendo tanta relevância, para a provocação da declaração de invalidade, a dedução de um interesse individual do

expropriado para desfazer o ato, como o interesse difuso de qualquer cidadão em recompor o patrimônio público.

50. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO POR MOTIVOS DE MÉRITO

O *mérito* do ato administrativo, ou *mérito administrativo*, é o *conteúdo* das considerações discricionárias da Administração quanto à *oportunidade* e *conveniência* de praticá-lo, ou seja: é o *produto do exercício da discricionariedade*.

A complexidade das situações que pendem de decisão administrativa demanda que o legislador transfira ao administrador público perfazer certas *avaliações* e determinadas *escolhas*, porque, se fossem desde logo feitas pelo legislador, certamente quando de sua aplicação estariam inadequadas, inúteis ou inoportunas, quando não injustas, daí o largo emprego da *discricionariedade* na atividade administrativa pública.

Em consequência, não existirá *mérito administrativo* no ato que, essencial ou ocasionalmente, apresentar todos os seus elementos vinculados, pois as escolhas de conveniência e de oportunidade só se podem referir a um dos dois elementos, ou a ambos, cuja integração a lei delegou à Administração para fazê-lo discricionariamente: o *motivo* e o *objeto*.

O *mérito*, todavia, poderá não se esgotar em um único ato administrativo: tanto a *densificação do motivo*, que é a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza a prática do ato administrativo, quanto a do *objeto*, que é o resultado de sua eficácia a ser introduzido no mundo jurídico, quando não forem integralmente exauridos na lei, ainda assim poderão ser *densificados gradativamente* pela Administração, reduzindo em etapas a sua abstração para chegar à concreta aplicação da legislação ao fato.

Em razão do exposto, tanto no ato administrativo concreto quanto no ato administrativo normativo, sempre haverá um *resíduo de mérito* em que caberão ser reexaminadas a *oportunidade* e a *conveniência*.

Por *oportunidade*, entende-se a satisfação dos pressupostos de fato e de direito que a Administração considere necessários e suficientes para a prática de ato, voltado a atender certa *finalidade pública* estabelecida por lei específica e a ela cometida.

Por *conveniência*, entende-se o tipo e a intensidade de eficácia jurídica, que a Administração considere necessários e suficientes para a prática de ato, cujo conteúdo esteja adequado à produção de resultados, que satisfaçam à finalidade pública específica que o justifica.

Como se pode notar, em ambas as hipóteses de emprego da *discricionariedade*, o seu exercício, longe de ser livre ou arbitrário, está *inafastavelmente vinculado ao interesse público específico*, ou seja, àquele que precisa estar adequada e necessariamente contido na

finalidade do ato.

Ora, se a Administração recebe do legislador, quando este assim o decide, competência explícita para considerar este binômio – *oportunidade* e *conveniência* – e até mesmo para abster-se de praticar o ato administrativo, pois a ela o que se transmite é a decisão de *integrar a vontade da lei* diante de um interesse público específico a ser concretamente satisfeito, ela receberá também, como competência implícita, a opção de *retratar-se* e, pelas mesmas considerações de mérito, de *desfazer* um ato discricionário praticado.

Essa *competência revocatória implícita* reconhecida à Administração, de reapreciar, a qualquer tempo, o mérito de seus próprios atos discricionários, só encontrará limites nas hipóteses de *irretratabilidade*, definidas pela própria ordem jurídica.

Entre exemplos mais corriqueiros de *irretratabilidade* podem ser lembradas as situações em que possam ser afrontados *direitos adquiridos* de administrados, hoje protegidos constitucionalmente até de qualquer espécie legislativa superveniente (art. 59, I a VII, CF), ou aqueles casos em que o legislador estabeleça um *prazo decadencial* para a Administração exercer essa competência revocatória implícita.

Os atos administrativos *gerais*, em razão de seu conteúdo normativo, jamais perdem a sua condição de retratabilidade e de alterabilidade, enquanto os atos administrativos *especiais*, de conteúdo patrimonial, poderão, excepcionalmente, ser desfeitos em razão de um interesse público específico, que de outra forma restaria violado, ressalvada a plena composição dos danos causados ao patrimônio atingido, pois aí se teria uma *cassação expropriatória* de direitos.

Como se observa, deve-se distinguir a *retratação revocatória* da Administração, desfazendo o ato que discricionariamente praticara, da *retratação expropriatória*, em que a Administração desfaz um ato de conteúdo patrimonial que praticou vinculadamente ou que se estabilizou de direito, em todos os casos, sempre motivada pelo interesse público.

À *retratação revocatória* reserva-se o *nomen juris de revogação*, quando não importe em ônus para a Administração, e a *retratação desapropriatória* se denomina de *cassação*, acarretando a responsabilidade patrimonial do Estado.

Decorre, ainda, da natureza do instituto, que a *cassação*, que vier a ser praticada despida de finalidade pública ou a que tiver atingido direitos não patrimoniais inexpropriáveis, insuscetíveis de serem compostos pecuniariamente, serão atos ilegais e inválidos.

51. REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Conceituada a *revogação* como o *desfazimento discricionário de um ato administrativo*, como resultado de uma reavaliação do *mérito*, cumpre salientar que não se cogita, aqui, da

existência de qualquer defeito de legalidade: pressupõe-se que o ato esteja inteiramente conformado às prescrições da lei, inclusive quanto à observância dos limites legais ao exercício do poder discricionário. Neste sentido, a Súmula do Supremo Tribunal Federal (n.º 473), ao firmar que a Administração Pública, quando da revogação de um ato administrativo, deve respeitar os *direitos adquiridos*.

Observe-se que apenas ato cumulativamente existente, válido e discricionário poderá ser revogado. Se o ato é inexistente ou inválido, o desfazimento que se lhes aplica é a anulação. Assim, se o ato foi suficiente e validamente constituído a revogação é, simetricamente, um *ato desconstitutivo*, ou, em outros termos, um *ato constitutivo-negativo*, pelo qual a Administração competente para constituirlo – e apenas ela – retira a eficácia de um ato antecedente, exclusivamente por motivos de mérito administrativo, jamais por motivos jurídicos.

É em razão desta *competência desconstitutiva derivada*, de natureza revocatória, estar implícita na *competência constitutiva* da Administração, que o Poder Judiciário, atuando com outra e distinta fonte de competência constitucional, que é a de *controle de juridicidade*, ou de legalidade ampla (art. 5.º, XXXV, CF), não pode revogar, pois sua área de atuação se circunscreve à correção de *lesão* ou *ameaça a direito*.

Assim, a competência para a revogação do ato administrativo será, em princípio, do mesmo agente que o praticou ou, conforme a hipótese, de um superior hierárquico com competência revisora. Por se tratar de controle de *mérito*, e não de *juridicidade*, o Poder Judiciário não poderá revogar atos administrativos praticados por outro Poder. Cabe, no entanto, a revogação, pelos órgãos do Poder Judiciário, de seus próprios atos administrativos.

Ainda em consequência do *efeito desconstitutivo*, a revogação do ato opera *ex nunc*, isto é, apenas do presente para o futuro, em nada prejudicando seus efeitos pretéritos, já que estará presumidamente revestido de eficácia até o momento em que vier a ser desfeito.

Finalmente, vale recordar que a revogação de um ato administrativo que revogue, por sua vez, um ato administrativo anterior, não tem *eficácia reconstitutiva*, ou seja, não restaura o ato revogado porque este, tanto quanto o anulado, já está desfeito.

Seção II **DEFAZIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

52. TIPOS DE DEFAZIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Estudado o desfazimento do *ato administrativo* unilateral, segue-se o estudo do desfazimento dos *pactos administrativos*, bi e multilaterais, que englobam duas modalidades: o *contrato administrativo*, objeto desta Seção, e o *ato administrativo complexo*, objeto da Seção seguinte.

O *contrato administrativo*, tanto quanto o *ato administrativo*, deverá conformar-se duplamente ao Direito: à *legislação* e ao *interesse público*. Sua peculiaridade distintiva resulta da *composição de vontades* que lhe dá existência, ensejando com isso a agregação de uma terceira referência à vontade resultante do consenso – a *vontade autônoma criada e limitada pelo próprio contrato inserta em suas cláusulas* – e mais uma quarta referência – a *vontade das partes manifestada posteriormente à formação do vínculo*.

Distinguem-se, assim, *quatro referências classificatórias* de direito para o desfazimento do contrato administrativo: a *legislação*, o *interesse público*, as *cláusulas do contrato* e a *ulterior vontade das partes*, produzindo, em consequência, seis *tipos* nominados de *desfazimento de contratos administrativos*: a *anulação*, a *denúncia*, a *rescisão*, a *reversão*, o *distrato* e a *renúncia*.

Não há uniformidade, nem na doutrina nem no direito positivo, relativamente à *nomenclatura* adequada para essas categorias de *desfazimento contratual*, razão pela qual, a sistematização aqui oferecida tem apenas o sentido de criar facilidades classificatórias didáticas, visando, principalmente, à orientação do estudo quanto às características e às peculiaridades de cada tipo.

A erradicidade de critérios uniformizadores ocorre muito em razão dos legisladores descurarem, no particular, da *precisão técnica* que deveriam imprimir aos diplomas legais que tratam do desfazimento de relações contratuais administrativas, sendo muito comum tomarem as figuras de desfazimento umas pelas outras, como se encontra, *exempli gratia*, no reiterado mau uso da espécie *rescisão* como gênero, para indicar indiscriminadamente quaisquer modalidades de desfazimento, descuido que gera sempre graves e óbvios inconvenientes, mormente quando da correta redação de cláusulas contratuais a elas atinentes. Obviar inconvenientes, como esses, é o que se pretende com a classificação oferecida.

52.1. Desfazimento fundado na lei: anulação

A *anulação do contrato administrativo* é o seu desfazimento, declarando-se-o defectivo quanto a seus elementos essenciais (inexistência) ou em caso deles não se conformarem à lei (invalidade). Por se tratar de um referencial de *legalidade*, atinente aos elementos competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade especial da parte privada e ao consenso, tanto a Administração quanto o Poder Judiciário poderão decretá-la.

O ato de *anulação* aplicado pela Administração é *executório*, pois os interesses públicos envolvidos no contrato administrativo viciado não são disponíveis. No caso de *vícios da vontade* e de *incapacidade relativa civil* do contratante privado, que gerariam *anulabilidade* de Direito Privado, deverão ser ambos considerados como *nulidades* a serem expungidas, sempre que o interesse público o exigir, possibilitando o emprego da *executoriedade*. Mas na hipótese de *não haver interesse público na desconstituição por via administrativa de um contrato civilmente*

anulável, somente o Judiciário poderá decretá-la, obedecendo, neste caso, às normas de Direito Privado pertinentes, pois a *anulabilidade* é inaplicável em sede administrativa.

52.2. Desfazimento fundado no interesse público: denúncia

A *denúncia* de contrato administrativo é ato unilateral privativo da Administração, que *desconstitui* uma relação contratual com fundamento no *interesse público*.

Por referir-se a considerações de *interesse público*, a *denúncia* é *ato discricionário*, embora deva ser praticado sob rigorosa *motivação* da conveniência e da oportunidade de levar-se ou não a termo um determinado contrato, e, apenas diante dessa consideração, ter-se-á a *denúncia executória*.

Para decretar-se a *denúncia* do contrato administrativo não importa a existência de possíveis inadimplementos de normas legais ou de suas cláusulas, porque o *interesse público* que é suficientemente motivador do desfazimento não se refere ao descumprimento total ou parcial do contrato, mas a *razões metajurídicas* que suportam a *própria conveniência de manter-se a relação contratual*, daí a importância da adequada *motivação*.

Especificamente, tratando-se de contrato de contrato de concessão de serviços públicos, a *denúncia* recebe a específica denominação de *encampação*, importando no *retorno do serviço* ao Poder Concedente.

Se a *denúncia* acaso ferir algum direito subjetivo patrimonial resultante do contrato gerará direito à plena composição dos prejuízos infligidos ao contratante privado e, na hipótese da *encampação*, a indenização poderá ter natureza *expropriatória*, se bens ou ações do capital da concessionária retornarem à Administração.

Este instituto recebe, também, impropriamente, a denominação de *rescisão administrativa*, instituto cujo exato entendimento se examina a seguir.

52.3. Desfazimentos fundados nas cláusulas do contrato: rescisão e reversão

1. Rescisão

A *rescisão* é a extinção prematura do contrato administrativo motivada pelo *inadimplemento* de suas cláusulas ou de condições de execução que venham prescritas em lei ou em ato normativo a que remeta o instrumento contratual.

Em última análise, a *rescisão* decorre indiretamente da própria *legislação*, mas será através de *disposições contratuais*, adequadas e claramente convindas, que os casos de *rescisão* terão direta e apropriada previsão.

Segundo a parte que tenha incorrido em *inadimplência*, distinguem-se dois tipos, a do Poder Público e a do contratante privado, refletindo-se a distinção na *iniciativa* para sua aplicação.

Se o administrado-contratante entender que a Administração é *inadimplente*, cabe-lhe pedir a *rescisão judiciária*; no caso oposto, de *inadimplemento da parte privada*, a Administração tanto poderá valer-se da *rescisão judiciária*, como poderá impor, por ato unilateral e executório, a *rescisão administrativa*, sem prejuízo da invocação do controle judicial pela outra parte, se vier a considerar-se lesada de direito. A esta modalidade de desfazimento contratual, promovida pela Administração, denomina-se também de *caducidade*.

Ainda quanto à expressão *rescisão*, vale observar que, por vezes, pelas razões expostas, ela também vem impropriamente empregada para designar o *dissenso*, isto é, o *desfazimento do pacto por acordo mútuo*.

2. Reversão

Do mesmo modo, com fundamento nas cláusulas do contrato, dá-se a extinção *natural* da relação contratual de Direito Administrativo, seja pelo cabal adimplemento das obrigações pactuadas, seja pela expiração do prazo avençado, mas, no caso especial do contrato de concessão, este desfazimento recebe a denominação particular de *reversão*, dando-se a *integração executória* dos bens que tiverem sido vinculados ao serviço concedido ou à atividade pública ao patrimônio do contratante-concedente.

52.4. Desfazimentos fundados na ulterior vontade das partes: distrato e renúncia

1. Distrato

O *distrato* é o desfazimento do contrato administrativo pela manifestação do *dissenso resolutivo*, formalmente expresso pelas partes, independentemente de quaisquer considerações quanto à conveniência ou inconveniência e à oportunidade ou inoportunidade de levá-lo a termo. O *distrato* não necessita, em princípio, de motivação para validá-lo, desde que devolva as partes ao *estado anterior à contratação*, mas a *motivação* será imprescindível, por parte da Administração, dependendo das condições em que ocorra, para justificá-lo ante a existência de vantagem ou, pelo menos, de neutralidade, no emprego do distrato, relativamente ao *interesse público* acaso envolvido na contratação.

A extinção da relação contratual se dará mediante um novo *acordo desconstitutivo* entre as partes, resolvendo-se as obrigações assumidas, com ou sem composições recíprocas.

O termo *rescisão*, como já se indicou, também é empregado para significar o resultado do dissenso total. A figura não oferece dificuldades, de vez que as partes agirão no campo da *autonomia da vontade*.

2. Renúncia

Renúncia é manifestação de vontade unilateral do contratante-administrado visando a *liberar-se das suas obrigações*, ao mesmo tempo em que *desiste de seus correlatos direitos*.

O instituto não é uma forma autônoma de desfazimento do contrato administrativo, salvo se assim for previsto em seu instrumento, caso em que nele encontrará o seu específico fundamento jurídico, neste caso atuando como uma espécie de *denúncia*, facultada ao administrado para provocar um desfazimento unilateral. De outro modo, se não estiver prevista, a *renúncia* do administrado contratante só resultará em desfazimento *se for aceita pela Administração*, o que, em última análise, a assimila à modalidade anteriormente examinada, do *distrato*.

Se o administrado pretender *provocar* a aceitação de sua manifestação de renúncia por meio de atos ou omissões que importem em violação do contrato, tal comportamento ensejará que o Poder Público aplique em caráter punitivo o instituto da *rescisão*.

Seção III **DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO**

53. TIPOS DE DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO

O estudo acima, do desfazimento do contrato administrativo, provê o mesmo fundamento sistemático básico para o tratamento das hipóteses afins de *desfazimento do ato administrativo complexo*, como espécie, que é, do mesmo gênero: o *pacto administrativo*.

Distinguem-se, aqui também, quatro referências: à *lei*, ao *interesse público*, às *cláusulas do acordo*, e à *vontade ulterior das partes*, produzindo, por sua vez, quatro tipos de desfazimento dos atos administrativos complexos: a *anulação*, a *denúncia*, a *rescisão* e o *distrato*.

53.1. Desfazimento fundado na lei: anulação

A *anulação* do ato administrativo complexo é o seu desfazimento por *vício de legalidade*. Sua decretação pelo Poder Judiciário, sob provocação, será sempre possível. Sua aplicação pela Administração terá eficácia apenas na hipótese em que a outra parte, ou as outras partes, forem pessoas de direito privado. Se mais de uma parte for entidade de direito público, a declaração unilateral de nulidade manifestada por uma delas, que não for aceita, terá eficácia de uma *denúncia*.

Quanto à *anulabilidade*, retornando e reiterando o constante do item anterior no tocante aos contratos administrativos, não cabe à Administração substituir-se executoriamente ao Poder Judiciário para decidir casos de contencioso civil que versem sobre capacidade e vícios da vontade.

53.2. Desfazimento fundado no interesse público: denúncia

Denúncia é a forma *unilateral* de desfazimento do ato administrativo complexo. Pode dar-se em razão da manifestação de *simples interesse* de qualquer das partes em romper a relação de coordenação ou de *interesse público* em extinguí-la.

Salvo se o acordo fixar *prazo de vigência*, qualquer parte poderá denunciar livremente uma *relação de cooperação* ou de *colaboração* de que não lhe interesse mais participar, extinguindo-a, se for bilateral, embora permanecendo vigente em relação às demais partes pactuantes, em se tratando de acordo multilateral.

A regra é de que ninguém poderá ser compelido a cooperar ou a colaborar contra sua vontade (como aplicação do brocardo *nemo potest cogi ad factum*). Por óbvio, distintamente se as partes se autolimitaram, fixando um determinado *prazo de vigência* para manter a relação de coordenação avençada, descaberá a denúncia livre, ou vazia de conteúdo.

Mas, mesmo que exista *prazo de vigência* pactuado, qualquer parte acordante com personalidade de direito público, ainda assim, poderá invocar motivadamente o *interesse público* à sua cura para a desconstituição prematura da relação. A *denúncia* será então *ato discricionário* da Administração que a declarar, o que não excluirá, tampouco, sua adequada motivação.

Em qualquer das hipóteses, a *denúncia que causar prejuízo* a qualquer das partes acordantes importará no dever de indenizá-las, salvo disposição consensual que as isente.

Finalmente, a *renúncia* manifestada por qualquer das partes equipara-se a uma *denúncia*.

53.3. Desfazimento fundado nas dâusulas do ato complexo: rescisão

A *rescisão do ato administrativo complexo* é o seu desfazimento motivado pelo *descumprimento* de obrigação assumida por qualquer dos acordantes.

Se a parte inadimplente for a Administração, a rescisão deverá ser provocada pelo interessado e decretada pelo Judiciário.

Se a parte inadimplente for o administrado, a Administração aplicará de ofício a rescisão administrativa, embora deva valer-se das vias judiciais para forrar-se de eventuais prejuízos ou para cobrar multas pactuadas.

53.4. Desfazimento por ulterior vontade das partes: distrato

O *distrato do ato administrativo complexo*, também denominado de *rescisão consensual*, é a expressão formal do *dissenso desconstitutivo* das respectivas partes. Não oferece problemas técnicos, uma vez que todas as partes se ponham de acordo.

Na hipótese de remanescerem partes interessadas em manter o vínculo de coordenação acordado multilateralmente, o distrato não as alcançará, salvo disposição pré-acordada em contrário.

A *denúncia*, como tipo de desfazimento fundado na vontade eficaz das partes, manifestada posteriormente à constituição do vínculo complexo, já foi acima examinada sob este mesmo título.

53.5. Peculiaridades dos contratos de gestão e termos de parceria

Os *contratos de gestão*, como variedades de *acordo de programa*, acolhidos pela legislação positiva nacional com esta denominação, apresentam ainda peculiaridades a serem ressaltadas.

A *modalidade constitucional de contratos de gestão*, destinada à ampliação de autonomia gerencial, além de estar prevista a *obrigatória fixação de prazos* (art. 37, § 8.º, I, CF), sem os quais serão *nulos*, não comportará aplicação dos institutos da *denúncia* nem da *renúncia* nem, tampouco, o recurso ao acertamento judicial.

Quanto à *modalidade infraconstitucional de contrato de gestão*, destinada a realizar delegações sociais às, assim denominadas, *organizações sociais*, previstas na Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, além dos tipos de desfazimento ordinários, pode-se destacar ainda o instituto da *sanção acessória do desfazimento*, que é a *desqualificação* da entidade, que perderá o referido *status*, de *organização social*, se constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

Finalmente, quanto à, também recente, *modalidade infraconstitucional do termo de parceria*, destinada a realizar delegações sociais às *organizações da sociedade civil de interesse público* instituídas pela Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, além das modalidades ordinárias de desfazimento, apresenta a modalidade da *perda da qualificação*, que poderá ser decretada com fundamento no descumprimento das condições legais a que se obrigou a entidade ao assumir a relação (art. 7.º, leg. cit.) (v. quadro XIV).

QUADRO XIV – DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

1. Desfazimento da relação jurídica administrativa unilateral

1.1. Desfazimento do administrativo por defeito de legalidade

1.1.1. Anulação

1.1.1.1. por defeito de competência

1.1.1.2. por defeito de finalidade

1.1.1.3. por defeito de forma

1.1.1.4. por defeito de motivo

1.1.1.5. por defeito de objeto

1.2. Desfazimento do ato administrativo por motivo de mérito

1.2.1. Revogação – reapreciação em caso de retratabilidade

1.2.2. Cassação – reapreciação em caso de irretratabilidade

2. Desfazimento da relação jurídica administrativa bi e multilateral

2.1. Desfazimento do contrato administrativo

2.1.1. Anulação

2.1.2. Denúncia

2.1.3. Rescisão

2.1.4. Distrato

2.1.5. Renúncia

2.2. Desfazimento do ato administrativo complexo

2.2.1. Anulação

2.2.2. Denúncia

2.2.3. Rescisão

2.2.4. Distrato

54. O INSTITUTO DA SANATÓRIA

Ao apreciar atos que apresentem *defeito de legalidade*, uma vez comprovado, o Poder Judiciário não tem alternativa, se provocado for, que emitir *declaração de nulidade*. Entretanto, os *atos de formação incompleta ou viciada* poderão, ainda assim, ser úteis e até necessários para o atendimento do *interesse público* visado, merecendo, por isto, um procedimento jurídico para que, uma vez integrados ou aperfeiçoados, possam produzir validamente os efeitos a que se destinam.

Como a Administração Pública, distintamente do Judiciário atua sob o duplo balizamento – a *legalidade* e o *interesse público* – valores que devem ser harmonizados, nem sempre convirá que um *ato em princípio nulo* seja necessariamente expurgado do mundo jurídico. Adentra-se, aqui, o campo de aplicação do *princípio da economia dos valores jurídicos*.

Com efeito, tratando-se de apreciar um *defeito de legalidade*, nada poderá fazer o Judiciário para *saná-lo*, pois que apenas lhe cabe *anular* o ato que lhe for submetido, comprovado o vício, ou mantê-lo, se não comprovado.

Distintamente, porém, para a Administração, o *avaliar* e o *reavaliar* o *interesse público*, bem como os *diferentes modos de melhor atendê-lo em termos de oportunidade e conveniência*, o que *compreende a avaliação de custos e benefícios*, é a sua indeclinável função.

O legislador, como se expôs, como nem sempre dispõe de todas as necessárias informações e condições para definir qual o melhor atendimento que possa ser dado em cada caso ao interesse público específico, *delega à Administração Pública* fazê-lo pelo emprego da cláusula *legal de discricionariedade*, para que esta considere *in casu* a oportunidade e a conveniência de adotar alternativas de execução visando à *otimização dos resultados de interesse público*, observados limites decisórios, como, mais frequentemente, os da *possibilidade* e da *razoabilidade*.

Assim é que, diante de dificuldades práticas, tais como a *inopportunidade e a inconveniência quanto ao atendimento do interesse público*, que seriam causadas pela *anulação de um ato útil*, abre-se à Administração a alternativa discricionária de aplicar o instituto da *sanatória* para salvá-lo do desfazimento, tornando-o válido e eficaz.

Duas são as condições para que a Administração empregue o instituto da sanatória, como alternativa ponderável à regra de desfazimento dos atos legalmente defeituosos: a *existência* de um vício juridicamente sanável e a *admissibilidade* do emprego da

discretionalidade para fazê-lo. Embora, em regra, no Direito Administrativo, o *ato inexistente* se equipare ao defeituoso para efeito de aplicação da teoria da nulidade, quando se trate de sanatória, a distinção passa a ser relevante, pois não se pode sanar um ato que jamais existiu.

Por outro lado, como o exercício da sanatória resulta do emprego da discretionalidade, como alternativa do dever primário de anular atos praticados com defeito de legalidade, sua admissibilidade não pode ser presumida, mas, resultar, explícita ou implicitamente, da competência discricionária atribuída ao agente ou órgão administrativo que pretenda exercê-la se houver interesse público.

Assim é que, diante de um identificado interesse público em manter a eficácia do ato, abre-se à Administração a opção de promover a sua *sanatória*, conceituada como o emprego de instrumentos jurídicos destinados a salvar da nulidade atos viciados em que haja interesse público em que produzam ou mantenham eficácia.

De todas as denominações empregadas para indicar esse instrumento jurídico, além da *sanatória*, tais como *aperfeiçoamento*, *convalescimento*, *convalidação*, *sanação*, *terapêutica* ou *depuração*, são mais correntes as duas primeiras. Realmente, *aperfeiçoar* é tornar perfeito, dar condições de exequibilidade, e, *sanar*, de boa fonte romana, traz a ideia de expungir algum defeito ou mal, o que ilustra bem a motivação para o emprego do instituto, pois o que se faz é *salvar*, no ato viciado, alguma parte não contaminada e aproveitá-la da melhor maneira para a produção de efeitos desejados, como recomenda o brocardo *utile per inutile non vitiatur*: não se vicia o útil pelo inútil.

Até aqui, a referência foi feita à modalidade substantiva de *sanatória voluntária*, cujos efeitos jurídicos são concretamente objetivados pela *manifestação de vontade* discricionária da Administração. A essa espécie, expressada pelas três modalidades instrumentais a seguir examinadas – a *ratificação*, a *reforma* e a *conversão* – acrescenta-se ainda a modalidade substantiva da *sanatória não voluntária*, que tem no *decurso do tempo*, e não na *manifestação da vontade* do Poder Público, o seu fato gerador: é a *prescrição*.

As modalidades de *sanatória voluntária*, porém, não serão praticáveis em duas hipóteses: *primo*, se a existência do vício invalidante for *imputada à parte que presumidamente se beneficiará do ato*, e, *secundo*, se o vício era *manifesto*.

Esta segunda hipótese, que ilide casuisticamente o princípio da segurança jurídica, é o objeto da denominada *teoria da evidência*, que sustenta, em síntese, que o vício *manifesto e grave*, cuja existência não suscita discordância quanto de sua edição, dispensando qualquer discernimento técnico de profissionais do Direito para ser caracterizado, *não é sanável*.

Na mesma linha, em sentido contrário, o ato praticado, ainda que possa ser acoimado de vícios, se estes não eram *evidentes* desde sua origem a uma pessoa de mediana cultura e bom senso, por demandar conhecimentos jurídicos especializados para poder caracterizá-los, *será sanável*.

Eis por que, em hipótese frequente, a Administração, uma vez praticado um ato com fundamentação jurídica revestida de toda a *aparência de validade*, não poderá desfazê-lo sob a alegação de vícios que não foram contemporaneamente percebidos, mesmo que nova manifestação jurídica, como um *ditame* ou *parecer*, venha posteriormente a caracterizá-los.

55. ATOS SANATÓRIOS: RATIFICAÇÃO, REFORMA E CONVERSÃO

Os *atos sanatórios* – a *ratificação*, a *reforma* e a *conversão* – são atos administrativos derivados resultantes de processos de igual denominação, que se apresentam de modo muito desigual nos vários sistemas administrativos, dificultando o estudo de sua técnica aplicativa. Há consenso, porém, que o emprego da sanatória só será possível *enquanto não houver sido anulado o ato*, pois, uma vez desfeito, nada mais haverá a salvar, descabendo uma aplicação reprimiratória.

55.1. Ratificação

Ratificação é o ato administrativo derivado pelo qual a Administração, suprindo falha ou corrigindo defeito de *competência*, declara íntegro e válido desde a origem, o ato viciado quanto a este elemento.

Vale observar que é irrelevante se o *agente ratificador* será o mesmo ou o superior hierárquico daquele que editou o ato viciado. O que importa é que a lei lhe haja atribuído *competência ratificatória*, que, a sua falta, torna os atos *irratificáveis*.

A *ratificação*, retroagindo à origem do ato, opera *ex tunc*, com natureza *declaratória*.

55.2. Reforma

Reforma é o ato administrativo derivado pelo qual se elimina de um ato defeituoso a sua parte viciada, mantendo-se a eficácia da parte sadiá.

Esta forma de sanatória é possível, por óbvio, desde que o ato a ser reformado possa manter sua caracterização autônoma enquanto ato, mesmo extirpado de sua parte imprestável.

A *reforma* também retroage à data de origem do ato, operando *ex tunc*, com natureza *declaratória*.

55.3. Conversão

Conversão é o ato administrativo derivado pelo qual se opera a metamorfose de um ato com vício de legalidade, aproveitando-se os elementos válidos, para articular-se um ato novo, mantida a mesma finalidade, justificativa do emprego da sanatória.

Além da modalidade de conversão operada por ato administrativo, poderá também, o legislador, de modo abstrato e geral, *sanar genericamente uma categoria de atos defeituosos*, atribuindo-lhes efeitos de atos legalmente íntegros, ocorrendo, então, a modalidade denominada de *conversão legal*.

A *conversão*, como todas as demais modalidades sanatórias, retroage à origem do ato convertido, operando *ex tunc*, com natureza *declaratória*.

56. FATO SANATÓRIO: PRESCRIÇÃO

O decurso do tempo pode impedir a *correção judiciária* ou *administrativa* de um ato administrativo. No primeiro caso, tem-se a *prescrição*, instituto da Teoria Geral do Direito que consiste na *perda do direito de ação*. No segundo caso, tem-se a qualificada *prescrição administrativa*, instituto específico do Direito Administrativo, que preclui apenas para a Administração Pública que o praticou, o poder jurídico de rever seus próprios atos.

Em ambos os casos será necessário que a lei que as institua, com *eficácia inibitória da provocação corretiva*, uma iniciativa que, em princípio, poderá partir tanto do administrado quanto da própria Administração (autoprovação), distinguindo-se as seguintes hipóteses:

- a) autoprovação da Administração: como atuação administrativa *ex officio* no exercício do autocontrole;
- b) provação do administrado à Administração: como atuação administrativa requerida para proceder ao autocontrole;
- c) provação da Administração ao Poder Judiciário: atuação de controle judicial necessariamente suscitada em razão de hipótese de heteroexecutoriedade;
- d) provação contenciosa do administrado ao Poder Judiciário: atuação facultativa de controle judicial.

56.1. Prescrição e decadência

Não se confunda o instituto da *prescrição* com o da *decadência*: enquanto a *prescrição* impossibilita a *provocação* do controle corretivo, a *decadência* importa na extinção do próprio direito material pelo decurso do prazo que a lei fixou para sua existência.

A *prescrição* é um instituto reverente ao princípio da economia dos valores jurídicos, bem como garantidor da paz social, por impedir que as controvérsias restem permanentemente em aberto.

A *prescrição administrativa*, em especial, estabiliza as relações extroversas da Administração com os administrados e com seus servidores, impedindo devassas e revisões retroativas, com cunho político subalterno ou por perseguição pessoal.

Como a regra afirma a imprescritibilidade fundamental das nulidades, somente o

legislador poderá estabelecer exceções, instituindo hipóteses de prescritibilidade, bem como de caducidade ou prazos de preclusão, que inibam a Administração de rever seus atos.

Quanto à *prescrição da ação*, só pode ser instituída por lei federal: tanto a do administrado contra o Estado quanto a do Estado contra o administrado. Suas normas básicas, de direito material, estão no Código Civil, complementadas por legislação especial, como é o caso da prescrição quinquenal das *ações pessoais* contra a Fazenda Pública e suas autarquias (Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942), ou, no caso da prescrição quinquenal da cobrança de crédito tributário (art. 174 do Código Tributário Nacional).

Essa *prescrição quinquenal* estabelecida para as ações da Fazenda Pública durante as vigências constitucionais anteriores, inclusive em regimes autocráticos de exceção, estende-se, simetricamente, aos *direitos pessoais* do Estado face aos administrados, uma vez que, com o advento do Estado Democrático de Direito, deixou de existir qualquer *supremacia automática de interesses*, por força do art. 1.º, incisos II, III e parágrafo único combinados com o art. 5.º, *caput*, da Constituição de 1988, salvo se a legislação os estabelecer. Com relação aos *direitos reais*, aplicam-se os prazos do Código Civil.

Esta orientação veio a ser recentemente corroborada pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplinou o *processo administrativo* na esfera federal, adotando o mesmo prazo prescricional de cinco anos (embora o art. 54 da referida Lei leve a crer erroneamente que se trata de decadência), no sentido de impedir a Administração de anular os atos administrativos que tenham produzido *efeitos favoráveis* para os administrados, uma regra que, por ser de prescrição, é de direito civil e, por isso, tem aplicação em âmbito nacional.

A Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentou o art. 1.º-C à Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, estabelecendo a *prescrição quinquenal* do direito de obter indenização dos danos causados por agentes e pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

As *prescrições administrativas*, atuando no estrito âmbito de cada entidade federativa, podem ser instituídas pelo respectivo Poder Legislativo, neste caso, sem impedir a provocação do controle judiciário, constitucionalmente assegurado a quem se sentir ferido ou ameaçado em seu direito.

A *prescrição*, ao impedir a Administração de rever seus próprios atos, produz, assim, uma sorte de *sanatória indireta* ou *não voluntária*, podendo ser ou *introversa*, quando a obsta de exercer a autotutela e de rever seus próprios atos, seja *ex officio* seja sob provocação, ou *extroversa*, quando inibe o Judiciário de operar a correção da violação de direitos subjetivos acaso ocorrida (v. quadro XV).

Como se observa, em ambos os casos produzem-se, *ex vi temporis*, os *efeitos sanatórios*,

mesmo que os atos inquinados não sejam alterados em sua essência, como no caso das modalidades voluntárias.

QUADRO XV – SANATÓRIA



57. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O princípio da juridicidade exprime a dupla submissão jurídica do Estado: à lei e ao Direito, a clássica submissão à lei, expressa no princípio da legalidade, foi ampliada e superada com a inclusão tanto da submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade. Assim, consoante esta mais atualizada nomenclatura, o emprego da expressão legalidade se reserva quando a referência é feita à lei no sentido estrito, de norma estatal positivada.

O princípio da juridicidade, assim integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela licitude, se dirige a atender à mais importante finalidade do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a ordenação das atividades juridicamente relevantes da Administração.

Para cumprimento dessas missões, o Estado, no exercício da função administrativa pública cometida a todos os entes e órgãos que a desempenham a qualquer título, têm as suas ações juspoliticamente contidas por duas técnicas: a da limitação e a do controle.

A limitação age pela restrição juridicamente imposta à ação do Estado, com vistas à proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, consistindo, assim, na sua contenção estática.

O controle age pela reação, contraposta à atuação do Estado, sempre que for necessário tornar efetiva a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados ameaçados ou vulnerados, consistindo, portanto, na sua contenção dinâmica.

Em ambos os casos, afirma-se o primado constitucional do princípio da juridicidade com essa dupla expressão – a estática e a dinâmica – por ele devendo se iniciar o presente estudo: como se conceitua e como atua o controle de juridicidade.

57.1. Conceituação

No universo de relações sociais regido pelo Direito, travam-se inúmeras e variadas relações entre a Administração e os administrados. Já foi exposta, com vistas à ordenação de uma fenomenologia relacional básica do Direito Administrativo, uma classificação fundada no seu elemento volitivo. Assim é que, segundo as manifestações de vontade atuantes naquelas relações e o modo como se dispõem, distinguiram-se e estudaram-se os atos administrativos, os contratos administrativos e os atos administrativos complexos.

Em prosseguimento, para conceituar o princípio da juridicidade e abordar as técnicas adotadas em sua aplicação – que, em seu conjunto, conformam os distintos sistemas de controle – é preciso considerar essas mesmas relações, já não mais a partir das vontades atuantes, mas segundo uma classificação centrada nos interesses envolvidos.

Ora, do interesse público, afeto à Administração, já se tem versado, cumprindo estudar agora o interesse do administrado, conforme a garantia jurídica de satisfação que o Estado oferece à expectativa de uso, gozo e fruição de um *bem pessoal*, incluindo-se a própria vida.

Esse interesse do administrado se pode apresentar ante a Administração, de três modos:

- 1) como interesse simples,
- 2) como interesse legítimo e
- 3) como direito subjetivo.

1. Há *interesse simples* do administrado quando, numa relação administrativa, a legislação tutela exclusivamente o interesse público. Portanto, o interesse simples é mero *interesse de fato*.

Por exemplo, o interesse de um município em que certa estrada em projeto, passe por sua cidade, não encontra qualquer proteção legal. Como a legislação não lhe outorga qualquer tipo de tutela, esse município nada poderá exigir, pedir ou reclamar de direito, pois se trata de um *interesse de fato*, sem proteção jurídica.

2. Há *interesse legítimo* do administrado quando, numa relação administrativa, a legislação tutela prioritariamente o interesse público, embora possa se refletir, em certas circunstâncias, sobre a órbita jurídica do administrado, sendo, neste caso, um *interesse ocasionalmente de direito*.

Por exemplo, se uma regra de competência, que disciplinar a distribuição de funções e a fixação de responsabilidades de certo órgão administrativo, vier a ser violada por ato introverso da Administração, mas os efeitos deste ato violador alcançarem reflexamente um interesse individual, o seu titular estará autorizado a provocar o controle. Neste caso, o interesse na correção do ato administrativo, ainda que introverso passou a ser *juridicamente protegido*: tornou-se um *interesse legítimo*, também chamado de *direito reflexo*.

3. Há *direito subjetivo* do administrado quando, numa relação administrativa, a legislação tutela exclusiva ou precipuamente seu interesse.

Sirva aqui de exemplo uma relação estatutária travada entre a Administração e um servidor público que conta determinado número de anos de serviço, ante uma norma legal adviniente que vier a tutelar especificamente o eventual interesse do administrado em se aposentar voluntariamente. Neste caso, a subsunção integral do fato na norma gera *direito subjetivo* em favor do servidor.

A vinculação do direito subjetivo ao interesse segue a linha clássica definida por Oreste Ranelletti ao afirmar que “direito subjetivo é o poder jurídico que o direito objetivo concede ao sujeito para garantir a satisfação de um interesse” ou, ainda, a não menos conhecida passagem de Rudolf von Ihering: “direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido”.

Com essas considerações, propondo-se, simultaneamente, uma *ampliação da ideia*, para se incluir os direitos subjetivos de que a Administração é titular, e, ao mesmo tempo, uma *restrição*, para abranger apenas o aspecto público da relação, o conceito de direito subjetivo público pode ser formulado como o *poder jurídico que o direito objetivo concede ao particular ou ao Estado para a garantia ou a satisfação de um determinado interesse tutelado*.

57.2. Atuação

Quanto à atuação, observe-se, desde logo, que pouco importa se o interesse tutelado for do Estado ou do particular e, neste caso, se individual, coletivo ou difuso: caberá à legislação indicar quem terá *legitimidade* para obter sua sustentação, judicial ou extrajudicial.

Como se observa, o princípio da *juridicidade*, conceituado em seu aspecto *objetivo*, como a *sujeição do agir ao Direito*, se reapresenta agora em seu aspecto *subjetivo*, como a *garantia do interesse juridicamente protegido*, legitimando os administrados a promovê-la, sempre que necessário.

Tem-se aqui a visão *subjetiva* do princípio da *juridicidade* no Direito Público: finalisticamente voltado à proteção das liberdades e dos direitos das pessoas nas relações em que o Estado é parte, nele delimitado o campo didático do *controle de juridicidade*, que se define como a missão precípua do Direito Administrativo, que é, fundamentalmente, a instituição do *ordenamento jurídico do controle da Administração Pública* pela atuação dos legitimados a executar a sua *contenção dinâmica*.

58. SISTEMAS DE CONTROLE DE *juridicidade*

Ao agir, a Administração está adstrita à rigorosa observância do aspecto *objetivo* do princípio da *legalidade*, ou seja, deve sujeitar-se *integralmente* ao *ordenamento jurídico legislado*, sem qualquer vantagem, prelazia ou princípio de supremacia que justifique que dele se afaste, ainda que *praeter legem*, a pretexto de atender a suposto interesse público.

Assim, se considerados destacadamente os elementos de quaisquer atos que a Administração possa praticar, todos, sem exceção, deverão se conformar aos padrões de *existência* e de *validade* impostos pela ordem jurídica. Uma vez praticados, todos esses atos ficam revestidos da *dúpla presunção* de existência e de validade, de modo que, mesmo com defecção ou defeito em seus elementos, enquanto não forem declarados nulos, ou pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário – tudo segundo os adequados cânones

procedimentais – serão reputados juridicamente existentes e válidos.

Para que as declarações de inexistência e de invalidade sejam regularmente provocadas e emitidas, necessário se torna, para a preservação da *juridicidade*, que o Estado disponha de órgãos e de funções especificamente dedicados ao *acompanhamento* de suas ações administrativas – órgãos e funções de *fiscalização* – e capacitados a promover a *emenda* de suas infrações à ordem jurídica – órgãos e funções de *correção*.

Em síntese, o sistema de *controle administrativo* se conforma por dois subsistemas: o de *fiscalização*, destinado a acompanhar e a rever as relações jurídicas administrativas, e o de *correção*, destinado, se for o caso, a aplicar os adequados instrumentos sancionatórios: o *desfazimento* e a *sanatória*.

Ocorre, porém, que mesmo existindo uma desconformidade da atuação da Administração com a ordem jurídica, caracterizando uma *ilegalidade objetiva*, essa infração, ainda assim, poderá não ter atingido, ameaçado ou lesado qualquer interesse juridicamente protegido. Em outros termos: nem todo ato, unilateral ou multilateral praticado pelo Estado, evitado de defeito de juridicidade, alcançará e vulnerará interesses juridicamente protegidos, ou, ainda em outros termos, nem toda *injuridicidade objetiva* resultará numa *injuridicidade subjetiva*.

Ora, enquanto a *injuridicidade* se caracterizar apenas *objetivamente*, ou seja, sem ameaçar ou ferir qualquer direito subjetivo, só haverá, em princípio, um *interesse interno* do Estado na correção da atuação defeituosa. Diferentemente, ao despontar uma *injuridicidade subjetiva*, com a violação ou ameaça a direito subjetivo ou a interesse legítimo, individuais, coletivos ou difusos, caracterizam-se *interesses externos* à deflagração da atuação de controle, legitimando-se os que a possam e os que a devam provocar.

Fixe-se, portanto, esta conclusão parcial: a admissibilidade da provocação externa do controle resulta, em regra, da conjugação de uma *preterição do Direito* (*injuridicidade objetiva*) com uma *violação do interesse juridicamente protegido* (*injuridicidade subjetiva*).

Essas considerações levam à classificação corrente dos dois tipos básicos de controle quanto à origem: o *controle interno* – para o qual basta a existência de *injuridicidade objetiva* para atuar – e o *controle externo* – que dependerá de *provocação*, quando se tratar de *injuridicidade subjetiva*.

Em consequência, os instrumentos de *controle interno* são precipuamente dispostos para a manutenção da *juridicidade objetiva*, ou seja: voltam-se à fidelidade da atividade estatal ao Direito, sendo necessário que atuem *permanente* e *paralelamente* à atividade que deverá fiscalizar e proceder de ofício, *independentemente de provocação*.

Em contraste, os instrumentos de *controle externo* estão precipuamente voltados à tutela da *juridicidade subjetiva*, agindo na defesa do interesse juridicamente protegido, caracterizando-se pela atuação de órgãos diferenciados, apartados dos órgãos controlados e, em geral, sob dependência de *provocação*.

As funções de *controle interno* não oferecem maiores dificuldades nos diversos ordenamentos jurídicos em que se apresentam, enquanto as de *controle externo* neles se oferecem sob diversas modalidades, servindo de base às classificações dos sistemas de controle de juridicidade, limitada e impropriamente denominados “sistemas administrativos”, enquanto são, na realidade, sistemas de controles da Administração.

Com efeito, o elemento essencial de um *sistema de controle de juridicidade* não é a *atividade administrativa controlada*, mas o conjunto dos *instrumentos constitucionais* necessários para exercê-la, podendo ser tanto *subjetivamente*, quanto *objetivamente* considerados, e tanto em relação ao *órgão controlador*, quanto ao *objeto do controle* a ser exercido.

Quanto aos *órgãos*, considera-se como critério classificatório a *distribuição da competência de controle* entre os Poderes do Estado e os órgãos constitucionalmente autônomos, bem como a que se realiza internamente, em cada um deles, por seus vários desdobramentos descentralizados.

Quanto ao *objeto*, estuda-se a *qualidade* e o *alcance da competência de controle* dos diferentes atos do Estado, sejam estes de natureza legislativa, jurisdicional ou administrativa.

58.1. Órgãos de controle judicial

Com relação aos órgãos que exercem a *tutela judicial de juridicidade sobre as atividades administrativas*, distinguem-se três sistemas básicos de controle:

- 1.º) sistema de controle por órgãos judicantes da própria Administração;
- 2.º) sistema de controle por tribunais judicantes ordinários do Judiciário;
- 3.º) sistema de controle por órgãos judicantes especiais do Judiciário.

58.1.1. Órgãos judicantes da Administração

O primeiro sistema, também denominado de *sistema do contencioso administrativo*, uma expressão aqui empregada, como se observa, em seu sentido subjetivo, pois que se refere à natureza administrativa dos órgãos de controle, se desdobra em vários subtipos, desde aquele em que não se distingue o controle interno do controle externo, dito do *administrador-juiz*, até os tipos tecnicamente mais elaborados, em que a função de controle – então exclusivamente o controle de *legalidade* – se encontra diferenciada dentro da Administração e concentrada em órgãos judicantes próprios de sua estrutura, institucionalizados como *juízos e tribunais administrativos*. Atualmente a tendência tem sido a de deferir a esses órgãos todas as garantias pertinentes ao exercício da jurisdição, o que os aproxima tecnicamente da justiça comum.

Este sistema se originou na França, com a Revolução Francesa, difundiu-se pela Europa

continental e já foi parcialmente adotado no Brasil durante o Império.

58.1.2. Órgãos judicantes do Judiciário

Neste segundo sistema, entrega-se, por *cláusula geral de competência*, a juízes e tribunais ordinários, que são os mesmos encarregados da jurisdição comum, civil e penal, o controle judicial externo sobre o Estado-administrador, se lhes incumbindo do julgamento do *contencioso administrativo material*, expressão agora empregada em seu sentido *objetivo*, que é o mais próprio, para designar apenas a *natureza administrativa da controvérsia*, ou seja: do *objeto* do controle.

Este sistema de controle de juridicidade originou-se na Inglaterra, fruto da evolução da função jurisdicional naquele País, vindo a ser o adotado e aprimorado pelos Estados Unidos da América em sua Constituição, daí passando à Constituição brasileira de 1891 e, desde então, se incorporando à nossa tradição constitucional republicana.

58.1.3. Órgãos judicantes especializados do Judiciário

No terceiro sistema, especializam-se certos *órgãos judicantes* dentro da própria estrutura do Poder Judiciário para o específico, quando não exclusivo, exercício da jurisdição administrativa.

Esta solução resulta de uma evolução convergente dos dois sistemas anteriormente examinados, desenvolvida na linha da tendência universal de prestar a *especialidade* e a *setorialidade*, uma vez que a matéria do contencioso administrativo cada vez demanda um maior grau de conhecimentos técnicos, de experiência e de tirocínio peculiar ao setor, sem romper, contudo, a *unidade da jurisdição*, assegurada no vértice das funções jurisdicionais especializadas por uma corte constitucional.

O debate acerca das vantagens e desvantagens de um ou de outro sistema está muito ligado às peculiaridades históricas de cada País, embora se possa observar que o princípio da *unidade de jurisdição* não é incompatível com o da especialidade, admitindo-se e justificando-se a evolução na linha do terceiro sistema.

O importante, porém, para o bom desempenho das atividades de controle judicial, onde quer que se situem os órgãos judicantes da matéria contenciosa administrativa, é que tenham *independência* para julgar e que se garanta a *definitividade* de suas decisões.

Fácil reconhecer-se no *segundo modelo* certa proximidade com o vigente sistema brasileiro, que, não obstante, apresenta quanto ao controle judicial sobre a administração federal, algumas características que se aproximam quase integrais do *terceiro modelo*. Assim, no plano estadual e no municipal, o controle é exercido pelos *tribunais ordinários* (2.º sistema), enquanto no plano federal se dispõe de *tribunais predominantemente especializados* para apreciar a matéria de seu contencioso administrativo (3.º sistema).

Como se pode observar, esta combinação se foi desenhando nas sucessivas Cartas brasileiras sem romper o princípio da jurisdição una, ou seja: a Constituição defere, com raríssimas exceções, a integralidade do controle judicial a *um Poder Judiciário nacional unificado em sua cúpula* pelo Supremo Tribunal Federal, com competência plena em matéria constitucional, e no Superior Tribunal de Justiça, com competência especializada em matéria legal federal.

58.2. Objeto do controle

Com relação ao *objeto* do controle, não se apresentam sistemas definidos; as Constituições distribuem e limitam o alcance do controle, interpretando os interesses e idiossincrasias nacionais, embora sempre cuidando da estruturação de mecanismos de fiscalização recíproca entre os Poderes e órgãos constitucionais autônomos, de modo a não se permitir hegemonia ou preponderância de qualquer um deles, embora tudo se faça de acordo com suas respectivas tradições, experiências e as influências recebidas das tendências do Direito Político contemporâneo.

No Brasil, quanto ao objeto do controle, adota-se desde o advento da República, o modelo norte-americano, que concentra no Poder Judiciário a decisão última sobre a juridicidade (*last enforcing power*): o chamado sistema de *monopólio da jurisdição*, instituído sob enunciado negativo no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

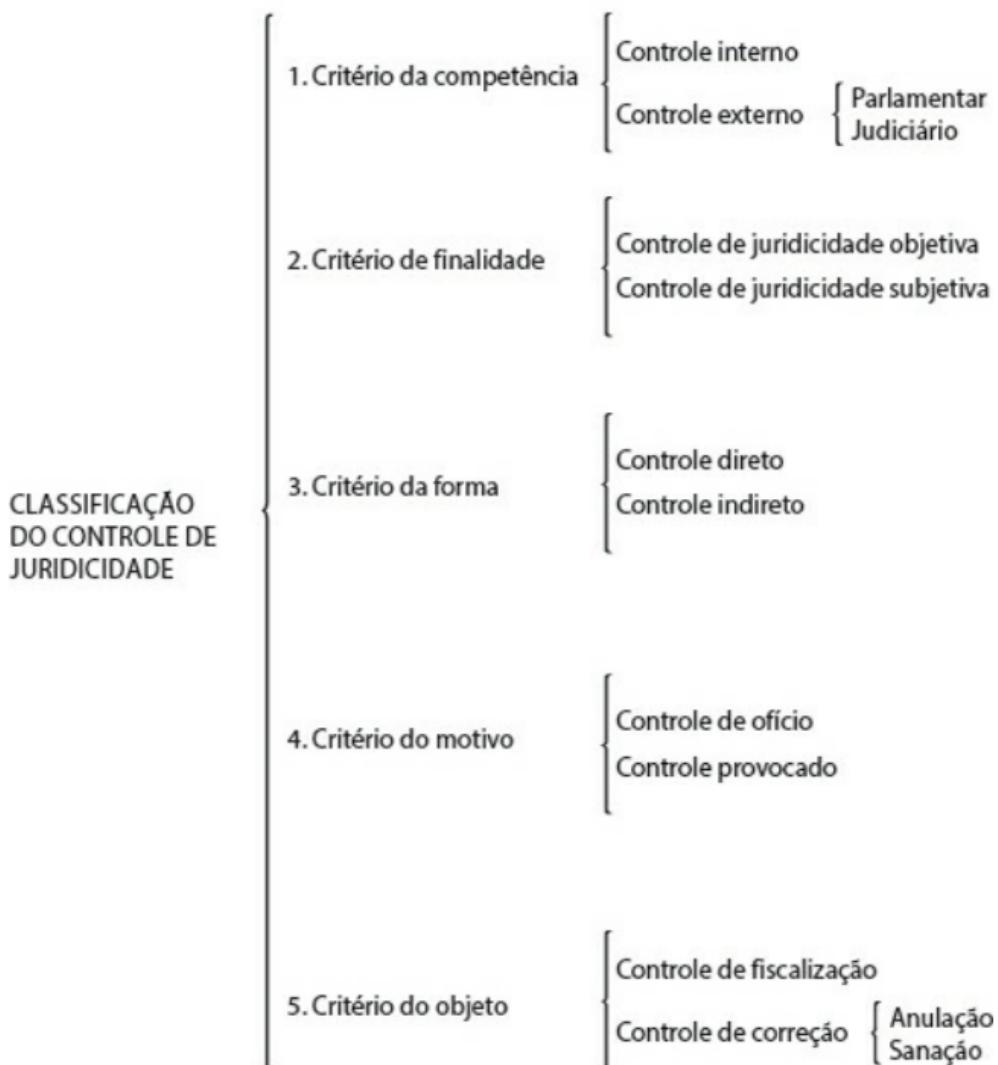
59. CLASSIFICAÇÕES DO CONTROLE DE JURIDICIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Como a *sujeição do agir à ordem jurídica* é tema da *estática do Direito*, enquanto que o *controle juspolítico* das relações decorrentes é problema da *dinâmica do Direito*, inicia-se o estudo do controle no Direito Administrativo com os aspectos *estáticos* para culminá-lo com os *dinâmicos*, atinentes às *formas* e aos *meios* de controle de juridicidade das atividades do Poder Público.

Assim, uma vez fixado o entendimento deste contemporâneo *princípio da juridicidade* e entendido o alcance do correlato *conceito de controle*, cumpre a seguir *classificá-lo* segundo os elementos do *ato controlador*, entendido como o *ato derivado* que fará incidir a ação de controle sobre um *ato primário*, que é o suspeito de injuridicidade.

Como critério de classificação, parte-se da mesma sistemática oferecida para a elementação do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (v. quadro XVI).

QUADRO XVI – CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE DE JURIDICIDADE



59.1. Critério da competência

Digressionou-se, no item anterior, a respeito dos tipos básicos de controle, partindo da situação política dos órgãos que o exercem: *externos* ou *internos*. Ao examinar-se, agora, a *competência do órgão controlador*, retorna-se àquela classificação para distinguir, na mesma linha expositiva, o *controle interno* ou administrativo, também denominado de *autocontrole*,

que é o exercido pela própria Administração, e o *controle externo*, o *heterocontrole*, a cargo tanto de órgãos próprios de outros Poderes, como de outros órgãos constitucionalmente autônomos, desdobrando-se, assim, em três ordens: *controle parlamentar*, *controle judiciário* e *controle exercido por órgãos constitucionalmente autônomos*.

59.2. Critério da finalidade

Conforme foi exposto no início deste Capítulo, a *finalidade* do controle tanto pode ser a *preservação da juridicidade objetiva*, que é a *sujeição do agir ao Direito*, como a *preservação da juridicidade subjetiva*, que é a *garantia do interesse juridicamente protegido*. As distintas modalidades de controle instituídas ora atenderão singularmente a cada uma dessas finalidades, ora a ambas.

59.3. Critério da forma

Este critério distingue as modalidades de controle de juridicidade segundo se trate de uma forma *direta* ou *indireta* a que se adote para se obter a correção pretendida.

59.3.1. Controle da juridicidade objetiva

A *tutela da juridicidade objetiva* pode ser alcançada *diretamente*: 1 – pelo *autocontrole administrativo*; 2 – pelo controle administrativo autônomo exercido pelas *Cortes de Contas* em matérias de sua competência constitucional; 3 – pelo controle específico de fiscalização e de promoção a cargos das *funções constitucionais essenciais à justiça*; 4 – pelo *controle parlamentar*, em geral, e 5 – pelo onímodo e universal *controle judicial*.

Observe-se que, dos cinco arrolados, o controle da *juridicidade objetiva* exercido especificamente pelo Poder Judiciário é o mais amplo, embora deva ser provocado e demande processamento mais exigente, realizando-se através de ações constitucionais especiais, de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a) e dos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, § 2º), visando, respectivamente, à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual em face da Constituição Federal, no Supremo Tribunal Federal; à declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, no Supremo Tribunal Federal e à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, nos Tribunais de Justiça dos Estados. Essas são as únicas vias para a *declaração abstrata de invalidade* dos atos mencionados, atuando, constitucionalmente os referidos tribunais, como *legisladores negativos*.

59.3.2. Controle da juridicidade subjetiva

Já o controle da *juridicidade subjetiva* tanto pode prover-se *indirectamente*, como

consequência da declaração em abstrato da injuridicidade objetiva, como *diretamente*, pelo exame de casos concretos que em si apontem violação ou ameaça de violação de direitos subjetivos, atuando, para tanto, cada um dos Poderes do Estado, bem como os órgãos e funções constitucionalmente autônomos, em distintos processos e segundo suas regras procedimentais apropriadas.

Para esse efeito, os *titulares de interesses juridicamente protegidos*, ou seus substitutos, além do amplo poder de provocação do controle administrativo e do controle parlamentar, desfrutam da forma mais ampla e irrestrita do acesso intermédio a órgãos de fiscalização, promoção e controle (internos e externos) e, destacadamente, o *controle judiciário* (art. 5.º, XXXV, CF), para postular *diretamente*, acautelar, manter ou recompor qualquer interesse individual ou metaindividual protegido pela ordem jurídica.

59.4. Critério do motivo

O *motivo*, como critério classificatório do controle, parte do *impulso* gerador da forma de controle pretendida, atinente à *provocação* do órgão controlador por quem seja *legitimado* a fazê-la. Assim, ou será a própria Administração que a deflagrará, para rever espontaneamente a relação jurídica de que faça parte – o *controle de ofício* – ou será o interessado no resultado do controle a suscitar o controle – o *controle provocado*.

Quanto ao *conteúdo do motivo*, ou seja, a necessária *motivação* para suscitar o controle, no que toca à autoprovocação da Administração, haverá de ser precipuamente a observância de seu dever de preservar a injuridicidade objetiva em todos os seus atos, assim como o mesmo se dará quanto à motivação dos demais órgãos constitucionalmente aparelhados para o exercício de controles. Quanto ao administrado, sua motivação será a defesa de interesse individual, coletivo ou difuso, juridicamente protegido, para o qual se encontre legitimado.

59.5. Critério do objeto

Segundo este critério, classifica-se o controle relativamente à sua *eficácia* própria, ou seja, quanto à natureza dos *resultados jurídicos* visados, ou seja, o *objeto do ato de controle*, distinguindo-se, basicamente, as modalidades referidas: os controles de *fiscalização*, de *promoção* e de *correção*.

59.5.1. Controle de fiscalização

O *controle de fiscalização* se perfaz através de funções de supervisão e vigilância exercida pela própria Administração Pública, bem como por órgãos a ela externos, dotados de autonomia constitucional, tais como os *órgãos de contas*, os *órgãos exercentes de funções essenciais à justiça* e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, esgotando-se, em regra, a sua atuação, com a eventual *constatação* da injuridicidade indicada.

59.5.2. Controle de promoção

O *controle de promoção* se segue a esta constatação de injuridicidade, provido pela devida *provocação*, indiferentemente pública ou privada, dirigida ao competente órgão corretivo.

59.5.3. Controle de correção

Por derradeiro, o *controle de correção* se destina a eliminar da ordem jurídica a *injuridicidade*, uma vez constatada, apresentando-se, para alcançar este resultado, geralmente como um controle *anulatório, sancionatório* e, ainda por vezes, como um controle *sanatório*.

A tendência do Direito Público contemporâneo é a extensão das atividades de *fiscalização e de provocação* a múltiplos órgãos autônomos e auditorias especializadas, tanto órgãos públicos, constitucionalmente instituídos, como privados, instituídos pela sociedade.

60. CONTROLE ADMINISTRATIVO – AUTOCONTROLE

O *autocontrole*, o exercido pela Administração sobre os próprios atos – sejam unilaterais, bi ou multilaterais –, é aquele que opera com o máximo de abrangência sobre todos seus aspectos, transcendendo o exame da *juridicidade estrita* para compreender, também, o do *interesse público*, ou seja, também exerce um *controle de mérito*, considerando, abrangente e indistintamente, quaisquer aspectos de *legalidade, de legitimidade e de licitude* de seus atos.

De acordo com as classificações definidas, o *autocontrole*, ou *controle administrativo*, também caracterizado como *controle ex officio*, é *interno, de legalidade objetiva, excepcionalmente de legalidade subjetiva*, exercitável por instrumentos *diretos ou indiretos, de ofício ou provocado*, podendo ser de *fiscalização ou de correção* e, neste último caso, tanto *anulatório quanto sanatório*.

A referência, no tema da modalidade de controle aqui em exame, é sempre à *Administração*, ou seja, ao *Estado no exercício de atividades administrativas*, que se realiza caracteristicamente pela atuação finalística do Poder Executivo, mas, em menor escala, se perfaz, também, pela atuação instrumental dos demais Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, relativamente a seus atos próprios, pessoal, bens e serviços.

O *autocontrole*, que cabe, portanto, a todos e a cada um desses entes e órgãos estatais, se apresenta ora *preventivo* – na *fiscalização*, ora *repressivo* – na *correção*, sendo que esta modalidade, a corretiva, voltada à cura do interesse público, operar-se-á tanto pelo *desfazimento* quanto pela *sanatória* do ato inquinado, atentando-se que, nesta expressão – *desfazimento* – incluem-se todas as figuras estudadas, mas que, basicamente, se reduzem a dois tipos de autocontrole: o de *anulação* e o de *revogação*.

Finalmente, quanto à *provocação*, o *autocontrole* ora se apresentará autoprovocado, como um *controle administrativo de ofício*, ora como *controle administrativo provocado*, neste último caso, exigindo a legitimidade de quem o suscite, do órgão público ou do administrado, neste caso, motivado por interesse juridicamente protegido, apontado como lesado ou ameaçado.

61. CONTROLE PARLAMENTAR

O Poder Legislativo, por sua representatividade, é fonte formal de juridicidade. Esta alta missão vem acompanhada do correlato *controle parlamentar*: uma tutela juspolítica, ampla, geral e inespecífica da constitucionalidade, legalidade, da licitude, bem como da economicidade da atividade administrativa do Poder Executivo, extensiva à administração indireta (art. 49, X, CF) e, por compreensão e no que couber, à administração associada.

Nos regimes parlamentaristas, a importância deste controle é ainda maior do que nos presidencialistas, pois geralmente neles se prevê algum tipo de *eficácia política corretiva* que dele possa decorrer diretamente.

A Constituição reserva também, excepcionalmente, ao Poder Legislativo, a última palavra sobre determinadas hipóteses de injuridicidade subjetiva *ratione personae*, como ocorre nos crimes de responsabilidade de altos agentes (CF, art. 52, I e II).

Consoante as classificações estudadas, o *controle parlamentar* é um controle *externo*, geralmente *direto, de ofício e de fiscalização*, e, excepcionalmente, *indireto, provocado ou de anulação*.

Deve-se observar que o controle de fiscalização parlamentar vem assumindo, no Estado contemporâneo, importância constitucional cada vez maior, abrindo-se aos corpos legislativos, não só novas oportunidades de exercerem certas modalidades específicas de controle de juridicidade, como de conhecêrem, mais intimamente, as vicissitudes e os problemas da Administração, permitindo-lhes aprimorar a sua tarefa mais importante, que é a formulação da *política legislativa do País*.

Examinam-se, a seguir, os dois subtipos de controle parlamentar: o *controle parlamentar de correção* e o *controle parlamentar de fiscalização política*.

61.1. Controle parlamentar de correção

Embora possa também servir à *correção da juridicidade*, raramente as modalidades de controle parlamentar chegam à *anulação* de atos ou de processos administrativos, exaurindo-se, comumente, na imposição de outras sanções. São muitas e variadas modalidades, mas todas de previsão constitucional, em razão do princípio da separação de Poderes, de modo que, mais prático do que se ensaiar uma classificação de cunho objetivo, é preferível arrolar as suas espécies pelo critério subjetivo, ou seja, partindo do órgão legislativo competente para

exercê-las.

Acrescem-se ao rol, as modalidades de controle de correção e de fiscalização sobre as contas públicas, a cargo do Tribunal de Contas, órgão constitucional independente.

61.1.1. Controle parlamentar de correção pelo Congresso Nacional

1.º) O julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX);

2.º) a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V), o denominado *veto legislativo*;

3.º) a apreciação dos atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII); e

4.º) a sustação de contrato impugnado pelo Tribunal de Contas (art. 71, § 1.º).

61.1.2. Controle parlamentar de correção pela Câmara dos Deputados

A autorização para instauração de processo contra o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I).

61.1.3. Controle parlamentar de correção pelo Senado Federal

1.º) O processo e julgamento do Presidente da República e Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, e seu parágrafo único);

2.º) o processo e julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, e seu parágrafo único);

3.º) a suspensão parcial ou integral de execução de lei declarada constitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); e

4.º) a aprovação da exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República, antes do término de seu mandato (art. 52, XI).

61.1.4. Controle de correção exercido pelo Tribunal de Contas, no desempenho de sua competência constitucional independente de controle externo financeiro-orçamentário

1.º) O julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo-se as fundações e

sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e, ainda, das contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II);

2.º) a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos administrativos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e na indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, III);

3.º) a aplicação, aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao vulto do dano causado ao erário (art. 71, VIII);

4.º) a assinatura de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, IX);

5.º) a sustação, em caso de não atendimento, da execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X);

6.º) a efetivação de medidas quanto a contratos, quando, em noventa dias, o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não hajam efetivado as providências solicitadas (art. 71, § 2.º).

7.º) a representação, ao Poder competente, sobre as irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI).

Como se pode apreciar, compete ao Tribunal de Contas uma cópia de atribuições corretivas que ultrapassam as funções típicas de auditoria da contabilidade pública, constituindo-se num exemplo de corte administrativa com independência constitucional, atuando, como órgão auxiliar não apenas explicitamente do Poder Legislativo, como de todos os demais Poderes e órgãos públicos independentes.

Essas atribuições se aplicam, no que couber, aos órgãos similares dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 75, CF).

61.2. Controle parlamentar de fiscalização

Esta é, sem dúvida, a mais ampla modalidade de controle exercitável de Poder a Poder e face aos órgãos constitucionalmente independentes. Embora limitada quanto a seus efeitos imediatos, pois não leva à correção dos atos investigados, seu espectro é vastíssimo, conformando o amplo *controle político parlamentar*, através do qual os temas da legalidade e da legitimidade são permanentemente levantados, questionados e debatidos. Por isso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho tem-no considerado como “talvez hoje a principal contribuição dos parlamentos para o processo político”.

Do mesmo modo que o controle parlamentar de correção, sua conformação e suas funções de fiscalização são estritamente constitucionais, não se podendo ampliá-las, nem por via regulamentar interna, nem, muito menos, por via interpretativa, em razão do princípio da separação de Poderes (art. 2.º, CF).

61.2.1. Controle de fiscalização pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas

1.º) a fiscalização e o controle, por cláusula geral de competência, dos atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta (art. 49, X);

2.º) a instituição de comissões parlamentares de inquérito com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para apuração de fato determinado e por prazo certo, podendo ser, as suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para o fim de promover a responsabilidade civil ou criminal dos infratores acaso indigitados (art. 58, § 3.º); e

3.º) o encaminhamento, pelas respectivas Mesas, de pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (art. 50, § 2.º).

61.2.2. Controle parlamentar de fiscalização pelas Casas Legislativas separadamente ou por qualquer de suas Comissões

1.º) A convocação dos Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado ou para oferecê-las por escrito (art. 50).

61.2.3. Controle parlamentar de fiscalização pela Câmara dos Deputados

A tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II).

As modalidades apresentadas, poder-se-iam acrescentar, ainda, todas as hipóteses em que o Congresso Nacional ou o Senado Federal, separadamente, coparticipam, obrigatoriamente, de certas atividades administrativas de relevante importância política, como sejam, exemplificativamente, para o Congresso Nacional: a fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas (art. 48, III); a transferência temporária da sede do Governo (art. 48, VII); a autorização ao Presidente da República para declarar guerra, celebrar a paz ou permitir o trânsito de forças estrangeiras pelo território nacional (art. 49, II); e, no caso do Senado Federal: aprovar a escolha de titulares de altos cargos públicos (art. 52, III e IV); autorizar operações externas de natureza financeira (art. 52, V); fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios (art. 52, VI); dispor sobre limites globais e condições para as

operações de crédito, externo e interno, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII); dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, VIII) e estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, IX).

61.3. Controle constitucional autônomo de fiscalização através do Tribunal de Contas

Essa modalidade, que se subsume na anterior, é ainda mais específica em função de duas características: primeiro, por tratar-se de uma auditoria contábil *sui generis*, e, segundo, por ser exercida por órgão constitucionalmente independente e apolítico: o Tribunal de Contas da União (art. 71, *caput*).

Essa modalidade de *controle externo* vem definida pela própria Constituição como “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (art. 70, *caput*), uma expressão que implica um *amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira*, que prepara e se integra com o controle político privativo dos órgãos parlamentares, democraticamente representativos.

O *controle externo* complementa os sistemas de *controle interno*, que os três Poderes deverão manter, na forma da lei e para os mesmos efeitos acima descritos (art. 70, *in fine*).

Na execução dessa atribuição fiscalizadora, o Tribunal de Contas poderá:

- 1.º realizar inspeções e auditorias (art. 71, IV);
- 2.º fiscalizar as empresas supranacionais de cujo capital social a União participe (art. 71, V);
- 3.º fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União, mediante convênio ou quaisquer outros pactos, às demais entidades políticas (art. 71, VI);
- 4.º representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI).

As normas estabelecidas quanto à fiscalização contábil financeira, operacional e patrimonial exercida pelo Tribunal de Contas da União, se aplicam, no que couber, às atividades similares dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Tribunais de Contas e Conselhos de Contas dos Municípios (art. 75), que não poderão ter, todavia, mais de sete integrantes (art. 75, parágrafo único).

62. CONTROLE JUDICIÁRIO

O controle judiciário, ou judicial, ou, ainda, jurisdicional, é o controle de correção por excelência nos Estados de Direito e uma de suas características políticas distintivas.

Abrange tanto a prestação juspolítica garantidora da juridicidade objetiva como a prestação tipicamente jurisdicional, garantidora da juridicidade subjetiva.

Atua, em regra, por provocação e, em casos especialíssimos, sempre previstos em lei, de ofício, sendo, portanto, basicamente um controle reativo e, por isso, desprovido de fiscalização, salvo em algumas atividades específicas de cunho administrativo, como ocorre na tutela dos interesses da infância e da adolescência e no âmbito penitenciário.

Como ao controle judiciário é atribuída, constitucionalmente, a decisão final sobre a lesão de direito e, mesmo à sua ameaça (art. 5.º, XXXV), cabe-lhe empregar a hiperatividade estatal como seu *last enforcing power* – ou seja, ministrando a *decisão constitutiva final* – que pode obrigar qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive os próprios entes estatais, seus órgãos e agentes, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa exigida em lei.

Pela decisiva contribuição do controle judicial para a realização do Estado de Direito – que se entrelaça com o Direito Constitucional, no que toca à forma federativa de Estado, à separação de Poderes, às garantias constitucionais e, sobretudo, à preservação das liberdades e garantias individuais, por se tratar de cláusula pétreia constitucional (art. 60, § 4.º, IV, CF) e com o Direito Processual, no que toca à disciplina jurídica da atuação dos órgãos do Poder Judiciário no desempenho de suas *funções judicantes* – o seu estudo se torna fundamental para a compreensão da dinâmica do Direito Administrativo, com absoluta importância para os operadores do direito em geral e, em especial, para advogados, servidores jurídicos de órgãos públicos, defensores, promotores, procuradores e magistrados.

Não obstante essa vastidão temática, o presente exame se cinge didaticamente aos pressupostos, às características, à atuação, ao alcance e às limitações do controle judiciário, como se segue.

62.1. Natureza do controle judicial

Trata-se da modalidade de controle que leva à *anulação* de ato (unilateral ou bilateral) ofensivo à ordem jurídica, atuando mediante processos, em que se desenvolvem atividades lógicas, volitivas e conclusivas.

As *atividades lógicas* dizem respeito à inteligência e à aplicação da norma legal, não se limitando à lógica silogística ou apofântica, mas se estendendo às suas demais expressões contemporâneas não aristotélicas, como a lógica histórica e a lógica do razoável.

As *atividades volitivas* destinam-se à imposição da vontade estatal, destinada a estabilizá-la e a torná-la definitiva sob forma da *coisa julgada*. Esta definitividade do pronunciamento abrange dois aspectos: o da *coisa julgada formal* – que se traduz na impossibilidade jurídica de atacar-se a decisão com novos recursos – e o da *coisa julgada material* – que reside na

própria imutabilidade e incontrovertibilidade do conteúdo da decisão que, por isso, diz-se *pro veritate habetur*, ou seja: uma verdade ficta.

São conclusivas, por quanto qualquer processo judicial deve obrigatoriamente concluir com uma decisão, a *prestação jurisdicional*.

62.2. Competência para o controle judicial

O controle judicial se exerce com fundamento em *cláusula geral de competência*, de assento constitucional (art. 5.º, XXXV), sempre que se trate de *injuridicidade subjetiva*.

No caso de *injuridicidade objetiva*, esse controle se restringe à apreciação da constitucionalidade em abstrato, que se processa, estritamente, pelas ações constitucionalmente previstas (art. 102, I, a, combinado com o art. 103, e, também, o art. 125; este, no que toca às Constituições estaduais).

63. RESTRIÇÕES AO CONTROLE JUDICIÁRIO

O controle judiciário, não obstante sua universalidade e sua importância constitucional, sofre restrições quanto à *matéria*, quanto à *amplitude do ato de controle*, quanto à *oportunidade do pronunciamento* e quanto à *extensão do pronunciamento*.

63.1. Restrições quanto à matéria

Se, em princípio, por cláusula geral de competência constitucional (art. 5.º, XXXV), nenhuma *lesão* ou *ameaça a direito* escapa à apreciação do Poder Judiciário, a própria Constituição, visando a um *equilíbrio político entre Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos*, estabelece certas exceções materiais:

- 1.º) o processo e julgamento, pelo Senado Federal, do Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como dos Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I);
- 2.º) o processo e julgamento pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, II);
- 3.º) o julgamento anual, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX);
- 4.º) o julgamento, pelo Tribunal de Contas da União, das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive das fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que deram causa a

perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Nacional (art. 71, II);

5.º) as hipóteses simétricas às acima itemizadas nos planos estadual e municipal (art. 75).

63.2. Restrições quanto à amplitude do controle

As matérias previstas nas hipóteses do subitem anterior não podem ser *decididas* por via judiciária, mas, nem por isso, estão imunes à *apreciação* do Poder Judiciário em todos os demais aspectos que possam caracterizar uma *ilegalidade subjetiva* (art. 5.º, XXXV).

Quaisquer outras matérias poderão ser não somente apreciadas como sujeitas à decisão corretiva judiciária em caso de injuridicidade.

Ainda assim, a *amplitude da apreciação* pode ficar *restrita*, como na hipótese das prisões disciplinares militares, contra as quais não cabe *habeas corpus* (art. 142, § 2.º, CF). O que se restringiu, no caso, foi o uso específico do remédio constitucional e não a apreciação e a decisão quanto ao conteúdo material daqueles atos administrativos punitivos disciplinares militares, que poderão ser examinados por outras vias processuais, quanto à sua legalidade.

Finalmente, a *amplitude do ato de controle* também está restrita constitucionalmente pelo princípio da separação de Poderes (arts. 2.º e 60, § 4.º, III) e pelas características das próprias modalidades *corretivas* que forem estabelecidas em lei (como anulação, sustação, inaplicação, indenização e sanção), não sendo permitido, ao Judiciário, a pretexto de exercer o controle de juridicidade, substituir, pela sua, qualquer *decisão* constitucionalmente reservada aos demais Poderes e órgãos independentes.

Refogem, por isso, a um *controle substitutivo* de vontade os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo praticados no respectivo exercício ou da competência reservada à edição de norma legal ou da sua aplicação administrativa. Diante de injuridicidade *apreciada* nessas hipóteses, ao Judiciário é vedado substituir a decisão viciada por outra decisão, normativa ou administrativa, que lhe pareça melhor.

É a essa altura que a doutrina mais antiga costumava referir-se à existência de *ato político*, como, por exemplo, o fez, Oreste Ranelletti, que, mesmo reconhecendo a dificuldade de extremá-lo com uma definição precisa, concluía que tal ato deveria ser entendido como um distinto tipo de manifestação de vontade – um *ato de governo* – sem ser propriamente o de administrar. Tal distinção, embora imaginativa, não apresenta qualquer valia em nosso vigente sistema constitucional, já que *nenhum ato refoge à apreciação do Judiciário, quando lese ou ameace de lesão a direitos* (art. 5.º, XXXV). Qualquer que seja seu conteúdo, supostamente de governo ou não, de origem política ou meramente burocrática, o ato considerado “político” só poderia admitir um tratamento diferenciado se fundado em expressa disposição constitucional.

Como “*atos políticos*”, para os que sustentam a sobre-existência dessa categoria no Direito Público brasileiro, caracterizar-se-iam os *interna corporis* dos tribunais e das casas legislativas. Porém, também nestas hipóteses, mais uma vez, observa-se a inutilidade da distinção proposta para efeito de controle de Direito, embora possa ter algum interesse para a Ciência Política, porquanto tais atos, em nenhum dispositivo constitucional ficaram excluídos do controle pelo Poder Judiciário: tanto o de legalidade subjetiva quanto o de legalidade objetiva (art. 5.º, XXXV, e art. 102, I, a, na referência a *ato normativo*).

É preciso considerar, por fim, para efeito de sujeição ao controle judicial, a diferença, já indicada, entre a *discricionariedade* e os *conceitos jurídicos indeterminados*.

A *discricionariedade* é instituto característico e necessário da *aplicação administrativa da lei*, desde que esta haja delegado à Administração a função de decidir entre *inúmeras opções de mérito* possíveis, ou seja, a de formular opções de conteúdo, de *oportunidade* e de *conveniência*, a serem tomadas sempre dentro de limites legalmente prefixados. Nesta hipótese, de emprego da *discricionariedade*, como as *escolhas são todas exclusivas da Administração*, o Judiciário, a pretexto de exercer controle, não poderá substituí-las pelas suas, embora possa e deva examinar, quando provocado, se as competências administrativas foram exercidas dentro dos limites de direito.

Diferentemente, os *conceitos jurídicos indeterminados*, claramente definidos pela doutrina germânica do século passado, são juízos em tese, vagos, amplos, que pendem de serem precisados, como o são, por exemplo, os de “paz pública”, de “bom pai de família”, de “falta grave”, de “reputação ilibada”, de “conduta desonrosa” etc., mas que, postos sob hipótese, sob um ponto de vista estritamente lógico, só *admitirão uma única interpretação aplicativa* legalmente adequada diante de determinada moldura de fatos, ou seja, comportam apenas *uma única opção juridicamente correta do administrador*, seja positiva ou negativa – aplicá-los ou não ao caso – inadmitindo escolhas intermediárias.

Desse modo, como se trata de *um problema de correta aplicação do direito*, necessitando-se constatar, *in casu*, a ocorrência da hipótese que a lei deixou *in albis* quanto à sua determinação, não, porém, quanto à sua *existência*, já que esta identificação casuística é necessária como *motivo sine qua non* da atuação da Administração, e não mais uma hipótese de *escolha administrativa*, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle de juridicidade dessa aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, anulando as *decisões imotivadas* ou *falsamente motivadas*.

Na hipótese de *conceitos jurídicos indeterminados*, tem-se difundido a teoria da *margem de apreciação*, desenvolvida por Otto Bachof, adotada pelos tribunais europeus, reconhecendo que, nesses casos, o legislador deixa um âmbito de decisão ao administrador para que este a tome rigorosamente *dentro deste espaço* assim aberto. Se isso ocorrer, a decisão deverá ser aceita pelos tribunais como matéria exclusiva da Administração, mas, em contrapartida, os

órgãos judiciários terão a faculdade de controlar se os *limites* deste espaço foram respeitados (isso, se não ocorreram vícios de irrealidade e de irrazoabilidade que os tisnem irremediavelmente).

Embora certa doutrina considere existir “prerrogativas de avaliação” em favor da Administração, sempre que esta aprecie conceitos jurídicos indeterminados, é indubidoso que tal ilimitado elastério interpretativo não tem guarda no sistema de controle de juridicidade adotado no Brasil, e por dois motivos: um *negativo* e outro *positivo*. O primeiro, porque não existem *prerrogativas de avaliação* – como, de resto, *nenhuma* prerrogativa da Administração Pública que não esteja prevista na ordem jurídica, e, o segundo, porque, por cláusula geral constitucional, não pode o Judiciário se furtar a examinar os *pressupostos de realidade, de razoabilidade e de proporcionalidade de qualquer definição administrativa*, sempre que for provocado por quem as alegar, por causarem *lesão ou ameaça a direito* (art. 5.º, XXXV, CF).

63.3. Restrições quanto à oportunidade do pronunciamento

A tradição constitucional brasileira exigia, em regra, que se houvesse *aperfeiçoad o ato da Administração*, como pressuposto do exercício do controle judiciário. O *ato incompleto* e o *pendente*, exatamente porque por não terem ainda aptidão para produzir efeitos, tecnicamente não poderiam estar causando lesão a direito.

Essa prescrição geral (então encontrada no art. 153, § 4.º, da Constituição de 1969) já apresentava, não obstante, alguns temperamentos, como, por exemplo: o *controle corretivo cautelar*, por via de mandado de segurança e de *habeas corpus*, que seriam meios inibidores da produção de efeitos do ato ilegal.

A Constituição de 1988 progrediu no conceito de *tutela antecipada*, consagrando o *princípio da prevenção contra a ameaça a direito* (art. 5.º, XXXV), submetendo, em regra, qualquer atividade pública ou privada, que *ameace a direitos*, à mesma tutela dispensada em caso de sua *violação*.

Essa alteração, todavia, não toca às restrições lógicas do ato de controle *vis-à-vis* aos atos controlados. Com efeito, o Poder Judiciário pode impedir que *efeitos* de atos dos demais Poderes prejudiquem direitos, suspendendo-os, total ou parcialmente, mesmo que venham a ser efetivamente praticados.

Não cabe, entretanto, ao Poder Judiciário nem antecipar seu julgamento sobre o *ato incompleto*, para anulá-lo nem, tampouco, ordenar ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e aos órgãos constitucionalmente autônomos, que se abstêm de praticar atos de sua exclusiva competência, tais como votar uma lei, expedir um decreto legislativo, baixar um ato de *interna corporis*, fiscalizar, promover ou praticar quaisquer *atos próprios*.

Está claro que a força cautelar do provimento judiciário põe a salvo o direito subjetivo incidentemente tutelado contra a ameaça julgada injurídica, mas não tem o poder de *inibir*

quaisquer dos demais Poderes ou os órgãos funcionalmente independentes de exercerem suas respectivas competências constitucionais, mesmo que prenunciem, ainda em tese, antevisíveis vícios de juridicidade.

Assim, nas hipóteses de *controle cautelar*, prévio ao aperfeiçoamento do ato, a decisão acautelatória *inibirá apenas a exequibilidade do ato*, se este vier a ser praticado, porém a sua *anulação* dependerá, quando e se for o caso, do recurso à via processual específica contra o ato, então, efetivamente existente, pois o que se deve anular são atos e não intenções.

Portanto, no controle corretivo exercido a título cautelar, *não há antecipação do conhecimento integral do ato sub judice*, ainda porque tal ato pode não somente estar incompleto como sequer ter sido iniciado. O que se promoverá é a mera *inibição* de um dos seus possíveis efeitos, com a *suspensão da execução*, no caso em que eventualmente venha a ser completado.

Mas a função *cautelar* deverá ser, também, exercida sempre dentro de estritos limites *legais e lógicos*. São limites *legais*, aqueles estabelecidos pela lei processual, e são limites *lógicos*, os que derivam da realidade e da razoabilidade, dois princípios que se aplicarão onde quer que a lei possa abrir uma escolha ao administrador, recaindo, portanto, sobre atividades *discretionárias* de quaisquer dos Poderes e órgãos independentes.

Assim, por exemplo, o Judiciário não pode decretar uma medida liminar em processo em que a lei processual a proíba (limite legal), nem fundar-se sobre pressupostos irreais ou de difícil ocorrência (limite lógico).

63.4. Restrições quanto à extensão do pronunciamento

O pronunciamento do Judiciário não ultrapassa, naquilo em que declara, constitui e condena – o que corresponde ao *decisum* de seus atos jurisdicionais – *as relações jurídicas deduzidas*, a respeito das quais foi provocado a decidir. Como precisamente expressa Seabra Fagundes, “*rege o caso concreto ajuizado*”. Ainda que perfeitamente idênticos de fato e de direito outros se apresentem, a coisa julgada operará *in casu*.

Singular exceção a essa restrição genérica, no direito brasileiro, é a *decisão normativa* nos dissídios coletivos de trabalho, de previsão constitucional (art. 114, § 2.º), em que a coisa julgada se estende a relações jurídicas que não foram deduzidas especificamente, englobadas no gênero.

Outra exceção à regra, está uma inovação da Carta de 1988, está nos efeitos do mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), que depende da legislação que venha a fixá-lo, embora se deva admitir que uma decisão denegatória jamais deverá prejudicar a postulação de direitos individuais, ou seja, em outras palavras: uma decisão denegatória baseada na *ausência de direito coletivo líquido e certo*, não implica a *existência* ou não de *direito individual*.

Uma terceira exceção, por fim, está na extensão *erga omnes* da sentença civil, proferida

em ação civil pública, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas (art. 16 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985).

Para encerrar, cabem algumas observações sobre a *extensão da coisa julgada*, em decisões proferidas a respeito de *atos normativos*. A lei e o ato administrativo normativo podem apresentar *ilegalidade objetiva*, seja referida à Constituição, seja referida, no caso de ato administrativo normativo, à própria lei. Mas, pelo simples fato de serem *abstratos*, e de não concretizarem a vontade do Estado numa determinada relação jurídica, não podem, logicamente, de maneira direta, produzir *ilegalidade subjetiva*. Assim, em princípio, a norma, *em tese*, é inatacável perante o Judiciário.

Quatro exceções, entretanto, se apresentam em nosso ordenamento jurídico, em que a norma em abstrato produz efeitos concretos imediatos:

- a) As leis que estabeleçam *diretamente* situações concretas e produzam efeitos administrativos *imediatos*. Pela mesma razão exposta acima, elas podem ser justicáveis, pois são apenas *formalmente* leis, porque, ao estabelecerem situações concretas, tornam-se atos *materialmente administrativos*, embora *praticados por via legislativa*.
- b) As leis estaduais que firam a autonomia municipal (art. 34, VII, c), porque, se fossem concretamente exequíveis, sem necessidade de ato administrativo particularizante, poderiam violar *diretamente* o direito subjetivo público constitucional do município ao gozo de sua autonomia.
- c) As leis ou atos normativos, federais e estaduais, que forem submetidos ao Supremo Tribunal Federal, em *ação direta de inconstitucionalidade*. Esse instituto, previsto na Carta Magna, com o *objetivo político* precípua de guardar a Constituição (art. 102, I, a), é uma das poucas ações de assento constitucional destinada à *correção judiciária da injuridicidade objetiva*; em outras palavras: aprecia-se o direito em tese.

Há regra simétrica prevendo a *ação de declaração de inconstitucionalidade*, de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das respectivas Constituições estaduais (art. 125, § 2.º).

O estudo específico dessas ações será feito na Parte Especial deste Curso, bastando, por ora, ressaltar sua peculiaridade relativamente à extensibilidade da coisa julgada: uma vez que, em qualquer outro tipo de ação judiciária, juízes e tribunais, ao decidirem pela inconstitucionalidade (ou pela ilegalidade) de atos normativos, só o farão *in casu*, com efeitos limitados à relação jurídica concreta deduzida.

- d) As leis ou atos normativos federais que vierem a ser submetidos à *ação declaratória de constitucionalidade*. Esse instituto, também previsto na Constituição (art. 102, I, a), se insere no rol das ações constitucionais como apropriada à *tutela judiciária da ilegalidade objetiva*.

Sua singularidade está em produzir *eficácia erga omnes* e *efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art. 102, § 2.º) (v. quadro XVII).

QUADRO XVII – CONTROLE DE JURIDICIDADE

Controle da Juridicidade administrativa	Juridicidade Objetiva	Autocontrole (interno)	Fiscalização Correção	Anulação Sanatória
		Heterocontrole externo	Legislativo Judiciário Órgãos Independentes	Controle Parlamentar Controle Financeiro orçamentário Controle de Inconstitucionalidade Controle de Constitucionalidade Órgão de Contas Funções Essenciais à Justiça Conselhos Nacionais (Justiça e MP) Fiscalização Correção Fiscalização Correção Fiscalização Correção Fiscalização Provocação Fiscalização Correção
Juridicidade Subjetiva	Autocontrole Administrativo (indireto)	Direito de petição (Correção) Recurso administrativo	Cautelar Correção	
	Heterocontrole Judiciário (direto)	Suspensão de execução (Cautelar) Anulação (Correção)		

III

PARTE ESPECIAL

64. SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

A relação jurídica administrativa se trava, basicamente, entre dois sujeitos, um dos quais, pelo menos, é a Administração ou quem por ela atue. É a este sujeito, o que age na prossecução do interesse público específico que lhe é cometido por lei, por contrato, por ato administrativo complexo ou por ato administrativo, que se denomina genericamente *ente administrativo*.

Sob o critério funcional, definem-se três categorias fundamentais de entes administrativos: os *entes administrativos estatais*, que são pessoas jurídicas de direito público, às quais a ordem jurídica outorga o desempenho de funções administrativas; os *entes administrativos paraestatais*, que são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação foi por lei autorizada, e dela recebe delegação para o desempenho de funções administrativas; e os *entes administrativos extraestatais*, que são pessoas de direito privado, que se associam ao Estado para o desempenho de funções administrativas ou de simples atividades de interesse público, através de vínculos administrativos unilaterais ou bilaterais de colaboração.

Sob uma classificação rigorosa, as duas primeiras categorias de entes – *estatais* e *paraestatais* – corresponderiam à Administração Pública *direta* e a *indireta*, pois as autarquias de todo gênero se incluiriam na administração *direta*, por serem *entidades estatais* que atuam com outorga legislativa, portanto, por *direito próprio* e não por *delegação*. Por este motivo, nesta linha se sustentou neste Curso, desde sua primeira edição, então na confortadora companhia de Hely Lopes Meirelles, que as *autarquias*, como pessoas jurídicas de direito público, destacadas das entidades matrizes apenas para efeitos administrativos, integravam a administração *direta* e, portanto, em esquema simples, a administração *direta* seria a categoria conformada por *entes estatais*, enquanto que a administração *indireta* estaria conformada por *entes paraestatais*.

Lamentavelmente, porém, veio a ser adotada, sem maiores críticas e sem ulteriores correções, a equivocada sistemática do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1968, conhecido como o diploma da “Reforma Administrativa”, que retirou as autarquias da administração *direta* e as incluiu na administração *indireta*, juntamente com as pessoas de direito privado *paraestatais*, tornando essa aberração tecnocrática, uma classificação de direito positivo.

Feita essa ressalva, quanto à origem da distinção atualmente adotada e, em contraste, a da boa linha doutrinária abandonada, este *Curso*, fiel à sua precípua *finalidade didática*, já de há muitos anos passou a registrar *apenas a classificação positiva vigente*, distribuindo, assim, os

entes administrativos nas duas mencionadas categorias (A e B) como se segue:

- A – a *administração direta* – de natureza puramente *estatal* – compreendendo os *entes estatais políticos*: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e
- B – a *administração indireta* – de natureza *híbrida* – incluindo tanto (1) *entes administrativos estatais*, instituídos como desdobramentos do Estado com *personalidade de direito público*, para atuar por *direito próprio* – as *autarquias* – como (2) *entes administrativos paraestatais*, instituídos com *personalidade de direito privado*, para atuar em atividades administrativas ou de interesse público por *delegação legal*, distinguindo-se nestas quatro subcategorias – as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *subsidiárias* destas e as *fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado*.

Além dessas duas categorias de *entes administrativos* – que conformam a *administração direta* e a *administração indireta* – acrescenta-se ao elenco uma terceira categoria (C) de *entes administrativos privados* que atuam por *colaboração*:

- C – a *administração associada* – de natureza *privada*, integrada por *entes administrativos associados* e conformada por duas subcategorias: (1) de *entes administrativos paraestatais*, instituídos com *personalidade de direito privado*, para atuar em atividades administrativas ou de interesse público por *delegação legal* – com a exclusão das quatro modalidades de paraestatais já acima mencionadas, que se classificam na *administração indireta* – e mais a subcategoria (2) de *entes administrativos extraestatais*, também chamados de *entes de colaboração*, que reúne todas as demais espécies de *pessoas de direito privado*, que exercem, sob vínculo jurídico com o Poder Público, de algum modo e em alguma parcela, uma atividade de *administração pública* ou reconhecida como de *interesse público*.

Nesta subcategoria de entes administrativos extraestatais (C-2), distinguem-se ainda: 1) os *entes de direito privado delegatários*, que atuam em virtude de um vínculo de *delegação*, que poderá ser instituída por lei, por contrato administrativo ou por ato administrativo complexo, e (2) os *entes de direito privado reconhecidos*, que atuam em virtude de um simples vínculo *administrativo* que os credencia ou os reconhece como executores das mencionadas atividades administrativas públicas ou de interesse público.

65. PERSONIFICAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO INTERNO

Todos os *entes administrativos* são dotados de *personalidade jurídica*, o que os tornam sujeitos de direitos e de obrigações.

Externamente, o Estado brasileiro se personifica como *República Federativa do Brasil*, unidade política soberana constituída como um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, CF), e, *internamente*, como uma *pluralidade de entidades políticas*: a *União*, os *Estados-membros*, o

Distrito Federal e os Municípios, todas política e administrativamente autônomas, com seus respectivos espaços geográficos e setores de competência definidos (arts. 1.º e 18, CF).

Todas essas entidades são instituídas como *pessoas de direito político* ou, simplesmente, *pessoas políticas*, conformando os *entes centrais da administração pública* dos três níveis federativos, definidos constitucionalmente, como adiante se exporá.

A esses *entes político-administrativos* de nível constitucional acrescentam-se dois outros desdobramentos do Estado, com *personificações administrativas* de nível legal: os *territórios* e as *autarquias*.

No tocante aos *territórios*, sua criação, transformação em novo Estado ou reintegração ao Estado de origem, deve ser regulada por *lei complementar* (art. 18, § 2.º, CF) e sua organização administrativa e judiciária, por *lei ordinária* (art. 33, *caput*, CF).

Quanto às *autarquias*, sua criação pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios depende de *lei ordinária* da entidade política instituidora (art. 37, XIX, CF).

A personalidade jurídica de *direito público interno*, uma vez instituída por norma constitucional ou legal, a sua desconstituição só se poderá operar por ato de igual hierarquia normativa.

Os *territórios* desdobram e *integram a União* (art. 18, § 2.º, CF), e as *autarquias* desdobram e *integram* suas respectivas entidades políticas matrizes, de modo que são, ambos, *espécies* do gênero *autárquico*, caracterizado pela *autonomia administrativa*, sem, contudo, desfrutar de *autonomia política*.

Muito se tem discutido sobre a *personalização jurídica*, uma vez que a *personalidade* insinua a existência de um *atributo* imanente ao homem, como ser racional e dotado de vontade. O Direito se vale, portanto, de uma ficção, para personalizar outros institutos de criação humana, embora nem sempre exista acordo quanto ao emprego dessa licença jurídica, havendo quem sustente que, além de pessoas físicas, não há senão meros *patrimônios administrativos* ou *centros de imputação de interesses*, tal como o são considerados, por exemplo: as massas falidas e os condomínios no Direito Privado, e, também, certos órgãos administrativos autônomos e as mesas diretoras de corpos colegiados, no Direito Público.

Não obstante, a justificação da personalidade ficta se impôs no Direito, sustentada racionalmente com fundamento na *teoria do interesse*. Com efeito, como a *personalidade* está vinculada à *proteção de interesses individualizados*, o conceito de *titularidade sobre interesses* serve de elemento central para a sua extensão, com abstração da individualidade física.

Com efeito, em se tratando de *indivíduos*, pessoas físicas, a diferenciação e a concentração de interesses é evidente, senão que intuitiva, mas, em se tratando de pessoas fictas, como *entidades abstratas*, faz-se necessário que certos interesses sejam *formalmente diferenciados, destacados, atribuídos, concentrados e imputados a um centro de vontade* apto a preservá-los e a desenvolvê-los autonomamente: as *pessoas jurídicas*.

Ora, como os *interesses da Administração*, tanto os primários como os secundários, o são em grande número e extremamente diferenciados entre si, é lógico que se desdobrem, em consequência, para atendê-los, as diversificadas personalizações encontradas no Direito Público, surgindo, como acima relacionado, as *pessoas jurídicas de direito público* de dois níveis de criação: as *constitucionais* e as *legais*, tendo em comum (1) o *interesse público* e a (2) a *vontade estatal* – que são os seus *elementos constitutivos essenciais*, como se passa a examinar.

65.1. Interesse público

O *interesse público*, já se expôs, tem para o Direito um sentido próprio e especial, não consistindo, como poderia parecer à primeira vista, um mero *somatório* dos interesses individuais de uma coletividade. Esta concepção meramente aglutinativa de interesses, por algum tempo, empolgou os utilitaristas, que acreditavam, a partir dela, na possibilidade de uma *determinação quantitativa do bem comum*, fundamentando-se na premissa falsa de que *as pessoas não poderiam ter interesses individuais antagônicos aos metaindividual*s.

A precariedade dessa afirmação desponta com nitidez de alguns exemplos do quotidiano do direito. No campo da *tributação*, o interesse individual poderá ser a redução das cargas tributárias, enquanto que o interesse metaindividual seria o da captação de maiores recursos públicos. No campo da *segurança*, o interesse individual será o de dedicar ao serviço militar o menor tempo possível, enquanto que diametralmente oposto poderá se apresentar o interesse público. No campo da *educação*, o interesse de jovens educandos pode ser, em certas circunstâncias, como ocorre em famílias numerosas, o de abandonar a escola para dedicar-se a uma atividade produtiva de menor expressão social, enquanto que o interesse geral sempre será o de contar o País com o maior número possível de cidadãos de razoável nível de formação, até mesmo pela ampliação do período compulsório de educação.

Exemplos dessa natureza, em que se confrontam interesses individuais e metaindividual, se multiplicam e claramente demonstram que o *interesse público* nem é um *somatório de interesses individuais* nem um *interesse próprio do Estado*, nem, ainda e muito menos, se identifica com o dos governantes, como ocorreu no passado absolutista.

Realmente, se o conceito de *interesse público* expressasse a *soma dos interesses individuais*, a existência do Estado seria um mal necessário, apenas tolerado como instrumento de cooperação impositiva para realizá-los. Se fosse um *interesse próprio do Estado*, neste caso não se identificaria com o da *sociedade* e representaria a negação do *princípio republicano*. Finalmente, se o interesse público se *identificasse com o dos governantes*, neste caso o Estado não passaria de um instrumento de opressão, negando-se o *princípio democrático*.

Resta, assim, a ser considerada, a conclusão, eticamente impecável, de que o homem tem instintivamente inata e desenvolve em sua vida de relação, além da sua *individualidade*, uma *dimensão gregária*. Em razão disso, em acréscimo a seus *interesses individuais*, reflexos de

sua individualidade, também alimenta, como expõe Walter Lippmann, *interesses sociais*, como reflexo de seu gregarismo, com características solidárias e respectivamente correlacionadas aos distintos grupos da sociedade a que pertença.

Assim, é a projeção coletiva do *interesse social*, ainda que embrionário ou incipiente – mas que pode e deve ser desenvolvido e aperfeiçoado em cada indivíduo pelo cultivo da *solidariedade* e do *civismo* – a responsável pelo desenvolvimento dessa categoria transcendental, do *interesse metaindividual*, do qual, o *interesse público*, enquanto *fenômeno sociológico*, emerge diferenciado na consciência gregária e, como *fenômeno jurídico*, qualificado pela ordem jurídica vigente em cada sociedade organizada.

65.2. Vontade estatal

A esse elemento estudado, o *interesse público*, agrega-se o da *vontade estatal*, o outro dado essencial a ser considerado para a compreensão do fenômeno da *personalização jurídica de direito público*. A este respeito, Marcelo Caetano adverte que o termo *Estado* se emprega com dois sentidos: em acepção ampla, entendido como uma *comunidade política e juridicamente organizada* em determinado território e dotada de autodeterminação plena; e, em acepção restrita, como uma *personificação de direito público interno* correspondente à sociedade que a institui.

A primeira acepção convém apenas ao conceito de *Estado soberano*, cuja vontade não sofre, em tese, senão as *limitações jurídicas* que a si mesmo imponha; e, a segunda, caracteriza um Estado, cuja vontade se submete a um *ordenamento jurídico* que reconhece e protege, tanto os direitos individuais primários, como os direitos deles derivados, afetos a miríades de entidades sociais secundárias.

No Direito Administrativo contemporâneo ganha especial relevo a segunda acepção, a que considera as *pessoas jurídicas de direito público* como *entes dotados de capacidade de manifestar a vontade estatal*, aptos para atuar como *instrumentos das sociedades que os instituem* e, por isso, com a função de polos de *relações jurídicas administrativas*.

65.3. Níveis de personificação dos entes administrativos

A *personificação* de direito público, recordando-se, pode ocorrer em dois níveis: o *constitucional* e o *legal*. No nível *constitucional*, situam-se as entidades federadas, ou *pessoas de direito político*: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e, no nível *legal*, os territórios e as autarquias, estas duas últimas, figuras *previstas na Constituição*, mas com sua *criação dependente de lei*, que lhes conferirá existência e autonomia administrativa, embora sem autonomia política.

A *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Municípios* são também denominados de *entidades centrais* ou de *pessoas jurídicas de direito público centrais*, pelo fato de se encontrarem

no núcleo de uma constelação de entes e de órgãos que, em seu conjunto, expressam diferentes aspectos funcionais do *poder estatal* – uma sorte de *policracia* – conformada por inúmeras entidades que se vão delas derivando – por *abotoamento* e por vínculos de *outorga* – bem como por outros mais, que vão sendo atraídas e captadas – por vínculos de *delegação* e de *reconhecimento*.

Essas *entidades centrais*, no exercício das respectivas autonomias políticas, *auto-organizam-se juridicamente*: a *União*, pela Constituição Federal (Título III, Capítulo II); os *Estados*, por suas respectivas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal (art. 25); os *Municípios*, pelas respectivas Leis Orgânicas (Cartas Municipais), atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na do Estado a que pertençam (art. 29), e o *Distrito Federal*, por sua Lei Orgânica, obedecidos sempre os princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal (art. 32, *caput*).

65.4. Órgãos administrativos despessoalizados anômalos

Cabe aqui mencionar três tipos de órgãos *administrativos de previsão constitucional* – as *regiões metropolitanas*, as *aglomerações urbanas* e as *microrregiões* – como importantes anomalias, por não possuírem personalidade jurídica própria. Tais órgãos – definidos como *agrupamentos de municípios limítrofes* – são instituídos com o objetivo de integrar-lhes as respectivas organizações, os planejamentos e as programações, bem como a execução de *funções públicas de interesse comum* (art. 25, § 3.º, CF).

Essas instituições, como se pode observar perlongando o elenco de suas atribuições constitucionais, não possuem personalidade jurídica, nem, tampouco, autonomia política, constituindo apenas órgãos *administrativos* de previsão constitucional, dotados de uma relativa *autonomia administrativa*, que lhes é atribuída para o fim específico de polarizar a pretendida *cooperação interzonal*, devendo ser criados por *lei complementar dos Estados-membros*, que, neste caso, lhes definirá as características, especialmente quanto à *autonomia* de que desfrutarão e o tipo de *cooperação* que deverão desenvolver, dependendo da natureza e da intensidade idealizadas pelo legislador complementar estadual.

Tal solução político-administrativa adotada em 1988 é tecnicamente superior à da Carta que a antecedeu (em seu art. 164), que outorgava à União a *competência para criar regiões metropolitanas*, pois o êxito dessas organizações não dependeria, afinal, da União, que as instituiria formalmente, mas do tipo e da intensidade da *cooperação a ser desenvolvida entre os Municípios* que as comporiam, bem como da capacidade de lograr uma eficiente *coordenação de parte do Estado-Membro*, o que explica o desalentador fracasso da instituição na experiência constitucional anterior.

Como no presente Curso se faz impossível detalhar os inúmeros *entes administrativos* disseminados nos três graus políticos da Federação, embora, todos eles, afinal, não

apresentem entre si variações muito distintas – em parte, por algumas contingências de simetria constitucional, em parte, apenas, pela comodidade da imitação e de mimetismo institucional – aqui se oferecerá apenas uma notícia mais desenvolvida sobre a organização administrativa da União, acrescendo-se algumas notas, à guisa de modelo, sobre o Estado do Rio de Janeiro, exemplificando características comuns aos demais Estados da Federação, à do Distrito Federal e aos Municípios, reservando-se um último item para uma breve referência aos Territórios.

Esse estudo está desenvolvido nas três Seções que se seguem, da *administração direta*, da *administração indireta* e da *administração associada*, ou de *colaboração*, tal como dispostas na atual sistemática do direito positivo brasileiro.

Seção I ADMINISTRAÇÃO DIRETA

66. ADMINISTRAÇÃO DIRETA FEDERAL – A UNIÃO

A União, pessoa de direito público central da Federação brasileira, tem, externamente, personalidade de direito internacional, representativa de sua soberania integral (art. 21, I, II, III e IV). Internamente, porém, a União é um *ente autônomo* e limitado ao exercício de certas funções inerentes à soberania, mas apenas daquelas, explícitas e implícitas, que a Constituição lhe atribui, para o desempenho de suas funções legislativas, administrativas, judiciárias e independentes.

Na partilha das funções cometidas aos complexos orgânicos da União, como exposto, as competências administrativas cabem, preponderantemente, ao conjunto que conforma o seu Poder Executivo, pois os complexos dos demais Poderes – Legislativo e Judiciário – bem como os dos órgãos constitucionalmente independentes, que não estão compreendidos e submetidos a qualquer dos Poderes, por gozarem da corolária autonomia administrativa, têm as suas respectivas funções administrativas limitadas à gestão de seu pessoal, de seus bens, de seus serviços e de seus atos, não obstante, sujeitos às mesmas normas que regem toda a Administração Federal, tanto em suas relações jurídicas de coordenação quanto nas de subordinação.

Os assim denominados poderes administrativos constitucionais, cometidos à União, podem ser explícitos ou implícitos: são explícitos os elencados nos arts. 21 e 23, e implícitos, todos aqueles necessários ao cabal exercício dos explícitos, assim como os que se dessumem da sua competência legislativa (arts. 22 e 24).

As competências administrativas constitucionais explícitas da União desdobram-se, por sua vez, em privativas e comuns. São competências administrativas privativas da União as mencionadas nos vinte e cinco incisos do art. 21 da Constituição, autorizadas as suas

delegações, através de consórcios públicos e de convênios de cooperação, no nível de execução e sempre quando cabível (art. 241). As *competências administrativas comuns*, as exerce a União, conjuntamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e estão arroladas nos doze incisos do art. 23.

Assim como inexiste hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, pois cada uma delas só tem eficácia dentro de sua respectiva esfera autônoma e constitucionalmente caracterizada de *competência legislativa*, tampouco se estabelece hierarquia no desempenho das respectivas *competências administrativas* dessas entidades, pois que dela derivam. Como única exceção, a Constituição instituiu no art. 198 um *sistema hierarquizado de saúde* no âmbito da competência comum. Dito isso, a exorbitância legislativa de qualquer uma delas, ultrapassando os lindes de sua própria competência, inquinará de *inconstitucionalidade* qualquer ato praticado.

Na estrutura do *Poder Executivo da União*, por sua vez, as competências administrativas concentram-se maciçamente no Presidente da República, seu chefe unipessoal e agente político eleito, que exerce a direção superior da administração federal com o auxílio de Ministros de Estado, por ele nomeados e exonerados *ad libitum* (art. 84, I).

A partir desses preceitos reitores, tanto a organização formal do Poder Executivo como a distribuição de suas atividades passam a ser matéria de legislação infraconstitucional, vigorando o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com suas posteriores alterações (notadamente o Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, a Lei n.º 6.036, de 01 de maio de 1974, a Lei n.º 7.232/1984 e a Lei n.º 7.596, de 1987). O texto principal, epigrafado de “*Reforma Administrativa*”, trouxe, à época, inquestionavelmente, uma oportuna modernização e maior funcionalidade à Administração Federal, não obstante o descuro técnico com que foi redigido, mas, passado mais de quarto de século, em época de intensas mudanças juspolíticas, tornou-se reconhecidamente obsoleto e inadequado.

67. ADMINISTRAÇÃO DIRETA DOS ESTADOS

O s *Estados* são membros da federação brasileira, dotados de personalidade de direito público interno, aos quais está cometido o exercício de *poderes estatais* inerentes à soberania.

Em simetria com a organização federal, as *funções administrativas* que lhes foram partilhadas competem, predominantemente, a seus respectivos Poderes Executivos, sem prejuízo das imanentes à autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos seus respectivos órgãos constitucionalmente independentes, na gestão de seus respectivos pessoal, bens, atos e serviços próprios.

Aos Estados, a Constituição atribui *competências administrativas explícitas exclusivas*, que se compreendem no art. 25, §§ 2.º e 3.º; *competências administrativas explícitas comuns*, que são as

elencadas no art. 23; *competências administrativas remanescentes*, que são as genericamente englobadas no art. 25, § 1.º; e *competências administrativas implícitas*, que são todas aquelas indispensáveis ao eficiente exercício das demais, inclusive as dessumidas de suas competências legislativas, a concorrente e a própria.

Simetricamente à União, também os chamados *poderes administrativos estaduais*, notadamente os de *natureza extroversa* encontram-se concentrados em seu Poder Executivo, por isso mesmo assim denominado, em razão do característico exercício de suas funções no campo da subordinação, cabendo-lhe a *Administração Estadual*, sob a direção unipessoal do Governador do Estado (art. 28), auxiliado por Secretários de Estado, em número e com as competências que lhes vierem a ser fixadas pelas respectivas Constituições e leis estaduais que adotarem (art. 25, *caput*).

Por legislação própria, constitucional e infraconstitucional, os Estados organizarão a estrutura e o funcionamento de suas respectivas Administrações Públicas, partilharão internamente sua competência e disporão sobre seus servidores, seus bens, seus atos e seus serviços, em tudo limitados apenas pelos princípios e regras de eficácia federativa da Constituição.

68. ADMINISTRAÇÃO DIRETA DO DISTRITO FEDERAL

À unidade territorialmente descentralizada na qual se assenta a Capital da República – o *Distrito Federal* – foi conferida uma situação juspolítica especial, pois, embora não tenha o *status de Estado*, é membro integrante da Federação e a ele equiparado em vários aspectos (arts. 18 e 32).

Esta configuração, que lhe outorgou a Carta de 1988, de *Estado defectivo*, apresenta uma nítida evolução relativamente à situação nas anteriores, pois conta com três Poderes Orgânicos próprios e goza de autonomia semelhante à dos Estados, salvo no que respeita a peculiaridades das seguintes seis instituições: (1) da organização judiciária; (2) da organização do Ministério Público e (3) da Defensoria Pública e a organização e manutenção (4) da Polícia Civil, (5) da Polícia Militar e (6) do Corpo de Bombeiros Militar, que incumbem à União (art. 21, XIII e XIV), e à utilização, pelo Governo central, destas três corporações de segurança pública (art. 32, § 4.º). Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, cometeu à União o encargo de prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de *fundo próprio* (art. 21, XIV, CF).

O Distrito Federal exerce *competências administrativas explícitas comuns*, que são em número de doze, arroladas no art. 23; *competências administrativas remanescentes*, tais como as que têm os Estados-membros, por força do art. 32, § 1.º; *competências administrativas explícitas próprias*, estabelecidas nos incisos III a IX do art. 30; e *competências administrativas implícitas*,

que são todas as necessárias ao cabal cumprimento das demais e aquelas decorrentes de sua competência legislativa.

A Administração do Distrito Federal se concentra em seu Poder Executivo, chefiado unipessoalmente pelo Governador, estruturado em *lei orgânica* própria (art. 32, *caput*), que disporá sobre a gestão de seus bens, pessoal, atos e serviços, limitada apenas pelos princípios e normas de eficácia federativa da Constituição, entre os quais se incluem as anomalias quanto à organização e atividade das seis instituições nacionais de expressão local, suprarreferidas.

69. ADMINISTRAÇÃO DIRETA DOS MUNICÍPIOS

A *autonomia política municipal* foi enfatizada na Constituição de 1988, erigindo o *Município a membro* da Federação brasileira (art. 18), cabendo-lhe o exercício de aspectos da soberania estatal, o que lhe outorga competência para adotar sua própria *Lei Orgânica*, substantivamente e mais adequadamente denominada, segundo a tradição republicana, de *Carta Municipal* (art. 29), e, a partir dela, legislar e exercer a Administração Pública Municipal (art. 30).

A *Carta Municipal* (como substância), que deverá ser votada em forma de *Lei Orgânica* (como instrumento), em dois turnos, com o interstício mínimo de 10 dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará (art. 29), organizará os Poderes Legislativo e Executivo municipais e disporá sobre seus servidores, bens, atos e serviços, obedecendo apenas aos princípios e normas da Constituição Federal e aos princípios da Constituição do respectivo Estado.

69.1. Poderes municipais pré-constituídos

Observe-se que a *organização municipal*, a ser objeto de sua respectiva Lei Orgânica, já se encontra subordinada a duas ordens constitucionais sobrepostas: a federal e a estadual. A *Câmara Municipal*, embora investida de competências organizativas federativas originárias, por força do art. 29, *caput*, da Constituição Federal, já encontra, porém, *Poderes pré-constituídos* no Município – o Executivo e o Legislativo – cumprindo-lhe respeitar as prerrogativas e competências pré-traçadas.

Viola, portanto, o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes qualquer norma inserida na Lei Orgânica, que *invada quaisquer das competências legislativas e administrativas já partilhadas*, como, para ilustrar com exemplos mais comuns, a que venha a dispor sobre matérias cuja iniciativa está reservada ao Chefe do Poder Executivo, ou a que exija uma participação legislativa prévia, de natureza autorizativa, ou posterior, de natureza sancionatória ou, ainda, a que disponha sobre matéria de sua

exclusiva competência administrativa.

O Município exerce *competências administrativas explícitas comuns*, tal como a União e os Estados, nos 12 casos previstos no art. 23; *competências administrativas explícitas próprias*, nos casos dos incisos III a IX, do art. 30, e *competências administrativas implícitas*, sempre que necessárias para o exercício das demais ou derivadas da competência legislativa explícita genérica, que lhe é atribuída no art. 30, I e II, sendo que a especificamente prevista no inciso I é genérica e *exclusiva* e, a no inciso II, é genérica e *complementar*.

69.2. A competência supletiva municipal

A cláusula “no que couber”, que *limita a competência normativa genérica* dita “*supletiva*” (art. 30, II) dos Municípios, não deve ser, porém, entendida como se fizesse remissão à fórmula ampla do “interesse local”, constante do inciso anterior (art. 30, I), pois, se o for, seria exabundante, já bastaria a existência deste primeiro inciso. Descabe a interpretação literal a respeito dessa competência de *suplementar a legislação reservada aos demais níveis*, pois que agrediria todo o sistema constitucional de partilha de competências, devendo prevalecer, por isso, a interpretação sistemática, para entender-se, assim, o art. 30, II, como se contivesse a outorga de uma competência vinculada a expressas previsões de *complementação*, acaso contidas, respectivamente, nas legislações federais e estaduais.

Isso significa que não poderá, o Município, *suplementar livremente toda e qualquer legislação editada pelas demais entidades*, pois tal elastério conduziria, ademais, a absurdos e a grande insegurança jurídica, devendo ser entendida, tão somente, como a atribuição de *complementar aquela legislação em que porventura se encontre expressa, explícita ou implicitamente, a possibilidade da acrescida edição de um detalhamento normativo em nível municipal*.

Por derradeiro, até mesmo literalmente interpretado, como o verbo *suplementar* oferece um conteúdo distinto e mais amplo que o *complementar*, essa previsão poderia implicar um onímodo poder municipal de *suprir omissões legislativas de qualquer nível*, o que seria incompatível com o sistema de partilhas instituído na Constituição de 1988. Deve-se entender, portanto, que essa competência há de ser, estritamente, *complementar*.

69.3. Organização e controle

No Município, a chefia do Poder Executivo é unipessoalmente exercida pelo Prefeito (art. 29, I), auxiliado por Secretários Municipais, guardando simetria com as unidades maiores. Por ser defectivo do Poder Judiciário, o controle jurisdicional dos atos do Poder Público Municipal está a cargo do Poder Judiciário do Estado, inclusive no que se refere à declaração de constitucionalidade em tese de leis ou atos normativos, conforme venha disciplinado processualmente este instituto na Constituição e na legislação infraconstitucional de organização judiciária dos respectivos Estados.

A Federação tem, contudo, dois Municípios assimétricos, o do Rio de Janeiro e o de São Paulo, que, além dos dois Poderes comuns a todos os demais, dispõem de *Tribunais de Contas Municipais* próprios, órgãos constitucionalmente autônomos (art. 31, § 1.º, CF), uma anomalia que não pode ser reproduzida, por decisão intocável do constituinte originário (art. 31, § 4.º, CF).

70. ADMINISTRAÇÃO DIRETA DOS TERRITÓRIOS

Os *Territórios*, embora instituídos com base física delimitada, não são entidades da Federação (art. 18), integrando a *União* (art. 18, § 2.º). Nessas peculiares condições, sua personalidade de direito público deverá ser objeto de criação de *lei específica*, sujeita a estritos parâmetros regulados, por sua vez, em lei complementar. Constituem-se, portanto, os Territórios, como *autarquias territoriais* da União, cabendo-lhes o exercício das competências administrativas que as leis expressamente lhes atribuírem (art. 33, *caput*).

Atualmente, a administração de Territórios Federais, bem como a organização político-administrativa de seus respectivos Municípios, estão regidas pelo Decreto-lei n.º 411, de 8 de janeiro de 1969, que embora devendo ser substituído pela lei orgânica federal prevista no art. 33, *caput*, c/c art. 61, § 1.º, b, da Constituição de 1988, segue em vigor em tudo o que não colida com a nova configuração constitucional e, principalmente, com a *autonomia municipal* assegurada na Carta de 1988. Nesse diploma fixam-se os objetivos da descentralização sob a forma de Territórios Federais, definindo-os como *unidades descentralizadas da Administração Federal*, com autonomia administrativa e financeira, *equiparados*, para os efeitos legais, aos órgãos de administração indireta (art. 3.º, leg. cit.).

Portanto, não obstante sua peculiaridade autárquica, em tudo o que respeite à sua *administração local*, os Territórios poderão ser divididos em *Municípios*, aos quais se aplicarão plenamente todas as regras constitucionais a eles pertinentes, o que inclui a outorga, acima referida, das respectivas *autonomias político-administrativa* (art. 33, § 1.º, CF).

71. ADMINISTRAÇÃO DIRETA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O *Estado do Rio de Janeiro* resultou da fusão de dois Estados preexistentes, o da Guanabara e o do Rio de Janeiro, por força da Lei Complementar Federal n.º 20, de 1.º de julho de 1974. A partir de 15 de março de 1975, passou a existir como unidade autônoma da Federação, regido por uma legislação de transição, que foi baixada por seu Governador, então institucionalmente designado, de modo especial para executar e consolidar a *fusão* dos antigos Estados, legislando a transição através de decretos-leis.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição, dividida em 10 Títulos: I – Dos Princípios Fundamentais; II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; III – Da

Organização do Estado; IV – Da Organização dos Poderes; V – Da Segurança Pública; VI – Da Tributação e do Orçamento; VII – Da Ordem Econômica e Financeira; VIII – Da Ordem Social; IX – Das Disposições Constitucionais Gerais; e X – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

O *Poder Executivo*, da mesma forma que o dos demais Estados, é exercido por um Governador eleito, auxiliado por Secretários de Estado com funções executivas.

Além dos três conjuntos de Poderes orgânicos, simetricamente à União, atua mais um quarto conjunto de órgãos constitucionalmente independentes: (1) o Tribunal de Contas e os órgãos exercentes de *funções essenciais à justiça*, estas, conformadas pela (2) Procuradoria-Geral do Estado (art. 176, CERJ), à qual incumbe a representação judicial do Estado e as funções de consultoria jurídica superior da administração direta; pela (3) Procuradoria-Geral de Justiça (arts. 171 e 172, CERJ), à qual compete a promoção judiciária e a fiscalização da aplicação da lei, como Ministério Público do Estado; e pela (4) Defensoria Pública do Estado (art. 178 e segs., CERJ), encarregada da prestação da assistência judiciária preventiva e contenciosa e da postulação e defesa, em todas as instâncias, dos direitos e dos interesses dos hipossuficientes, nos termos da lei.

Aplica-se, ainda, ao Estado do Rio de Janeiro, todo o comentário expedido no item 65, *supra*, no que respeita à sua administração direta.

Seção II ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

72. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA POR PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO – AS AUTARQUIAS

Afirmou-se que o Estado se desdobra em *entes* com *personalidade de direito público* dispostos em dois níveis: o *nível constitucional* – constituído por *pessoas jurídicas políticas* que executam a *administração direta*, e o *nível legal* – integrado por *pessoas jurídicas administrativas* que se classificam entre os entes da *administração indireta*: são as *autarquias*, assim denominadas, de raízes gregas, por atuarem por *direito próprio*, proveniente de uma *outorga legal*, e não de uma delegação.

Embora sejam entes dotados de *personalidade de direito público*, as *autarquias* foram classificadas, por sistematização legal equivocada e já criticada, na *administração indireta*, mas nem por isso perdem a natureza de *entidades estatais*, no que se distinguem de todas as demais entidades compreendidas na administração indireta, denominadas de *paraestatais*, ou seja, que atuam ao lado do Estado, e que têm, em comum, a *personalidade de direito privado*, como adiante tratadas.

Por sua vez, o desenvolvimento dessas formas de descentralização, tanto da

autarquização como da *paraestatalização*, resultou da crescente complexidade das tarefas administrativas e das exigências de maior especialização, que ditaram sua progressiva expansão a partir de conceitos de personificação administrativa, como trabalhados originariamente na Itália e na Alemanha.

Com efeito, coube à doutrina italiana aperfeiçoar esses institutos e o fez com tal eficácia, que, por volta da década de 30, do século XX, os seus cultores formulavam conceituações amadurecidas de autarquia, que até hoje guardam atualidade, como, por exemplo, a de Santi Romano: “Uma forma específica de capacidade de direito público, peculiar aos sujeitos auxiliares do Estado, que executam funções públicas por interesse próprio, que seja igualmente público, e não daqueles que exerçam funções públicas na qualidade de particulares, com ou sem interesse próprio”.

No Brasil, a centralização administrativa promovida após a Revolução de 1930, que culminou com o desaparecimento dos Estados-membros na Constituição de 1937, veio acelerar ainda mais a utilização dessa modalidade de *personificação administrativa autárquica*, considerando-se as vantagens que essas entidades então apresentavam, por sua especialização, pela gestão financeira mais flexível e pelos controles mais simples, se consideradas em relação às inúmeras limitações burocráticas próprias da administração direta.

Sua característica mais importante vem a ser, destacadamente, a *especialização* de certos órgãos e funções para atenderem, com especialização e com acréscimo de autonomia, a determinados interesses públicos, o que dela faz uma técnica de *descentralização funcional*.

Conceitua-se, portanto, a *autarquia*, como *uma entidade estatal da administração indireta, criada por lei, com personalidade de direito público, descentralizada funcionalmente, para desempenhar competências administrativas próprias e específicas, para tanto dotada de autonomia patrimonial, administrativa e financeira*.

Três elementos se destacam como *essenciais* ao conceito: a *instituição por lei*, uma peculiaridade que é constitucionalmente imposta (art. 37, XIX); a *personalidade de direito público* e a *autonomia* para prosseguir os fins a ela cometidos, os quais, necessariamente, hão de ser aqueles próprios do Estado.

Todos esses elementos se encontram presentes no *conceito legal*, adotado no texto do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, reeditado em diversas legislações estaduais e municipais do País, embora, recorde-se, não exista, em princípio, qualquer obrigatoriedade constitucional geral de simetria a ser observada, de vez que a organização dos Estados e dos Municípios só deverá seguir o símile federal quando a Constituição expressamente o determine, tal como o faz, no caso do comando do art. 37, XIX, que exige a edição de lei específica para a sua *criação*.

Para cotejo com o *conceito doutrinário* oferecido, aprecie-se o *conceito positivo de autarquia*,

enunciado pelo legislador federal: “O serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (leg. cit., art. 5.º, I).

A *autarquia*, por se tratar de uma *entidade estatal*, como as demais pessoas jurídicas de direito público, goza, em princípio, das prerrogativas a estas correspondentes, sem necessidade de que sua respectiva lei criadora as redefina, destacando-se as seguintes: 1.º – *imunidade de impostos* sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, a, CF); 2.º – *prescrição quinquenal* de suas dívidas passivas (Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942); e 3.º – *ação regressiva* contra seus servidores sempre que forem obrigados a indenizar a terceiros por prejuízos por eles causados (art. 37, § 6.º, CF). Além dessas, existem as *prerrogativas processuais*, que serão estudadas adiante, no Capítulo XX, ao se tratar do controle judiciário.

Embora subsistam muitas das vantagens que levaram à ampla difusão da modalidade autárquica, sua aceitação política não é tão indiscriminada como o foi no passado, em que inúmeras descentralizações levaram a exageros o emprego do instituto. Não obstante, a modalidade autárquica ressurge, em nossos dias, com novas características, mais próximas a certas similares norte-americanas e europeias, sendo estas mais recentes, o que se observa, notadamente, como resultado das reformas administrativas iniciadas em 1995, ainda em consolidação institucional, para personificarem as *agências reguladoras*, ditas *independentes*, mas, na verdade, apenas administrativamente *autônomas*, que se incumbem de setores específicos de atividades econômicas e sociais do Estado, notadamente no campo dos serviços públicos.

Quanto ao *regime de pessoal* das autarquias, tanto poderá ser o *estatutário* como o *trabalhistico*, regido, neste caso, o *emprego público*, pela Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 (Lei esta que perdeu automaticamente a sua validade por decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, pronunciada na Adin n.º 2135, por conta da retomada da antiga redação do artigo 39 da Constituição Federal, gerando, uma hipótese de inconstitucionalidade deferida, pois, tendo havido modulação dos efeitos dessa decisão, com fundamento no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, toda admissão de pessoal, a partir dessa decisão cautelar, só poderá ser regida pela Lei n.º 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais: portanto, submetidas ao *regime jurídico único*).

73. CLASSIFICAÇÃO DAS AUTARQUIAS

Qualquer classificação das autarquias não resiste a maiores críticas, tal a diversidade que apresentam; não obstante algumas sejam bastante lembradas e outras, como a clássica,

de Erimá Carneiro, ainda hoje tidas como úteis, muito em razão dos minudentes critérios nela utilizados.

Quatro classificações mais recentes são aqui desenvolvidas, partindo dos seguintes critérios: o campo de atuação administrativa, as peculiaridades de seu regime e o modo de atuação.

73.1. Critério do campo de atuação administrativa

Este critério distribui as entidades autárquicas entre os cinco setores da atividade administrativa a que predominantemente atendam, distinguindo-se, assim, autarquias executoras de funções de *pólicia*, de *serviços públicos*, de *ordenamento econômico*, de *ordenamento social* e de *fomento*.

Como exemplos ilustrativos de cada modalidade, assim ficariam enquadradas nesta classificação, algumas importantes autarquias brasileiras:

- a) *Autarquia de polícia administrativa*: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).
- b) *Autarquias de serviços públicos*: o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), bem como as autarquias especiais *reguladoras* de serviços públicos.
- c) *Autarquias de ordenamento econômico*: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Banco Central do Brasil (BACEN) e, como exemplo em âmbito do Direito Administrativo estadual, uma autarquia especial do Estado do Rio Janeiro, o Instituto Estadual do Ambiente – INEA, entidade integrante da Administração Pública estadual indireta, criada pela Lei n.º 5101, de 4 de outubro de 2007, submetida a *regime autárquico especial*, com a função de executar as políticas estaduais do meio ambiente, de recursos hídricos e de recursos florestais, com funções de polícia e de fomento.
- d) *Autarquia de ordenamento social*: o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).
- e) *Autarquia de fomento público*: Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene).

73.2. Critério das peculiaridades de seu regime

Segundo este critério, distinguem-se as autarquias *ordinárias*, *especiais*, *territoriais*, *fundacionais*, *corporativas* e *consorciais*.

73.2.1. Autarquias ordinárias

Autarquias ordinárias são todas aquelas que, criadas por lei, federal, estadual, distrital federal ou municipal, estejam sujeitas aos respectivos *regimes gerais* quanto à administração de seu pessoal, bens, atos e serviços.

73.2.2. Autarquias especiais

Autarquias especiais são aquelas instituídas com regimes específicos – seja de pessoal, de bens, de atos ou de serviços, distintos do regime geral autárquico – para atender a certas pretendidas peculiaridades em seu desempenho, como sejam: a relativa garantia de estabilidade de seus dirigentes, a execução de atividades que exijam um maior grau de autonomia técnica, a atribuição de competências *reguladoras, inclusive parajudiciais* e, ainda, a tomada de decisões com maior participação dos administrados.

73.2.3. Autarquias territoriais

Autarquias territoriais são os Territórios Federais, pessoas jurídicas de direito público, *sui generis*, criadas na forma do art. 18, § 2.º, da Constituição Federal, para administrar áreas do território nacional que ainda não apresentem condições socioeconômicas para se conformarem como Estados-membros da Federação.

73.2.4. Autarquias fundacionais

Autarquias fundacionais não são mais que *entidades instituídas por lei, com personalidade jurídica de direito público*, com certas semelhanças organizativas ou operativas com as fundações que lhe justifiquem a qualificação.

Quanto a estas autarquias fundacionais, trata-se de um hibridismo inútil, criticado majoritariamente pela doutrina, mas que ganhou difusão por se tratar de um expediente oblíquo que serve, comodamente, para diferenciar e privilegiar a remuneração de servidores em certos setores da Administração, embora, posteriormente, com a intenção reversa de coibir os abusos verificados, tenha sido elevado ao Texto Constitucional, no seu art. 37, *caput*, original, com a referência à “*administração fundacional*”.

Esta esdrúxula expressão veio a ser, porém, em boa hora, expurgada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, embora remanescendo, inexplicavelmente, no texto do art. 22, XXVII, ao estender-lhes a observância de normas gerais de licitação baixadas pela União. A denominação *fundações autárquicas* vale para acentuar a distinção dessa esdruxularia em face das tradicionais e autênticas *fundações públicas com personalidade de direito privado*, que, como se examinará adiante, são espécies de paraestatais.

73.2.5. Autarquias corporativas

Autarquias corporativas são modalidades que exercem, com total autonomia em relação à entidade política matriz, atividades de *regulação e fiscalização profissional*, por delegação legal, como a Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais.

73.2.6. Autarquias consorciais

As *autarquias consorciais* são modalidades introduzidas pela Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (art. 6.º, I e seu § 1.º), como *consórcios públicos* personalizados, que se constituem, pela própria dicção legal, como *associações públicas*, contratadas pelos entes da federação que se associarem (art. 2.º, *caput*) para a realização de objetivos de interesse comum. A mesma Lei instituiu, paralelamente, a *modalidade privada de consórcios públicos*, com sua constituição regida pela legislação civil (art. 6.º, II e seu § 2.º), adiante examinada.

73.3. Critério do modo de atuação

Nos últimos anos, notadamente por motivo da devolução da execução dos serviços públicos às entidades privadas, tem-se difundido uma distinção entre as autarquias quanto a o modo de sua atuação, discriminando, das tradicionais, as modalidades *reguladoras*, *executivas* e *corporativas*.

As *autarquias reguladoras* distinguem-se pela outorga de uma qualificação legal, essencial e permanente, enquanto às *autarquias executivas* outorga-se uma qualificação administrativa eventual e temporária, dependente da satisfação de condições específicas.

73.3.1. Autarquias reguladoras

São *autarquias* que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação como órgãos administrativamente autônomos destinados a administrar certos setores econômicos e sociais em que são desenvolvidas *atividades privadas de interesse público*, como, entre outras, a dos serviços públicos de natureza econômica, exercidos por delegação (concessões e permissões e institutos afins), a das atividades, profissionais ou empresariais, que estejam legalmente submetidas a um *regime especial de controle* destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a moeda e o crédito, a vigilância sanitária, o regime do petróleo, o regime hídrico e de saneamento, os transportes públicos em geral e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de *relevância coletiva* se submetam a um específico ordenamento público regulador.

Essas entidades se caracterizam pelo exercício da *função regulatória*, outorgada pelo Legislativo através da *deslegalização* parcial da matéria, de modo a que elas possam instituir um regramento *sublegal, derivado e autônomo* (*função normativa*) para o setor, além de geri-lo (*função administrativa*) e de arbitrar conflitos de interesses sob sua competência (*função parajudicial*).

A *deslegalização* opera ampliação e flexibilização decisionais, de modo mais extenso do que o fazem as técnicas clássicas congêneres, como a do *conceito jurídico indeterminado* e a da *discricionariedade*, ou seja, *promovem a abertura de um espaço de amplas opções autônomas de administração*, no qual podem definir um *mérito regulatório*, que, em razão dessa modalidade

de delegação, não poderá ser objeto de *reapreciação pelos tribunais para efeito de substituir as decisões administrativas*, que lhes são próprias, embora plenamente sujeitos a controle de juridicidade quanto à sua *validade*.

Com efeito, enquanto nas duas referidas hipóteses tradicionais de ampliação de *escolhas administrativas a autonomia administrativa* está restrita ou apenas *uma definição cabível*, a que resultará da interpretação dos fatos (*conceito jurídico indeterminado*), ou se estende a *algumas escolhas possíveis*, dentro de um âmbito predefinido pela lei (*discretariedade*), no caso de uma *deslegalização*, se abre para a Administração um amplo espaço de opções para criação do que Hartmut Maurer figurativamente denomina de um “*quadro de missão*”.

Assim, por esse *quadro de missão*, entenda-se *todo um setor* confiado por lei a um determinado ente regulador, não apenas para nele realizar as escolhas pontuais tradicionais (as de determinação conceptual e de escolha discricionária), mas, sobretudo, para *administrá-lo autonomamente, desempenhando uma vasta gama de decisões – normativas, executivas e parajudiciais – que deverão ser levadas a cabo para o cumprimento da missão legislativa que se enquadra no respectivo marco regulatório*.

Além do exemplo das deslegalizações conducentes à *regulação de setores sensíveis* e referentes à atividade dos órgãos reguladores, são ainda mencionadas, por sua importância, as que abrem espaços para a formulação de amplas escolhas nos *planejamentos administrativos específicos (Planungsermessens)*, como, entre outros, destacadamente, o *planejamento urbanístico*.

São exemplos desta modalidade em âmbito federal: a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que está prevista constitucionalmente (art. 177, § 2º, III), criada pela Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, também de previsão constitucional (art. 21, XI), criada pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, criada pela Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000; a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000; a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, e a Agência Nacional de Transporte Aquaviários – ANTAQ, ambas de criação da Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001; a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005; a Agência Nacional de Cinema – ANCINE, criada pela Medida Provisória n.º 2.281-1, de 6 de setembro de 2001.

Nos Estados e nos Municípios proliferam os exemplos de agências reguladoras de serviços públicos instituídas, citando-se em âmbito estadual: a Agência Reguladora de Serviços Públícos Delegados do Estado do Estado do Ceará; a Agência de Água Irrigação e

Saneamento do Estado da Paraíba – AAGISA; a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA; a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso – AGER; a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e a Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos – ARCON. Em âmbito municipal, com vistas a ilustrar a sua disseminação territorial, citem-se, também exemplificativamente: a AMAE – Agência Reguladora do Município de Joinville e a Agência Reguladora Municipal de Serviços Públicos Concedidos, Subconcedidos ou Permitidos de Petrópolis – AMSEP.

73.3.2. Autarquias executivas

Sob a denominação de *agências executivas*, englobam-se aquelas espécies autárquicas que executam atividades administrativas cometidas por lei e explicitadas por regulamentos editados pelas respectivas entidades matriz, *qualificadas* na forma do Decreto n.^o 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, como modo para melhor desenvolver-lhes eficiência setorial.

A *qualificação* de *agência executiva* é outorgada por decreto às autarquias que satisfazam o seguinte duplo requisito (art. 1.^º, § 1.^º, leg. cit.): celebrem *contrato de gestão* com o respectivo Ministério supervisor e apresentem um *plano estratégico* de reestruturação e de desenvolvimento institucional voltado à melhoria da qualidade de gestão e à redução de custos (já concluído ou em andamento), garantindo-se sua manutenção enquanto o contrato de gestão celebrado, com duração mínima de um ano, continue a ser renovado e o plano estratégico tenha prosseguimento ininterrupto, até sua conclusão.

A *desqualificação* dar-se-á também por decreto, em caso de descumprimento dos requisitos acima referidos, bem como da insatisfação dos compromissos de eficiência assumidos no chamado *contrato de gestão* (art. 3.^º, leg. cit.), que, na realidade, não tem natureza contratual, tratando-se de modalidade de *ato administrativo complexo*, no qual são ajustados parâmetros mínimos de eficiência administrativa para autarquia, que lhe assegura manter a qualificação (art. 4.^º, leg. cit.)

A *qualificação*, enquanto subsistente, traz como consequências a *flexibilização* da gestão administrativa autárquica nos campos financeiro, de licitações, de contratos e de pessoal, inclusive no tocante à remuneração (v. detalhamento no Decreto n.^o 2.488, de 2 de fevereiro de 1998).

73.3.3. Autarquias corporativas profissionais

Conformam esta modalidade, como *autarquias corporativas profissionais*, os *conselhos de fiscalização do exercício das profissões*, que, no passado se designavam simplesmente como *autarquias corporativas*, mas que, pela Lei n.^o 9.649, de 27 de maio de 1998, foram transformadas em *pessoas jurídicas de direito privado*. Essa transformação foi apreciada pelo

Supremo Tribunal Federal, que reafirmou, na ADI n.^o 1.717/DF, a sua necessária *natureza jurídica autárquica* em razão a outorga legal de *funções intervivas* sobre direitos individuais ao exercício das profissões regulamentadas, assim decidindo por interpretação sistemática dos arts. 5.^o, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal.

Tais *funções*, atribuídas a essas entidades, são serviços federais destinados ao *regramento e à fiscalização das profissões regulamentadas*, e, conforme se prevê na ressalva do art. 5.^o, XIII, CF, são exercidos nos termos da referida Lei n.^o 9.649, de 27 de maio de 1998, que, sob este aspecto funcional, permanece em vigor em tudo que não colidirem com a transformação da natureza jurídica operada, das pessoas administrativas em exame, todas as prescrições das leis federais, que tratam especificamente das diversas profissões regulamentadas.

Essas *autarquias corporativas* são dotadas de patrimônio próprio e de renda advinda de *contribuições parafiscais*, atuando precipuamente no campo do ordenamento social e, ancilmente, do fomento público.

Tais entidades se distinguem pela *outorga legal* para agirem como entes executores da *fiscalização* das profissões reguladas por lei e para editarem *normas autônomas, deslegalizadas*, sobre a *deontologia profissional* e as atividades corporativas, e pela correlata competência para auferirem *receita arrecadada impositivamente*, sob a forma de *anuidades* e de *taxas*, enquadradas estas como *contribuições parafiscais* de interesse das respectivas categorias profissionais ou econômicas, conforme previsão constitucional específica (CF, art. 149, *caput*), disposição esta que pôs termo a antiga polêmica quanto à sua natureza jurídica.

No desempenho das funções materiais que lhes são *outorgadas*, cabe-lhes zelar pelo registro, pelo desempenho, pela ética e pela disciplina dos profissionais das respectivas categorias *regulamentadas en lei*, baixando, para tanto, *normas reguladoras autônomas*, de restrita aplicação corporativa, inclusive no tocante a sanções, aplicáveis com eficácia executória, em sua atuação decisória de contencioso administrativo parajurisdicional (*Tribunais de Ética*).

Registre, por relevante, no tema de *fiscalização de profissões*, que a *Ordem dos Advogados do Brasil – OAB* ficou *excluída da administração indireta* por decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em outra oportunidade, ao julgar a ADI n.^o 3.026/DF, sob o argumento de que esta entidade exerce *função constitucionalmente privilegiada*, atinente a atividades dos *advogados*, como exercentes de *funções indispensáveis à administração da justiça* (CF, art. 133). Além disso, assentou-se a sua independência funcional, pois que não há subordinação nem dependência política ou jurídica entre a OAB e qualquer órgão público, de qualquer dos Poderes, e, mais, que esta entidade não esgota suas funções nas finalidades meramente *corporativas*, cabendo-lhe em acréscimo uma *finalidade institucional*, um conjunto de

peculiaridades, estas de caráter cívico-constitucional, que afastam a sua equiparação como congêneres dos demais órgãos de fiscalização das profissões.

74. CONTROLE AUTÁRQUICO

A *autonomia* de que gozam as autarquias não exclui senão que implica o seu *controle* pelo respectivo ente político central, como definido em lei. Há quatro modalidades de controle autárquico: o *político*, o *administrativo*, o *financeiro* e o *controle de juridicidade*.

74.1. Controle político

Também classificado como *controle substitutivo*, consiste na *intervenção* direta da pessoa política, na qual se integra a autarquia, sobre a sua direção, para o fim de destituir dirigentes e nomear novos gestores de sua confiança.

A condução das atividades administrativas da autarquia está submetida à *supervisão* da alta direção política da Administração da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal ou do Município, conforme o nível federativo de que se trate. No exercício dessa função, o Chefe do Poder Executivo da entidade política supervisora poderá optar pelo afastamento *discricionário* dos dirigentes da autarquia, um *afastamento político*.

Todavia, se o afastamento for determinado com *sentido sancionatório*, este ato ficará *vinculado* às causas determinantes declinadas pela autoridade que o houver aplicado, portanto, a *um juízo de valor jurídico* e, como tal, suscetível de apreciação judiciária, de modo que essa modalidade de *afastamento-pena* deverá ser sempre motivada para validar-se.

Este *controle substitutivo* poderá ser limitado pela lei nos casos em que se pretenda ampliar a *estabilidade* do dirigente em determinados cargos que, por suas *características*, demandem maior independência funcional e necessitem ficar particularmente infensos às injunções da política partidária. Duas soluções podem ser utilizadas para este reforço da independência dos dirigentes: ou a fixação de um *mandato a termo*, durante o qual só a modalidade de *afastamento-pena* poderá ser aplicada pelo Executivo, ou a submissão do ato executivo de afastamento a referendo do Poder Legislativo.

74.2. Controle administrativo

Consiste na possibilidade da interposição de recurso à administração direta contra atos decisórios finais tomados no âmbito autárquico. Assim é que, por guardarem semelhança com os recursos hierárquicos, que são os interpostos na hierarquia interna das pessoas jurídicas administrativas, por simetria, se denominam *recursos hierárquicos impróprios*.

Essa recorribilidade extraordinária contra decisões finais da autarquia, recordando, só se admitirá *sob direito estrito*, por isso necessitando de previsão legal e de regulamentação de

seu processo e dos seus efeitos, constituindo-se em elementos essenciais de sua *admissão*, como sublinhados por Guido Zanobini e sintetizados na consagrada expressão da doutrina francesa, *pas de tutelle sans texte*, que pode ser traduzida livremente por *inexistir controle sem norma que o institua*.

Reconheça-se, todavia, em razão do dever de *supervisão* sobre toda a administração federal no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 84, II), que o Chefe do Poder Executivo poderá decretar, limitada e motivadamente, a *anulação* de atos ilegais praticados no âmbito autárquico, atuando estritamente no exercício de tutela da *juridicidade* e da *coerência jurídica* de todo o conjunto da administração pública, que se lhe impõe, por lhe caber constitucionalmente a sua *direção superior*, mesmo em se tratando de autarquias classificadas como especiais.

74.3. Controle financeiro

Instituídas para executar tarefas administrativas, com maior flexibilidade burocrática e financeiro-orçamentária, as autarquias dispõem de um *orçamento próprio*, destacado da orçamentação de toda a administração direta, o que as dispensam de autorizações legislativas detalhadas, bastando que figurem como *dotações globais* no orçamento da pessoa jurídica matriz.

O controle da despesa é feito *a posteriori*, mediante prestação de contas aos órgãos controladores: o Tribunal de Contas da União, os tribunais de contas estaduais, municipais ou com análogas atribuições (CF, art. 70, *caput*).

74.4. Controles de juridicidade específicos

De nada valeriam essas modalidades de controle estudadas se a autarquia, que possui personalidade jurídica própria, atuando como *parte* nos mais variados tipos de relações e de ações, relacionando-se em juízo das maneiras as mais diversas, pudesse negligenciar a salvaguarda dos bens jurídicos à sua cura, desistindo, transigindo ou transacionando com os interesses públicos que lhe são cometidos sem qualquer fiscalização por parte da entidade central. Por esse motivo, instituem-se certos *controles de juridicidade*, tais como a *assistência em juízo*, a ser exercido por órgão jurídico da pessoa política *mater*, e o *sistema de controle juridicidade central*, a ser exercido pelo órgão da Advocacia de Estado competente, como responsável pela fiscalização não apenas da juridicidade da atuação autárquica, como da coerência sistemática de toda a Administração Pública do ente político matriz.

A *assistência em juízo da entidade matriz* terá justificativa diante de possíveis repercuções que possam sobre ela recair em razão de condenações em processos em que seja parte a autarquia. Há vários fatores que concorrem para tanto: primeiro, porque a entidade autárquica exerce uma atividade que não está permanentemente destacada da atividade

da pessoa central, de modo que, mesmo depois de sua eventual extinção, os interesses públicos autarquizados continuarão a existir a cargo do ente político, e, segundo, porque o patrimônio autárquico, constituído de bens públicos, pela mesma razão, tende à reintegração ao acervo patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme o caso. Assim, como a condução de um processo em juízo, voluntária ou inadvertidamente desastrosa, poderá repercutir sobre a pessoa matriz, justifica-se essa modalidade de controle de juridicidade central.

Por outro lado, o controle de juridicidade poderá se realizar pela instituição de um *sistema de controle de juridicidade central*, de caráter preventivo, submetendo todos os entes administrativos de uma unidade política à direção de um único *órgão central de advocacia de Estado*, de modo que possa, em caráter preventivo, antecipar-se de vários modos a problemas que demandam controle jurídico: (1) pela *fiscalização* da juridicidade da ação administrativa; (2) pela salvaguarda do princípio da *coerência* na jurisprudência administrativa, através da emissão de *pareceres normativos*; (3) pela *negociação* de contratos e acordos da autarquia e (4) pela *solução extrajudicial de controvérsias* de direito, tanto entre a autarquia e outros entes da administração pública, como entre a autarquia e os particulares.

75. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA POR PESSOAS DE DIREITO PRIVADO – ENTIDADES PARAESTATAIS

Até aqui, cuidou-se do Estado personificado sob a forma de *entidades de direito público*, constitucionais ou legais, desempenhando atividades administrativas e atuando como sujeito ativo ou passivo nas mais variadas relações jurídicas.

Mas, ao Estado compete também, por cometimento constitucional ou legal, desempenhar inúmeras *atividades administrativas impróprias*, vale dizer: aquelas que não necessitem ser obrigatoriamente por ele executadas, como ocorre em atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do *jus imperii*, na prestação de serviços públicos, em atividades de intervenção econômica de natureza substitutiva da atividade privada, em atividades de ordenamento social e, notadamente, de fomento público, nas quais, tanto a execução *direta* quanto a *indireta*, neste caso, por via *autárquica*, por serem *estatais* e assim burocraticamente pesadas e rigidamente controladas, mostram-se inadequadas para atender satisfatoriamente a essas finalidades, que são comprovadamente desenvolvidas com maior eficiência em regime privado, reconhecidamente mais ágil, competitivo e imediatamente receptivo às demandas da sociedade.

Por estas razões, o Estado tem optado por administrar certos interesses da sociedade a seu cargo valendo-se de *entidades dotadas de personalidade de direito privado* de sua própria criação, daí o conceito doutrinário da *administração indireta por delegação*.

No caso, essa modalidade de *delegação paraestatal* não prescinde de assento legal, que,

por sua vez, se deve conter no âmbito da lei complementar que definirá as áreas de atuação e o conteúdo da lei ordinária que *autorizará* a criação das entidades da administração indireta (CF, art. 37, XIX e XX).

É este o vínculo que caracteriza essas *entidades paraestatais*, que, como o nome indica, são postas *ao lado do Estado* para complementá-lo, embora nem todas, como já se advertiu e se retornará adiante, integrem necessariamente a Administração indireta.

As experiências internacionais e também nacionais exitosas, notadamente das modalidades que atuam em setores econômicos – as também denominadas de “*empresas do Estado*” – deram forte impulso ao desenvolvimento de outras formas *indiretas* de administração pública, multiplicando-se as espécies de entes administrativos dotados de *personalidade jurídica de direito privado*, aptos a exercerem as mais diversas atividades administrativas por *delegação*.

Por serem *entidades de direito privado*, as pessoas administrativas da administração indireta exercem direitos e contraem obrigações *en seu próprio nome* e estão sujeitas ao *direito comum*, sob o regime trabalhista para seu pessoal, não gozando de vantagens ou de privilégios fiscais que não sejam extensivos a todo o setor privado.

A busca de uma solução que propiciasse ao Estado as mesmas vantagens operativas das pessoas de direito privado, liberando sua atuação de uma rígida submissão a orçamentos, controle administrativo e estruturação hierárquica, foi a motivação para a criação dos *entes paraestatais*, que, como indicam os seus étimos, estão *ao lado do Estado*, incumbidos, por *delegação legal*, de executar atividades não essenciais.

Há quem utilize, todavia, a expressão *outorga legal* ou simplesmente *outorga*, em vez de *delegação legal*, com relação às *paraestatais*, embora seja nomenclatura menos exata, já que *outorga* é termo genérico para indicar *algum tipo de transferência de um direito*, enquanto que *delegação*, por ser a *transferência da execução de um direito*, é a nomenclatura adequada e, no caso, como aparece qualificada de *legal*, destaca-se que é a *lei* que transfere essas funções de execução *caracterizadoras* da paraestatal.

Assim, conceituando: *paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei para desempenhar, por delegação legal, atribuições de natureza executiva no campo das atividades sociais e econômicas cometidas ao Estado*.

Observe-se que a lei apenas *autoriza* a Administração Pública a proceder à instituição de entidades paraestatais, pendendo a aquisição de sua personalidade jurídica dos registros constitutivos civis e comerciais ordinários pertinentes, distintamente, portanto, das entidades autárquicas, acima estudadas, que adquirem personalidade jurídica, simplesmente com a promulgação da lei que as institui.

Quanto às *atribuições delegáveis*, não podem ser quaisquer daquelas que caibam ao Estado desempenhar. As *atividades jurídicas*, ou *próprias* do Estado, são, por natureza,

indelegáveis, pois importam em alto grau de *decisão política*; assim, somente as atividades sociais, ou *impróprias* do Estado, admitem simples delegações de execução, sem interferência política, e, como se assinalou, desde que previstas na lei complementar que deverá delimitar as respectivas áreas de atuação (CF, art. 37, XIX).

Em consequência, todos os *atos de direção* de paraestatais serão atos da vida privada, *salvo aqueles que se refiram ao exercício da atividade delegada*, nos restritos casos em que serão então praticados *atos de autoridade por delegação*. Releva, pois, reconhecer quando a administração paraestatal pratica mero ato de gestão privada de seus interesses próprios, ou quando age em satisfação do *interesse público delegado*.

Essa distinção assume importância no que toca ao exercício do *controle de juridicidade*, porquanto os remédios legais do contencioso administrativo contra *ato de autoridade* só serão utilizáveis na hipótese de uma *atuação vinculada à delegação*, enquadrando-se na previsão do art. 5.º, LXIX, da Constituição de 1988 (“agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”), no que concerne, explicitamente, ao emprego do mandado de segurança.

Quanto a prelazias ou vantagens sobre as empresas privadas, tampouco as há: vedam-se às *empresas públicas* e às *sociedades de economia mista* e suas *subsidiárias* serem beneficiárias de *privilégios fiscais* inextensivos ao setor privado (art. 173, § 2.º, CF), preceito que, todavia, não impede o legislador ordinário de outorgar *isenções* a paraestatais *que não competem no mercado*.

Finalmente, quanto ao *regime dos servidores*, é, por expresso preceito constitucional, o *comum*, das leis trabalhistas (art. 173, § 1.º, II), para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, ressalvada a vinculação a estatuto privado, para seus *dirigentes societários* (mandatos corporativos), bem como o será para as demais paraestatais, por se tratarem de entidades de direito privado. Não obstante, para efeito da Lei n.º 8.429, de 2 de fevereiro de 1992, que sanciona atos de *improbidade administrativa*, todos os servidores paraestatais são considerados, indistintamente, *agentes públicos*.

76. ESPÉCIES DE PARAESTATAIS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

As paraestatais apresentam espécies diferenciadas, sedimentadas pela experiência político-administrativa de cada país, embora, em comum, exibam certas características essenciais acima já referidas: a *personalidade jurídica de direito privado*, a *delegação legal* e a *destinação para a execução de atividades impróprias* do Estado.

A classificação positiva quadripartite, originalmente adotada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – *empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e serviços sociais autônomos* – reduziu a três os tipos de paraestatais – *empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas* – excluindo, portanto, os serviços sociais

autônomos, que haviam sido incluídos por Hely Lopes Meirelles. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, a Constituição acresceu ao elenco as *subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista* (art. 37, XX, e art. 173, § 1.º, CF).

76.1. Empresas públicas

Empresas públicas são entidades paraestatais, organizadas para *fins econômicos*, com recursos integralmente públicos. Não devem ser confundidas com as *empresas incorporadas* ao patrimônio público, pois, embora tenham ambas em comum o fato de seu *capital* ser público, a entidade paraestatal se distingue pela peculiaridade da *delegação legal de uma atividade econômica de interesse público*, quer de ordenamento, quer de fomento econômico.

Segundo o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, classifica-se como *empresa pública*, para a Administração Federal, “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de quaisquer das formas admitidas em Direito” (art. 5.º, II, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969).

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, embora não estejam integralmente adstritos à adoção desse conceito legal, não poderão se afastar daquelas modalidades e características constitucionalmente previstas, sempre que se trate de exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços (art. 173, § 1.º, CF).

A empresa pública sujeitar-se-á ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de *privilégios fiscais* que não sejam extensivos ao setor privado (art. 173, § 1.º, II, e § 2.º, CF) nem, tampouco, receber tratamento excepcional por parte da legislação comercial.

Também de previsão constitucional, a sujeição a *estatuto jurídico próprio*, baixado por lei federal, para regular a sua função social, as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, a modalidade especial de licitação e de contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (art. 173, § 1.º, I, III, IV e V, CF).

Finalmente, a Constituição também prevê, neste caso, de modo específico e exclusivo para as *empresas públicas*, a edição de um *estatuto legal* que regule suas relações com o Estado e com a sociedade (art. 173, § 3.º, CF).

76.2. Sociedades de economia mista

Sociedades de economia mista são entidades paraestatais, organizadas para fins empresariais, com participação do Estado e de pessoas de direito privado, em seu capital e em sua administração.

No direito positivo, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, também se conceitua a *sociedade de economia mista* como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta” (art. 5.º, III, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969).

A lei que criar essas entidades – seja federal, estadual, municipal ou distrital-federal (art. 37, XIX, CF) – poderá, todavia, estabelecer características peculiares, de modo a adequá-las melhor ao desempenho das atividades que lhes forem delegadas, desde que respeitados os preceitos constitucionais acima mencionados para as empresas públicas, bem como a utilização das formas comerciais admitidas em direito, de competência da União.

Interessante é observar-se que não é o *capital misto* que configura a sociedade de *economia mista*, pois o termo “*economia*” sugere conteúdo mais amplo que “*capital*”. Na verdade, o traço marcante é a participação necessária do Estado na *direção da empresa*, pois este é o elemento que lhe confere o *poder de atuar*, vale dizer, de decidir em nível de execução sobre a específica atividade que lhe foi *cometida por delegação legal*.

O *controle societário* exercido pelo Poder Público sobre a *sociedade de economia mista* obedece exclusivamente à legislação comercial aplicável, isto é, dá-se através da *maioria societária*, e não por ingerência administrativa direta de atos administrativos baixados pela entidade política matriz, para que não se atropelem os direitos dos acionistas privados sem seu conhecimento e a possibilidade de participação.

A obrigatoriedade de detenção da maioria do capital deliberante para exercer a direção finalística da paraestatal, no que se refere à sua atuação no estrito desempenho da atividade legalmente delegada, pode, todavia, ser afastada pela própria legislação federal, como efetivamente esta o faz, pela instituição das chamadas quotas ou ações privilegiadas ou “de ouro” (*golden shares*). Atribui-se, assim, ao Estado, enquanto detentor dessas quotas ou ações privilegiadas, um controle empresarial *sui generis*, ainda que específico e restrito à execução das atividades de *interesse público* que foram objeto da *delegação legal*, detendo, embora, um capital meramente simbólico no empreendimento econômico.

Da mesma forma que as empresas públicas, também as sociedades de economia mista submetem-se ao regime jurídico previsto constitucionalmente (art. 173, § 1.º, CF), acima referido, no qual terão definidas a sua função social e as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, a modalidade especial de licitação e de contratação de obras, serviços,

compras e alienações, observados os princípios da administração pública, a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários e empregados e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (art. 173, § 1.º, I, III, IV e V, CF).

76.3. Subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista

Subsidiárias são sociedades controladas por outra, o que não significaria, em princípio, que aquelas criadas por empresas públicas e por sociedades de economia mista se tornassem, *ipso facto*, entidades da administração indireta, sujeitas às restrições decorrentes.

Assim é que, na ordem constitucional original de 1988, elas não estavam submetidas às regras aplicáveis às sociedades de economia mista, mas apenas às normas reguladoras das sociedades anônimas (art. 235 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976), muito embora, desde então, já dependessem de lei autorizadora para sua criação (art. 37, XX).

Entretanto, com a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, as *subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista* passaram a ser *expressamente incluídas entre as paraestatais*, sendo-lhes estendido o *tratamento idêntico* aos de suas respectivas empresas matrizes, ou seja, sujeitando-as ao mesmo *estatuto jurídico* (art. 173, § 1.º, CF), pelo que, estarão reguladas quanto (1) à sua função social, (2) às formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, (3) à modalidade especial de licitação e de contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, (4) à constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários e empregados, (5) aos mandatos, avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores (art. 173, § 1.º, I, III, IV e V, CF).

76.4. Fundações públicas

Fundações públicas são as entidades paraestatais que revestem a forma fundacional civil, portanto, *pessoas jurídicas de direito privado* nas quais recursos, que podem ser total ou parcialmente públicos, são *personificados* e *afetados* a atividades específicas impróprias do Estado, notadamente no campo do ordenamento social, por delegação da lei que as institui.

Embora o Estado possa instituir *fundações privadas*, estritamente na forma definida pelo Código Civil, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, nos seus arts. 4.º, II, d, e 5.º, IV, com a redação que lhes deu a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, houve por bem estabelecer uma *modalidade híbrida especial* – a *fundação pública* – em que apenas as formalidades de instituição se regem pelo Direito Civil (escritura pública de constituição e inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas), submetendo-se integralmente, nos demais assuntos, às normas de Direito Administrativo peculiares à respectiva entidade política matriz, inclusive dispensando a afetação de recursos quando de sua instituição, mantendo-

se a característica fundacional apenas no tocante à sua organização.

A *fundação pública*, por definição da legislação citada, é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada sob autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução privativa de órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes” (leg. cit., art. 5.º, IV).

Como se observa, nessa definição, se lhe veda a prática de atos de autoridade limitadores da liberdade individual, para os quais se exige a personalidade de direito público, bem como se pode criticar o emprego da expressão “funcionamento custeado”, cuja imprecisão ecoa jargão tecnocrata que lhe foi inadequadamente inserido.

A doutrina e a jurisprudência têm distinguido, amiúde, essas modalidades que, embora conhecidas e tratadas desde o final do século passado na doutrina alemã, só recentemente encontraram, com a fórmula mista da Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, uma solução que pôs fim a extenuadas controvérsias sobre sua natureza jurídica. *Fundação pública* tornou-se, portanto, um *nomen juris* que define uma *instituição específica*, acima legalmente conceituada no que toca à União, mas que poderá ser adotada com semelhantes características, pelas legislações, estadual, distrital federal ou municipal.

76.5. Notas complementares sobre as empresas estatais

Sob a denominação, de amplo emprego, de *empresas estatais*, incluem-se entes acima estudados, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e mesmo algumas fundações públicas que, impropriamente, contemplam em seu escopo institucional a prática de *atividades econômicas com caráter empresarial*.

Quanto às duas primeiras, as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, que têm, respectivamente, seu *patrimônio* parcial ou integralmente público, restam dúvidas se, à luz do art. 173, § 1.º, II, da Constituição, elas conservam os atributos de *impenhorabilidade* depois de *desafetado*, ou seja, depois de redestinadas para atuar, despidas de quaisquer privilégios, “sob o regime próprio das empresas privadas”.

Com a evolução do tratamento constitucional dessas entidades, com vistas a proteger a confiabilidade do mercado e repudiar o abuso de posição vantajosa, o entendimento exegético mais consentâneo com a nova sistemática, é de que só não serão passíveis de penhora os seus bens, que, como também ocorre com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estejam a eles afetados, caso em que a *impenhorabilidade* não decorrerá da natureza de bens públicos, pois que não mais o são, mas do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Na mesma linha, todas as *rendas* dessas empresas estatais não gozam de privilégio

algum: são *privadas* e, como tal, respondem pelas obrigações assumidas.

76.6. Diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista

Cabe, antes de encerrar esta Seção, o registro, por sua utilidade didática, de algumas diferenças substanciais entre as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, que permitem uma pronta identificação dessas duas espécies de empresas estatais:

- 1.º) Nas *empresas públicas*, o *capital* é exclusivamente público, distintamente das *sociedades de economia mista*, em que o *capital* é em parte público, em parte privado.
- 2.º) A *sociedade de economia mista* se organiza sob a forma de *sociedade anônima*, enquanto que inexiste modelo específico para a *empresa pública*.
- 3.º) As *empresas públicas* federais têm privilégio de *foro*, devendo ser demandadas na Justiça Federal (CF, art. 109, I), mas as *sociedades de economia mista* não gozam desse privilégio.

Seção III ADMINISTRAÇÃO ASSOCIADA

77. ADMINISTRAÇÃO ASSOCIADA – CONCEITO E ESPÉCIES

O *interesse público* é próprio do Estado, mas não dele exclusivo. A ordem jurídica, ao erigir certos interesses gerais da sociedade a *interesses públicos*, não afasta, em princípio, uma *atuação concorrente*, seja individual ou coletiva, por parte dos administrados: é o que a caracteriza como *administração associada* ou *de colaboração*. Vale observar que a designação *administração associada* é tecnicamente mais adequada do que a designação, mais genérica, mas também empregada, de *administração de colaboração*, porquanto a colaboração pode ser oferecida solidariamente pelos particulares aos poderes públicos, mesmo fora das regras do regime administrativo, até mesmo, em certos casos, por uma imposição da ordem jurídica, como na segurança pública (CF, art. 144).

Assim, excetuadas as atividades definidas como exclusivas ou privativas do Estado, nada impede, senão que, ao revés, se faz de todo recomendável, a válida contribuição de todos na prossecução de *interesses públicos*.

Não obstante, com o objetivo de que a atuação concorrencial da sociedade seja mais *adequada, eficiente e transparente*, a ordem jurídica contemporânea tem multiplicado os *instrumentos administrativos* que são opostos à disposição dessa atuação associativa desenvolvida entre o setor público e o privado, visando à melhor coordenação dessas atividades de finalidades e objetivos comuns, disciplinando meios e modos do amplo campo de *ação solidária*, o que se pode denominar de *administração privada associada de interesses públicos*.

A execução da *administração privada associada de interesses públicos* se realiza através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado através de algum tipo de vínculo de direito público, sendo este vínculo jurídico formal a importante característica, que distingue a colaboração associada da colaboração simples.

Tais vínculos, necessariamente jurídicos, tanto podem ser instituídos diretamente pelo legislador, e tem-se então a modalidade de *delegação legal*, como indiretamente pelo administrador, neste caso, abrindo-se um leque de opções, de modalidades de delegações administrativas, conforme sejam instrumentadas bi ou multilateralmente por *pactos administrativos* – os contratos administrativos e os atos administrativos complexos – ou, unilateralmente, por atos administrativos – os credenciamentos e os reconhecimentos.

Através desses vínculos é que certos atos jurídicos que vierem a ser praticados pelas entidades privadas que se proponham a desempenhar certos tipos de atividades de interesse público, ganham eficácia pública e se sujeitam a controles de direito público.

Dessa distinção, resulta a existência de duas espécies básicas de entidades deste gênero:

- 1.º) A *administração associada paraestatal*, que se caracteriza pelo vínculo de delegação legal travado entre entidades privadas e o Estado, o que as torna *entes administrativos paraestatais*.
- 2.º) A *administração privada extraestatal*, que se caracteriza por vínculos de delegação administrativa instituídos entre as entidades privadas e o Estado, a saber: a delegação contratual, a delegação complexa e a vinculação unilateral, que as caracterizam como *entes administrativos extraestatais*.

78. ADMINISTRAÇÃO ASSOCIADA PARAESTATAL

Caracteriza-se pela instituição, por lei, de um *ente privado* criado para atuar ao lado do Estado, recebendo delegação legal para a prática de atividades administrativas públicas, mas sem vínculo de qualquer natureza com a hierarquia da Administração Pública.

No direito positivo brasileiro, são exemplos de entidades tradicionais da administração associada paraestatal, os serviços sociais autônomos, expressamente excluídos da administração indireta.

78.1. Serviços sociais autônomos

Os serviços sociais autônomos são entes paraestatais, organizados para fins de amparo, de educação ou de assistência social, comunitária ou restrita a determinadas categorias profissionais, com patrimônio e renda próprios, que, no caso da União, pode ser auferida por contribuições parafiscais, tudo obedecendo a parâmetros constitutivos instituídos por lei, que

lhes confere *delegação legal* no campo do ordenamento social e do fomento público.

Instituídos sob modelo totalmente *privado*, como *associações civis*, os entes desta espécie se distinguem do gênero associativo civil pela *delegação legal*, que as vincula à prestação de serviços de *interesse público* no campo do ordenamento social e do fomento público social e, exclusivamente no caso da União, pela específica *delegação legal* para auferirem *receita arrecadada impositivamente* – como *contribuições sociais* – destinada ao custeio dos serviços delegados.

Quanto às *contribuições*, que constituem receita dessas paraestatais, que são até constitucionalmente previstas em benefício das delegatárias da União (CF, art. 149), devem ser instituídas por lei, inclusive quanto à fixação de suas alíquotas, e incidir, estritamente, sobre as categorias diretamente ligadas aos respectivos campos de atividade das paraestatais, obedecendo, rigorosamente, às condicionantes dos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, todos da Carta Magna.

Em razão das *delegações legais*, os *serviços sociais autônomos* se caracterizam como *entidades paraestatais*, embora não se incluam na organização da administração indireta e, tampouco, com ela mantenham vínculos, não obstante estejam sujeitas sempre à fiscalização financeira, pela prestação de contas da receita impositiva auferida, e, eventualmente, possam gozar de privilégios legais, inclusive isenções tributárias.

A s *atividades delegadas* cometidas às entidades classificadas como serviços sociais autônomos são aquelas que se desenvolvem no campo da educação e da assistência social, em especial, em favor de determinadas classes a que o Estado tenha resolvido amparar de maneira singular, como, apenas para citar exemplos, no *setor da indústria*: o sistema Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI (Decreto-lei n.º 4.048, de 22 de janeiro de 1942) e Serviço Social da Indústria – SESI (Decreto-lei n.º 9.403, de 25 de junho de 1946).

78.2. Administração associada paraestatal estadual e municipal

Quanto aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nada impede que, no uso de suas respectivas autonomias político-administrativas, criem, por lei, suas próprias entidades associadas paraestatais, sob as modalidades de direito privado e lhes deleguem, similarmente, serviços de interesse público de natureza social, embora não lhes seja possível instituírem *contribuições parafiscais* a elas vinculadas, mas estarão autorizados a cobrir o custeio de *seus próprios sistemas de previdência e assistência social* prestados nesta modalidade (CF, art. 149, § 1.º).

79. ADMINISTRAÇÃO ASSOCIADA EXTRAESTATAL

Como se expôs, a execução da administração privada dos interesses públicos se realiza através de pessoas jurídicas de direito privado, que se associam ao Estado através de algum vínculo de direito público, instituídos por delegação, diretamente através de lei, ou de contratos, ou de atos administrativos complexos ou, ainda, de simples atos administrativos, conforme o caso.

Recorde-se também que é através desses vínculos que certos atos jurídicos, praticados pelas entidades que se tenham habilitado à associação com o Estado, para desempenhar atividades de interesse público, passam a ter algum tipo de eficácia administrativa e se sujeitam a controles de direito público.

Das duas espécies de entidades deste gênero, já foi examinada a primeira, conformada pelas paraestatais associadas por vínculo de delegação legal. Resta, agora, a examinar a segunda espécie, que engloba todas as modalidades de entidades associadas pelos demais vínculos referidos: de delegação administrativa, de delegação contratual, de delegação complexa ou de vinculação unilateral, o que as situam, todas, como entes extraestatais.

Isso assentado, as entidades da administração associada extraestatal, como a própria denominação já o indica, caracterizam-se pela personalidade de direito privado e por se destinarem à execução da administração privada de interesses públicos, atuando em relações associativas de parceria ou de simples colaboração com o Estado.

Essas modalidades de prestação administrativa por pessoas de direito privado, reunidas sob a denominação genérica de administração associada extraestatal, não encontram marcos de sistematização na legislação, ainda porque, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, mesmo com sua alteração posterior, não poderia prever a rápida evolução experimentada pelos fenômenos sociais hoje referidos ao terceiro setor. Do mesmo modo, a doutrina não tem aportado senão subsídios fragmentários, que não contemplam todo o arco de possibilidades que se abrem à colaboração administrativa, na medida em que se torna cada vez mais consciente o valor da participação e o fundamental conceito de que o interesse público não é monopólio do Estado, mas apenas o é, o emprego da coerção e somente quando necessário para conferir-lhe impositividade.

Distintamente das categorias até aqui estudadas, não obstante exista uma tipologia em aberto, já é possível identificar duas subcategorias importantes de entes privados associados: os entes associados de parceria e os entes associados de colaboração.

80. ENTES ASSOCIADOS DE PARCERIA

O que caracteriza esta modalidade de associação entre Administração e entes da sociedade na prossecução de interesses públicos, é que se tratam ambos de objetivos comuns em suas respectivas atividades: é o que se tem denominado vínculo de parceria.

Dá-se a denominação parceria a esse tipo de associação, ajustada entre entes do Estado e

da sociedade civil organizada, visando à execução, conjunta, de variadas atividades de interesse público.

Não obstante, deve-se registrar, na adoção dessa nomenclatura, certa imprecisão técnica, em razão do empréstimo de uma terminologia institucional que remonta aos arts. 1.410 a 1.423 do Código Civil de 1916 (sem correspondente no Código Civil vigente), identificadora de uma figura específica de *contrato*, que se regia subsidiariamente pelas regras das sociedades; todavia, como a palavra *parceria* parece já sufragada pelo uso, o novo sentido técnico se encontra incluído e definido no Direito Administrativo como uma modalidade de administração associada, para distingui-la da modalidade da simples colaboração. Com efeito, até mesmo a partir de seu étimo latino, *partiarus*, parece patente a intenção de constituir-se uma forma *sui generis* de sociedade, em que partes se associam em algum tipo de empreendimento de substrato econômico.

Distintamente, outra intenção e outro objeto, de menor amplitude, estão presentes na modalidade de mera colaboração, que, como também se infere de suas raízes latinas, *cum laborare*, indica-se que há um trabalho conjunto a ser realizado para alcançar um objetivo comum, embora, aqui, sem predominância de atividades de finalidade econômica.

Assim é que, como, distintamente, a parceria é um tipo de relação associativa que gravita em torno de um empreendimento econômico, pressupondo empenho de capital e de outros recursos empresariais privados de maior expressão financeira, ela se instrumentará mais estavelmente e oferecendo maiores garantias aos investimentos do parceiro privado, pelo contrato administrativo, através do qual se veiculará uma delegação administrativa.

Excepcionalmente, o instrumento da parceria poderá se apresentar menos estável, prestando-se, neste caso, para investimentos de menor monta e que não envolvam grande imobilização de capital ou para empreendimentos de interesse público mais limitado, neste caso, instrumentalizando-se por ato administrativo, através do qual se veiculará uma delegação administrativa temporária ou precária.

São modalidades de administração associada de interesses públicos de conteúdo econômico em parceria contratual:

- 1 – a concessão de serviços públicos e de uso de bem público,
- 2 – a parceria público-privada,
- 3 – a permissão de serviços públicos,
- 4 – o arrendamento portuário,
- 5 – o arrendamento operacional,
- 6 – a franquia pública,
- 7 – o gerenciamento privado de entidade pública,
- 8 – a venda de bilheteria,
- 9 – o contrato público de risco.

Quaisquer desses ajustes poderão ser celebrados por atos *administrativos complexos*, sempre que a ordem jurídica não exija a forma contratual.

São modalidades de *administração associada de interesses públicos de conteúdo econômico, em parceria por ato unilateral*:

- 1 – a *autorização de serviços públicos*,
- 2 – a *autorização portuária*,
- 3 – a *permissão de uso de bem público*,
- 4 – o *credenciamento*,
- 5 – o *reconhecimento*.

80.1. Entes associados em parceria por ajuste contratual

80.1.1. A concessão de serviços públicos e de uso de bens públicos

O regime *concessional* se estabelece mediante *contrato administrativo*, cuja fundamentação teórica já foi objeto de estudo na Parte Geral, no qual, a prestação que incumbe ao contratante privado, denominado *concessionário*, é aquela destinada a satisfazer o *interesse público* legalmente previsto e definido no contrato, seja este um *serviço*, que deverá ser proporcionado à coletividade (*concessão de serviço público*), ou uma *renda* ou um *encargo*, que decorrerão da transferência do *uso* de um bem público (*concessão de uso de bem público*).

Entretanto, nem sempre os administrativistas estiveram de acordo com a afirmação, hoje tranquila, de que a concessão é um *contrato administrativo*, como agora positivado em nível constitucional (art. 175, parágrafo único, I).

A teoria vitoriosa do contrato administrativo, cuja formulação se deve a Gaston Jèze, a partir de uma construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, teve de suplantar tanto, de um lado, a concepção estatista do clássico Otto Mayer, que via, na concessão, um ato administrativo, como, de outro lado, a de índole privatista, amplamente defendida na França, que ganhou espaço na bibliografia norte-americana.

Após essas vacilações históricas, pode-se afirmar que, no direito brasileiro, a concessão é, constitucional e doutrinariamente, um *contrato administrativo, destinado a transferir a particulares certas atividades reservadas à Administração*.

80.1.2. A parceria público-privada

A *parceria público-privada* (simplificada pela sigla PPP), instituída pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, estabelece *normas gerais para a contratação de duas modalidades especiais de concessões administrativas, distinguidas das concessões tradicionais regidas pela Lei n.º 8.987/1995*.

Três características diferenciam essas duas novas modalidades com referência à da

concessão tradicional: são elas, *primo*, o *compartilhamento de riscos* (art. 5.º, III, leg. cit.), que estabelece um reforço da *solidariedade* que normalmente deverá existir em contratos, mormente os de grande complexidade e longa duração; *segundo*, o estabelecimento contratual de *garantia* das obrigações pecuniárias a cargo do Poder Público (art. 5.º, VIII, leg. cit.), que devem ser suficientes e compatíveis com os respectivos ônus e riscos assumidos, e *tertiº*, a pré-constituição de uma *sociedade de propósito específico*, com a incumbência de implantar e de gerir o objeto da parceria.

Essas duas modalidades constituem dois novos tipos de contrato de concessão, denominados *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*, como definidos pela Lei em seu art. 2.º, parágrafos 1.º e 2.º.

A *concessão patrocinada* é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma *contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado* (n/ o destaque).

A *concessão administrativa* é o *contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta*, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (n/ o destaque).

Os *riscos* atinentes ao empreendimento, que na concessão tradicional são assumidos pelo concessionário, são repartidos com a Administração-concedente, cabendo-lhe estabelecer em *garantia* de sua contraprestação pecuniária, certas modalidades legalmente previstas: a *vinculação de receitas*; a instituição ou utilização de *fundos especiais* previstos em lei; a contratação de *seguro-garantia* com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; as garantias prestadas por um fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade e outros mecanismos admitidos em lei.

A Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, veda a celebração de contratos de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) (art. 2.º, § 4.º, da referida Lei), exigência que limita a utilização desse formato contratual a projetos de grande porte, atendendo aos escopos do Programa Político de instituição de Parcerias público-privadas – ressalvada, é claro, a possibilidade de Estados e Municípios adaptarem tal valor às suas peculiaridades, em prestígio à sua autonomia administrativa (art. 18 da Constituição Federal).

Ainda como requisito específico para a celebração desta espécie contratual, cite-se a obrigatoriedade de os contratos de parceria público-privada só poderem ser celebrados com prazo mínimo de 5 (cinco) e máximo 35 (trinta e cinco) anos, os quais foram estipulados (art. 2.º, § 4.º, inciso II c/c e art. 5.º, inciso I, da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de

2004), a fim de proporcionar a amortização dos investimentos privados no longo prazo, além de garantir a diluição dos pagamentos que serão realizados pelo Poder Público.

Outra vantagem dessas modalidades é a possibilidade de se valerem de uma *sociedade de propósito específico*, que poderá assumir a forma de companhia aberta e lançar valores mobiliários à negociação no mercado, facilitando, desse modo a sua capitalização. Cumprilhes, todavia, obedecer a padrões de *governança corporativa* e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento próprio, até mesmo para a afirmação de sua credibilidade econômico-financeira.

Cite-se como outra vantagem dessa espécie contratual a possibilidade de a concessionária oferecer como garantia ao pagamento de seu empréstimo a sua condição de contratada em uma parceria público-privada (*Step in Right*). Dito em outros termos, no caso de inadimplemento do financiamento tomado pelo contratado privado, para a implantação do projeto de parceria público-privada, abre-se a possibilidade de a intuição financeira credora assumir o controle acionário da sociedade, a fim de reestruturá-la, de sorte a assegurar a continuidade dos serviços prestados (art. 5.º, § 2.º, inciso I, da Lei em comento).

Mas não é só. Essa lei facultou ao concessionário a possibilidade de garantir as suas obrigações assumidas perante os financiadores com as receitas que serão recebidas no decorrer do contrato de parceria-público privada (a denominada “*securitização de recebíveis*”, por meio da celebração de um contrato de financiamento baseado em *Project Finance*) – operação facilitada pela possibilidade de emissão de empenho diretamente em nome dos financiadores do projeto (art. 5.º, § 2.º, inciso II, da Lei).

Inovação de grande relevo que se consolidou, com o advento desse formato de parceira contratual, foi o denominado *Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI*, regulamentado, em âmbito federal, por meio do Decreto n.º 5.977, de 1.º de dezembro de 2006. Trata-se de procedimento pelo qual se autoriza que os particulares interessados em contratar com o Poder Público apresentem projetos e estudos, que poderão ou não ser utilizados, para fins da formatação do edital e do contrato de parcerias público-privadas, pela entidade de direito público responsável pela PPP.

Esse procedimento apresenta as seguintes vantagens: visa a orientar a formatação de contratações administrativas, com a *expertise* da iniciativa privada, sem, contudo, obrigar o Poder Público a realizar o futuro procedimento licitatório; possibilita que o contratante público realize uma sondagem formal do mercado, identificando os possíveis *players* que pretendam contratar com a Administração; incentiva a participação privada na modelagem de empreendimentos públicos, na medida em que tais agentes não só não poderão ser impedidos de participar do futuro procedimento licitatório (art. 15 do Decreto n.º 5.977/2006), como serão indenizados, em relação aos custos incorridos com a formulação de seus projetos e estudos, pelo futuro concessionário que executará o contrato de parceria

público-privada (art. 14, § 2.º, do Decreto n.º 5.977/2006), caso não se sagrem vencedores deste certame.

Além disso, interessa observar que a Lei n.º 12.766, de 27 de dezembro de 2012, introduziu relevantes modificações ao regime jurídico das parceiras público-privadas, a saber: ampliou de 1% para 5% o limite de comprometimento de receitas correntes líquidas dos Estados, Distrito Federal e Municípios com despesas de caráter continuado com parcerias público-privadas, para fins de concessão de garantias e de transferências voluntárias da União; criou a figura do *aporte de recursos públicos*, segundo a qual os contratos de PPP poderão prever o pagamento de um aporte de recursos em favor do parceiro privado para a construção ou aquisição de bens reversíveis, desde que autorizados pelo edital de licitação de contratos novos, ou em leis específicas, se celebrados até 8 de agosto de 2012; excluiu tal remuneração inicial da determinação do lucro líquido, para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLI, e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Tais características a tornam um instrumento de grande importância no Direito Administrativo pós-moderno, mormente para uma desejável aceleração do *desenvolvimento* sem criação de novos encargos tributários sobre a sociedade.

80.1.3. A permissão de serviços públicos e de uso de bens públicos

O *regime permissional*, por ser mais flexível, tem sido caracterizado na doutrina tradicional como o vínculo produzido pela simples manifestação de vontade unilateral da Administração, através de um *ato administrativo* discricionário e precário, revogável a qualquer tempo.

Com a Constituição de 1988, o direito positivo desligou-se da tradição doutrinária e, exorbitantemente, *assimilou a permissão de serviços públicos à concessão* (CF, art. 175, parágrafo único, I), mantendo-se, todavia, parcialmente intacta a *permissão*, enquanto ato unilateral hábil para instrumentar a transferência precária da *utilização de bens públicos*.

Não se confunda, todavia, a *permissão* com *autorização*: enquanto esta é outorgada para satisfazer predominante interesse do particular, a *permissão* pressupõe o atendimento conjunto e simultâneo do interesse privado e do interesse público posto a cargo do permitente.

Reitere-se, por fim, que ambos os institutos, a *concessão* e a *permissão de serviços públicos*, recebem seus delineamentos básicos na Constituição Federal (art. 175), sujeitando, concessionários e permissionários, ao controle permanente de suas atividades quanto ao objeto da delegação, ao direito dos usuários e à remuneração tarifária.

80.1.4. O arrendamento de instalações portuárias

Nesta espécie, entes privados, executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria*, celebram um *contrato público de arrendamento com a União, ou com outra entidade, dela concessionária*, pelo qual se assegura o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, subarrendar e explorar uma instalação portuária, sendo, por isso, denominados de *arrendatários de instalações portuárias*.

A modalidade portuária de parceria está regulada na Lei n.^o 12.815, de 5 de junho 2013, e no seu respectivo ato regulamentador, o Decreto n.^o 8.033, de 27 de junho de 2013, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, figuras nela definidas e caracterizadas. Trata-se de uma *delegação de um serviço público* – uma vez que é composto pela outorga da exploração de uma atividade essencial em conjunto com prerrogativa da utilização privativa de um bem público. Este instrumento de outorga de bem público destinado à atividade portuária será realizado mediante a celebração de contrato, sempre precedido de licitação, o qual adotará o procedimento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (art. 4.^º).

Os contratos de arrendamento terão prazo de vigência de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente (art. 19 do Decreto n.^o 8.033/2013).

Note-se, ainda, a possibilidade de o poder concedente autorizar a elaboração, por qualquer interessado, de estudos prévios de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto do arrendamento ou da concessão. Trata-se de mecanismo similar ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que tem fundamento nos arts. 21 da Lei n.^o 8.987/1995 e 31 da Lei n.^o 9.074/1995, e que foi disciplinado, em âmbito federal, pelo Decreto n.^o 5.977/2006.

A mesma Lei, como se examinará adiante, institui também uma modalidade unilateral de parceria portuária.

80.1.5. O arrendamento operacional

Outra espécie de entes privados executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria*, são os *arrendatários operacionais*, que celebram um contrato com a Administração Pública pelo qual esta lhes transfere a *gestão operativa* de uma atividade administrativa a seu cargo, para *administrar* os bens e os recursos públicos a ela afetos, sem que importe em transferir-lhes a posse direta dos bens e, também, sem responsabilidade extroversa com relação aos serviços administrativos públicos a serem por eles geridos. Quanto à remuneração, o contrato contemplará, para ser paga pelo ente público ao parceiro privado, uma *renda*, fixa ou em percentual calculada sobre os resultados financeiros obtidos.

Trata-se de modalidade que deve ser precedida de previsão legal e de licitação, uma

vez que se cogita de serviços, que são prestados em apoio de empreendimentos administrativos públicos particularmente demandantes, em termos de especialidade ou de condições de prestação, como, por exemplo, os que visem à implantação ou à manutenção de serviços e de instalações sofisticadas ou em regiões de difícil acesso, perigosas e insalubres.

A Administração Pública tem ainda a ganhar com a contratação de arrendatários operacionais, pelo fato de não necessitar lhes transferir os serviços e de valer-se de uma oportunidade de treinar pessoal próprio para operá-los uma vez expirado o contrato.

Esta modalidade se distingue da concessão, com a qual tem alguma semelhança, por não existir delegação de execução de serviços públicos, mas, simplesmente, delegação de gestão administrativa e financeira, continuando quaisquer prestações que porventura devam ser feitas a administrados, em nome e em risco do ente público contratante.

80.1.6. A franquia pública

Esta outra espécie de entes privados executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica, por parceria*, são os *franqueados públicos*, que celebram *contrato de franquia* com a Administração Pública, atuando como *franqueadora pública*, pelo qual ela lhes delega a execução de etapas ou partes destacáveis da prestação de serviços públicos que *comportem ser realizados de modo homogêneo, padronizado e segmentado*.

Quanto à remuneração, ao atuarem como parceiros, em segmentos definidos da prestação dos serviços públicos considerados, os *franqueados* perceberão um percentual sobre a receita obtida com a exploração das tarefas executadas.

Como na hipótese acima examinada, tampouco a *franquia pública* se confunde com a concessão de serviços públicos, porque o franqueado, que é o parceiro privado, não exerce o serviço público em seu nome, respondendo diretamente ao ente administrativo franqueador.

Por se tratar de contrato de prestação de serviços, é necessário que seja precedido de licitação, dispensável, porém, nas hipóteses previstas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

No Brasil, a modalidade tem sido empregada com êxito para multiplicar as agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, demonstrando que sua utilização, em certos serviços públicos segmentáveis, de conteúdo econômico atrativo para conseguir parcerias, apresenta um grande potencial de expansão, na medida em que a sociedade amplie suas demandas por prestadores mais próximos de suas residências ou locais de trabalho.

Sobreleva assinalar que a nova Lei n.º 11.668, de 2 de maio de 2008, que dispõe sobre o exercício da atividade de *franquia postal*, revogou o § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 9.074, de 7

de julho de 1995, enunciando todos os contornos regulatórios necessários para o desenvolvimento desta atividade.

80.1.7. A gerência privada de entes públicos

Outra espécie de entes privados executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria*, são os *gerentes privados de entes públicos*, que celebram contrato para desenvolver em nome e risco desses próprios entes públicos, determinadas atividades de gestão de seus recursos, inclusive pessoal.

A remuneração dessa gestão, exclusivamente operacional, dos *gerentes privados*, poderá ser um valor fixo ou um percentual das economias orçamentárias que sejam proporcionadas ao ente administrativo público, no setor gerenciado, segundo *metas de desempenho* ajustadas no contrato.

Neste modelo, a Administração Pública contratante mantém a administração das atividades administrativas a seu cargo, em seu nome, conta e risco, limitando-se a parceria apenas à atividade gerencial dos setores operativos, conforme venha especificado no contrato.

Essa modalidade, não obstante bastante empregada em vários países, sempre que seja possível destacar a atividade de caráter político das atividades de caráter gerencial, puramente técnico, permite uma ampla gama de atividades associadas por parceria na administração de escolas, de hospitais, de asilos, de creches, de centros de saúde, de penitenciárias e de outros estabelecimentos, em que a gestão profissionalizada possa concorrer para a alocação mais racional de recursos, possibilitando a redução de gastos, notadamente, como medida de efeitos imediatos, em setores da administração pública onde estejam ocorrendo notórios desperdícios, seja por deficiência de pessoal habilitado, seja pelas estruturas arcaicas de gestão, enfim, por problemas que demandem tempo e mais recursos para serem permanentemente corrigidos.

80.1.8. A compra de bilheterias

Esta outra espécie de entes privados executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica, por parceria*, são *compradores de bilheterias*, que celebram um contrato com a Administração Pública ou com empresas executoras de empreitadas públicas, ou, ainda, com empresas concessionárias de obra e de serviços públicos, para viabilizar economicamente o início, o prosseguimento ou a finalização de obras públicas que serão economicamente exploráveis, a seu término, pelo *adiantamento de recursos necessários*, a serem resarcidos sob a forma de *transferência, integral ou parcial, de receitas diárias de bilheterias*, como, por exemplo, muito difundidas, as de ingressos ou de pedágios, geradas em razão da conclusão da obra, até alcançar os quantitativos totais, prefixados no contrato.

Esta modalidade, extremamente útil para possibilitar o reinício de obras paralisadas ou com dificuldades financeiras para que sejam concluídas – vicissitude de que padece a administração pública no País – tampouco se confunde com a concessão de serviços públicos, pois o serviço se mantém com o Poder Público ou com o concessionário ou permissionário existente.

Para Marcos Juruena Villela Souto, que pioneiramente estudou a modalidade, mediante um ajuste adveniente e ancilar, com vistas à alteração de contrato de obra existente, poderá dar-se uma mera *novação* da forma de pagamento da obra pública, permitida pelo art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

80.1.9. O contrato público de risco

Outra espécie de entes privados, executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria*, são os *contratantes de risco*, que põem à disposição da Administração Pública bens e serviços que, devidamente aplicados, possibilitam a redução dos custos operativos das atividades administrativas, sem ônus para o erário público, contra uma remuneração que só será devida nas hipóteses em que se verificar efetiva economia de despesas ou aumento de arrecadação pública proveniente de taxas, tarifas, multas etc., diretamente em função das facilidades proporcionadas.

Como também aqui se observa, não existe concessão de serviço algum que seja outorgada ao contratante de risco, pois que apenas adiantará uma prestação contratual para ser eventualmente remunerado pelo percentual ajustado sobre a economia de despesas ou incremento de receitas.

Esta modalidade de parceria tem sido utilizada para a realização de serviços de iluminação pública, de detecção e de registro de infrações de trânsito e de pesquisas de ligações clandestinas, prestando-se, porém, a um amplo espectro de atividades que podem concorrer para maior eficiência da administração pública.

80.2. Entes associados em parceria por ato administrativo

80.2.1. Autorização de serviços públicos

O s *autorizados de serviços públicos* são entes privados, executores de *administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria*, instrumentada por *ato administrativo* que delega precariamente a um particular a execução de certos serviços públicos em caráter instável, emergente ou transitório.

Desde logo, esclareça-se que o preceito constitucional, do art. 175, *caput*, que trata exclusivamente do *regime de delegação contratual de serviços públicos*, não deve ser tomado como excludente de outros regimes constitucionalmente possíveis para instrumentar uma

delegação.

Vários exemplos de que *não há vedação de emprego de quaisquer outros regimes de delegação, salvo, por óbvio, os contratuais*, se encontram expressamente previstos na própria Constituição, como através de atos *administrativos complexos*, que resultem da *cooperação entre entes públicos*, desde logo referido no art. 23, parágrafo único, ao tratar da execução de serviços comuns. Também na Constituição, no art. 25, § 3.º, está previsto o cometimento de serviços públicos de interesse comum nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, que admitem também *regimes complexos*, públicos ou privados, e, neste caso, através de *convênios* que podem envolver empresas privadas especializadas. E, ainda na Constituição, igualmente estão previstos inúmeros *regimes unilaterais*, instrumentados por *autorizações, que são atos administrativos precários*, para instrumentar a *delegação de serviços públicos* de telecomunicações, radiodifusão sonora de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água, de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura portuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e de exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres (CF, art. 21, XI e XII).

Não há, portanto, qualquer vedação à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios para, no exercício de suas respectivas autonomias político-administrativas, disporem, como melhor lhes parecer, sobre os regimes que mais lhes convier para prestarem serviços públicos, somente *limitados, no caso de pretenderem se valer especificamente das formas contratuais da concessão e da permissão, modelos constitucionalmente uniformizados* (CF, art. 175).

Dada esta explicação, podem-se caracterizar os *autorizados de serviços públicos* como os *entes privados que, através de ato administrativo unilateral e precário, prestam serviços públicos*, o que geralmente ocorre quando o parceiro privado não necessita arcar com grandes desembolsos financeiros ou, como lembra Hely Lopes Meirelles, quando se trate de atender interesses “instáveis” ou “transitórios”.

Desnecessário insistir que a precariedade importa na completa inexistência de direitos subjetivos dos autorizados à manutenção do vínculo, mesmo que o ato haja sido clausulado a termo, caso em que apenas caberiam perdas e danos em favor do parceiro, por uma *revogação antecipada*. A relação subsiste apenas enquanto for de interesse público, pois o ato do Poder Público é meramente *receptício*.

80.2.2. Autorização portuária

A Lei n.º 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, institui, além do contrato de arrendamento portuário, já tratado, uma modalidade unilateral de parceria, a *autorização de*

exploração portuária, que se outorga por *ato administrativo*, quando se tratar de terminal de uso privado, desde que fora da área do porto organizado (art. 8.º, I).

Trata-se do exercício de *atividade econômica em sentido* estrito, que, tendo em vista a sua relevância, sofre os influxos da regulação estatal, malgrado o consentimento do Estado para a exploração dessa infraestrutura portuária privada seja levado a efeito por meio de um ato administrativo de autorização.

Tal título habilitante não possui as clássicas características da discricionariedade e da precariedade. Tem-se, nesse particular, uma sorte de *autorização vinculada*, cujo objetivo é constituir uma *relação jurídica estável*, a qual, por um lado, sofre a interveniência da *função de polícia administrativa*, mas, por outro, deve se apresentar compatível com os investimentos realizados pelos agentes privados. Tal título habilitante não só é compatível com Constituição, na medida em que o seu art. 21, XII, prevê, expressamente, a exploração do serviço portuário, por meio de “*autorização*”, como também vem sendo utilizado em outros setores regulados (v.g., a autorização para o aproveitamento de potenciais hidráulicos por Produtor Independente de Energia – PIE, prevista no art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 9.074/1995, e a autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações, em regime privado, consoante o disposto no art. 126 da Lei n.º 9.472/1997).

Esta autorização disciplinada pela Lei n.º 12.815/2013 terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que a atividade portuária seja mantida; e que o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias (art. 8.º, § 2.º).

Para obter a autorização, os interessados poderão requerê-la à Antaq, que abrirá uma chamada pública para identificar outros possíveis interessados na obtenção desse título (art. 29 do Decreto n.º 8.033, de 27 de junho de 2013). Não se trata de novidade no ordenamento jurídico pátrio, mas de procedimento similar ao concurso de projetos, levado a efeito para celebração de Termos de Parceria com OCIPS (na forma do Decreto n.º 3.100/1999), o qual, malgrado não se configure como um típico procedimento licitatório, prestigia os mesmos princípios capitais da *isonomia* e da *moralidade* administrativa.

80.2.3. Permissão de uso de bem público

A Constituição, embora contratualizando a *permissão de serviços públicos*, manteve a *permissão de uso de bens públicos*, pela qual, por ato administrativo unilateral e precário, a Administração Pública transfere a posse e a exploração de bens públicos imóveis de seu domínio, de modo que continuam a existir parceiros na modalidade unilateral de permissionários de uso de bens públicos, tal como tratados no Capítulo XIII deste Curso.

80.2.4. Credenciamento

Nesta modalidade de parceria, o *credenciamento*, a Administração Pública delega unilateral e precariamente, por atos administrativos, a *credenciados*, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria.

80.2.5. Reconhecimento

A estrutura das atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares deve ser norteada pela *livre iniciativa* (CF, art. 1.º, inciso III), portanto, sempre *independentemente de autorização*, ressalvadas apenas as hipóteses de controle *a priori* previstas na legislação, seja em razão do exercício das funções de *policia administrativa*, seja da prestação dos *serviços públicos* (CF, art. 175).

Assim, nos casos dos serviços públicos norteados pela *publicatio*, é o próprio Estado que promove a *delegação* e a fiscalização de tais atividades; nos serviços públicos que, ao revés, se desenvolvem em regime privado (art. 131 da Lei n.º 9.472/1997) requer-se uma *autorização* para a sua exploração, e, por fim, quanto a certas atividades econômicas, há as que se submetem cautelarmente a um *consentimento de polícia* outorgado por meio de *licenças, anuências, registros* e quaisquer outras espécies inominadas de *atos receptícios*.

Todavia, existem ainda atividades econômicas, em hipóteses residuais, que, embora se submetam à fiscalização de *policia*, dificultam normalmente uma fiscalização eficiente, como ocorre por falta de estrutura administrativa suficiente, por falta de informações quanto às atividades desenvolvidas, ou pela relação de custo benefício entre a fiscalização e as atividades fiscalizadas,

Neste contexto é que releva a categoria das *atividades comunicadas*, com o objetivo de viabilizar, por meio da consensualidade, o conhecimento sobre o desempenho dessas atividades, possibilitando-se o *autocontrole* do exercício da própria liberdade individual, em resguardo dos interesses primários da sociedade (Como exemplos: o art. 8.º da Lei n.º 9.074/1995, e o art. 131 §§ 2.º, 3.º e 4.º, da Lei n.º 9.472/1997).

Essa *comunicação* espontânea tem um importante efeito cautelar com relação a esses interesses públicos, representando uma das mais modernas técnicas de *colaboração* entre o particular e a Administração no que toca ao exercício da *fiscalização de polícia*. Isto porque, ao contrário do que ocorre, tanto na atividade de *consentimento de polícia*, em que o interessado provoca a Administração para o exercício da polícia administrativa, quanto na de *fiscalização de polícia*, em que a Administração atua de ofício na busca dos elementos, a *atividade comunicada* se desenvolve em espaço de atuação espontânea das pessoas, no qual a lei não condiciona o exercício da atividade às prévias emissões de licença ou de autorização, mas é de interesse do particular que a exerce, afastar a insegurança jurídica quanto a se conter ou

não nos limites estabelecidos na *ordem de polícia*. O particular comunicante, em respeito à sua *boa-fé*, no caso de a Administração entender que a atividade noticiada apresenta excesso ou desvio da liberdade de iniciativa, poderá ser compelido a adequar-se à ordem de polícia acaso transgredida, ou mesmo, em caso de impossibilidade de fazê-lo, a paralisar sua atividade, sem, contudo, sofrer qualquer sanção administrativa.

81. ENTES ASSOCIADOS DE COLABORAÇÃO

Todas as demais entidades privadas *associadas* ao Poder Público, portanto excluídas as já estudadas, que atuem com finalidade de *exploração econômica*, se caracterizam, genericamente, pela *colaboração* prestada no atendimento dos mais diversificados *interesses públicos*.

Essas *entidades associadas de colaboração* são também identificadas como *pessoas administrativas de colaboração* ou apenas *entes de colaboração*, convindo, a propósito, recordar a distinção doutrinária: a *cooperação* se ajusta entre entidades *intraestatais* ou *paraestatais* ou entre ambas, ao passo que a *colaboração* se concerta entre o Poder Público e entidades *extraestatais*.

O vínculo jurídico que caracteriza a *colaboração administrativa* terá a natureza de uma *delegação administrativa atípica*, através da qual uma *entidade pública* competente para a prossecução de determinado interesse público transfere à *entidade privada de colaboração* o exercício de certas funções ou prerrogativas próprias da Administração Pública.

Por se tratar de uma *modalidade aberta*, de associação entre entidades públicas e privadas, a lei deverá definir, em cada caso específico de *delegações atípicas*, o *instrumento jurídico* que a regerá, as funções ou prerrogativas transferidas, a eficácia jurídica administrativa reconhecida aos atos praticados pelas entidades de colaboração, as formas de controle e outras peculiaridades institucionais.

Quanto ao *instrumento jurídico* que conterá a *delegação atípica*, poderá ser o *ato administrativo complexo* ou o *ato administrativo*.

No primeiro caso, têm-se as *entidades privadas delegadas atípicas*, vinculadas por *atos administrativos complexos*, como são os *convênios de colaboração* e os *acordos de programa*, dos quais são importantes e atuais exemplos as *organizações sociais de colaboração* e as *organizações da sociedade civil de interesse público*.

No segundo caso, têm-se *entidades privadas delegadas atípicas*, vinculadas por *atos administrativos de credenciamento* ou de *reconhecimento*.

São exemplos de *entidades extraestatais associadas de colaboração*: as *organizações sociais*, as *organizações da sociedade civil de interesse público*, as *fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior*, as *fundações privadas de previdência fechada*, as *associações de moradores*, as

associações profissionais, os clubes de serviços, as sociedades benemerentes e outras, sobre algumas das quais se exporá a seguir.

81.1. Organizações sociais

As organizações sociais abrem um novo quadro no fomento público, incentivando a criação de entes intermédios para o desempenho de atividades de interesse público dirigidas a seis setores sensíveis: o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde (art. 1.º da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998).

Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5.º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público podem ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, desta modalidade de pessoas de colaboração, está na possibilidade de *se habilitarem à qualificação como organização social*, uma vez que tenham sido constituídas com atendimento aos requisitos nela previstos.

Essa qualificação tem a natureza jurídica de um *reconhecimento, ato administrativo* discricionário e receptício outorgado à associação habilitante que vinculadamente comprove a satisfação das condições básicas legalmente estabelecidas (art. 2.º, I, leg. cit.), muito embora a *conveniência e a oportunidade* da admissão da postulante à nova qualificação necessitem uma dupla avaliação discricionária de órgãos federais (art. 2.º, II, leg. cit.).

Porém, uma vez outorgado, o reconhecimento *não mais poderá ser discricionariamente revogado*, admitindo, apenas, ser *cassado*, mediante *processo regular de desqualificação*, desde que nele comprovado o descumprimento de obrigações assumidas (art. 16, § 1.º, leg. cit.) ou a invalidade ou a perda das condições essenciais à qualificação obtida (art. 2.º, I, leg. cit.), entre as quais se ressalta a inexistência de fins lucrativos (art. 1.º, leg. cit.).

Uma vez expedido o *ato de reconhecimento*, as entidades qualificadas como organizações sociais recebem a *declaração de utilidade pública*, válida para todos os efeitos legais (art. 11, leg. cit.), habilitadas a se associarem ao Poder Público através de *contratos de gestão*, com vistas à formação de uma relação complexa de colaboração voltada ao fomento e à execução de atividades de interesse público (art. 5.º, leg. cit.).

Como já se tem observado, a denominação utilizada – *contrato de gestão* – é tecnicamente inadequada, uma vez que essa relação, que se estabelece entre o Estado e a organização social, *não apresenta natureza contratual*. Com efeito, não se trata de *contrato*, porque não são pactuadas *prestações recíprocas*, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que, distintamente, as partes ajustam *prestações conjugadas*, em regime de colaboração, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum, elemento que caracteriza um *pacto não contratual*.

Está-se, portanto, diante de um *ato administrativo complexo*, em que há *solidariedade de*

interesses e, por isso, uma conjugação consensual de vontades e de meios, e não de um contrato, no qual, por definição, há uma composição de interesses divergentes e, por isso, o estabelecimento de prestações recíprocas.

A tais atos a doutrina classifica como *convênios*, embora fosse ainda mais apropriado enquadrá-los como *acordos de programa*, pois neles se contém sempre, implícita, uma disposição discricionária sobre a melhor forma de ampliar a sua própria atuação administrativa através da *programação de uma sistemática de colaboração*.

A admissão desse ato no direito brasileiro está assegurada em todos os níveis federativos pela *autonomia político-administrativa*, reconhecida às entidades estatais para dispor sobre sua organização e funcionamento (CF, arts. 1.º e 18). Pelo mesmo motivo, competirá às demais unidades federadas, todas constitucionalmente autônomas, suplementar a legislação federal sobre as organizações sociais, no que seja matéria de competência privativa da União, para adaptá-las às suas respectivas organizações administrativas e às necessidades de fomento público, de ampliação do espaço público e de coordenação de desempenho com o setor privado.

81.2. Organizações da sociedade civil de interesse público

As organizações da sociedade civil de interesse público somam-se às demais modalidades de colaboração na composição do novo quadro de abertura associativa destinada ao fomento público pela atuação dos *entes intermédios*, voltada ao desempenho de certas atividades sociais de relevante interesse público.

A Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, dispõe sobre tais entidades, denominando-as de *organizações da sociedade civil de interesse público* e instituindo, como instrumento de ação associativa entre elas e a Administração Pública, um *termo de parceria*, a ser entre ambas ajustado.

As pessoas jurídicas de direito privado, para que se credenciem a essa qualificação, devem dispor, em seus estatutos, que não terão finalidades lucrativas e que seus objetivos sociais preverão a promoção de atividades em, pelo menos, uma dentre as seguintes áreas de atuação: assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação gratuita (de forma complementar ao sistema oficial), saúde gratuita (também sob forma complementar do sistema oficial), segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, valorização do voluntariado, desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito, divulgação de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita e interesse suplementar, valorização da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais,

estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e de conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas.

Não são passíveis de *qualificação*, como *organizações da sociedade civil de interesse público*, as sociedades comerciais, os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional, as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões confessionais, as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações, as entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou de sócios, as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados, as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras, as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras, as organizações sociais, as cooperativas, as fundações públicas, as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado, criadas por órgão público ou por fundações públicas e, finalmente, as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Além dessas prescrições e vedações, a qualificação dependerá da satisfação de vários outros requisitos previstos em Lei (art. 5.º) e comprovados em requerimento escrito dirigido ao Ministério da Justiça, que decidirá, no prazo de trinta dias, deferindo ou não o pedido, e emitirá, no caso positivo, um *certificado de qualificação* (art. 6.º, § 1.º), que só será cancelado a pedido ou por decisão em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual estejam asseguradas a ampla defesa e o contraditório (art. 7.º).

Dependendo desse ato condição de reconhecimento, que é a *qualificação*, instrumentada pelo mencionado *certificado*, a relação associativa entre o Poder Público e a organização requerente, assume a forma jurídica de um *pacto*, um *ato administrativo complexo* da espécie *convênio*, embora, também em má técnica, haja sido denominado, na Lei, de *termo de parceria*.

Este *termo*, que, portanto, estaria mais adequadamente qualificado como *termo de colaboração*, é o instrumento que, uma vez firmado, institui o vínculo de colaboração entre as partes para fomento e execução das atividades de interesse público a serem desempenhadas, satisfazendo o elenco de cláusulas essenciais (art. 10, § 2.º).

Firmado o termo, a entidade privada deve publicar, no prazo máximo de trinta dias, um regulamento próprio, contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para as compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Substitui-se, com vantagens, o sistema anteriormente vigente, de *reconhecimento de instituições de utilidade pública*, sobre as quais o poder fiscalizatório do Estado era reduzido e

não existia qualquer negociação e fixação de metas a serem cumpridas pela entidade privada, e, particularmente, sublinhando o *desempenho pessoal* de atividades de interesse público através da *promoção do voluntariado*, que passa a ser expressamente estimulada (art. 3.º, VII).

81.3. Fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior

Estas modalidades, de entidades associadas de colaboração, são as instituídas por pessoas físicas que participam das atividades de ensino e pesquisa (professores, pesquisadores, ex-alunos) ou por pessoas jurídicas que atuam no ensino superior oficial, com ou sem a participação de qualquer das referidas pessoas físicas, para operar no suporte técnico das atividades-fim das instituições oficiais de ensino superior.

Tais entes, como bem destaca Odete Medauar, não integram a administração direta nem a estrutura das universidades ou das instituições de ensino oficial a que propiciam apoio; são *extraestatais*, não se sujeitando a qualquer controle oficial, salvo, no caso de fundações, a do Ministério Público.

81.4. Fundações de previdência privada

Esta outra modalidade, também definida por Odete Medauar, se caracteriza pela destinação específica de entidades como gestoras de *fundos de pensão* de uma empresa ou de um grupo similar de empresas, daí a denominação “fechadas”, no sentido de que não recebem beneficiários que não sejam os próprios empregados das respectivas empresas instituidoras.

81.5. Outras entidades de colaboração

Trata-se de cometer a entidades privadas, que congregam setores ativos da vida social, preferentemente as que não tenham objetivo de lucro, certas atribuições preparatórias, auxiliares ou complementares da *atividade social* do Estado, contando-se como exemplos importantes deste gênero, as *associações de moradores*, as *colônias de pescadores*, as *associações profissionais*, os *clubes de serviço* etc., em extensa lista aberta.

Citem-se, como exemplos, as *associações profissionais* reconhecidas, de interesse coletivo, incluídas as *federações* e as *confederações*, cuja importância ficou sublinhada pelo legislador constituinte ao atribuir-lhes legitimidade, quando de âmbito nacional, para propor ação de *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, arts. 102, I, a, e 103, IX).

Merce, ainda, especial menção, a utilização de diversas modalidades de *associações civis* para o desempenho de tarefas em colaboração com a Administração, fenômeno que vem ganhando terreno e é estudado sob a denominação de *descentralização social*.

O regime resultante é unilateral e precário, originado de uma simples *autorização*, ou, como é mais usado, de um *reconhecimento*, com a mesma natureza; mas esse ato cognitivo em nada altera a essência das atividades, apenas as *credenciando* a prestarem validamente os serviços de expressão coletiva a que se propõem. Como importante exemplo, avulta a instituição das *Bolsas de Valores* e de sua importância no regime de capitais.

Ainda como outro eloquente exemplo do que se pode realizar nesse novo campo, vale lembrar a colaboração prestada pelas associações civis que, uma vez cumpridas determinadas exigências, passam a representar, perante a Administração, os moradores de vilas proletárias, favelas, comunidades informais ou de simples polos de habitação de interesse social.

A ação de colaboração com o Poder Público local é multifária e importante, notadamente nas atividades assistenciais, no cadastramento de habitações e, até mesmo, no desempenho de certas atribuições preparatórias ou auxiliares de fiscalização de polícia urbana, como o controle da construção de novas moradias em conjuntos existentes, da transformação de habitações coletivas em cortiços e do assentimento para pequenos reparos em casebres e outras habitações precárias.

A relevância dessa modalidade foi destacada pelo legislador constitucional, ao incluir as associações representativas de bairros ou das comunidades localizadas em 1988, para *condicionar à sua colaboração o planejamento municipal* (CF, art. 29, XII).

Valiosas são, por fim, as sociedades que desenvolvem atividades de relevante interesse público sob regimes especiais de *reconhecimento*, *registro* ou *licenciamento*, como certas instituições de ensino, cultura, assistência e beneficência, com ou sem fins lucrativos.

Nesta categoria, destaque-se as associações de *bombeiros voluntários*, instituídas em várias localidades, e as importantes *sociedades civis de fins assistenciais*, reconhecidas pelo Estado, que, se deste recebam auxílio ou subvenção, ou se sustentem, ainda que parcialmente, de contribuições populares periódicas, se sujeitam à dissolução compulsória e de provação aberta, caso vierem a cessar suas atividades, desbaratarem os recursos ou ficarem sem efetiva administração (Decreto-lei n.º 41, de 18 de novembro de 1966).

Também nesta categoria se incluem as associações *beneméritas de sentido cívico*, como a Associação dos Ex-Combatentes do Brasil e a Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra – Adesg, que, por sua relevância patriótica, recebem especial tratamento legal.

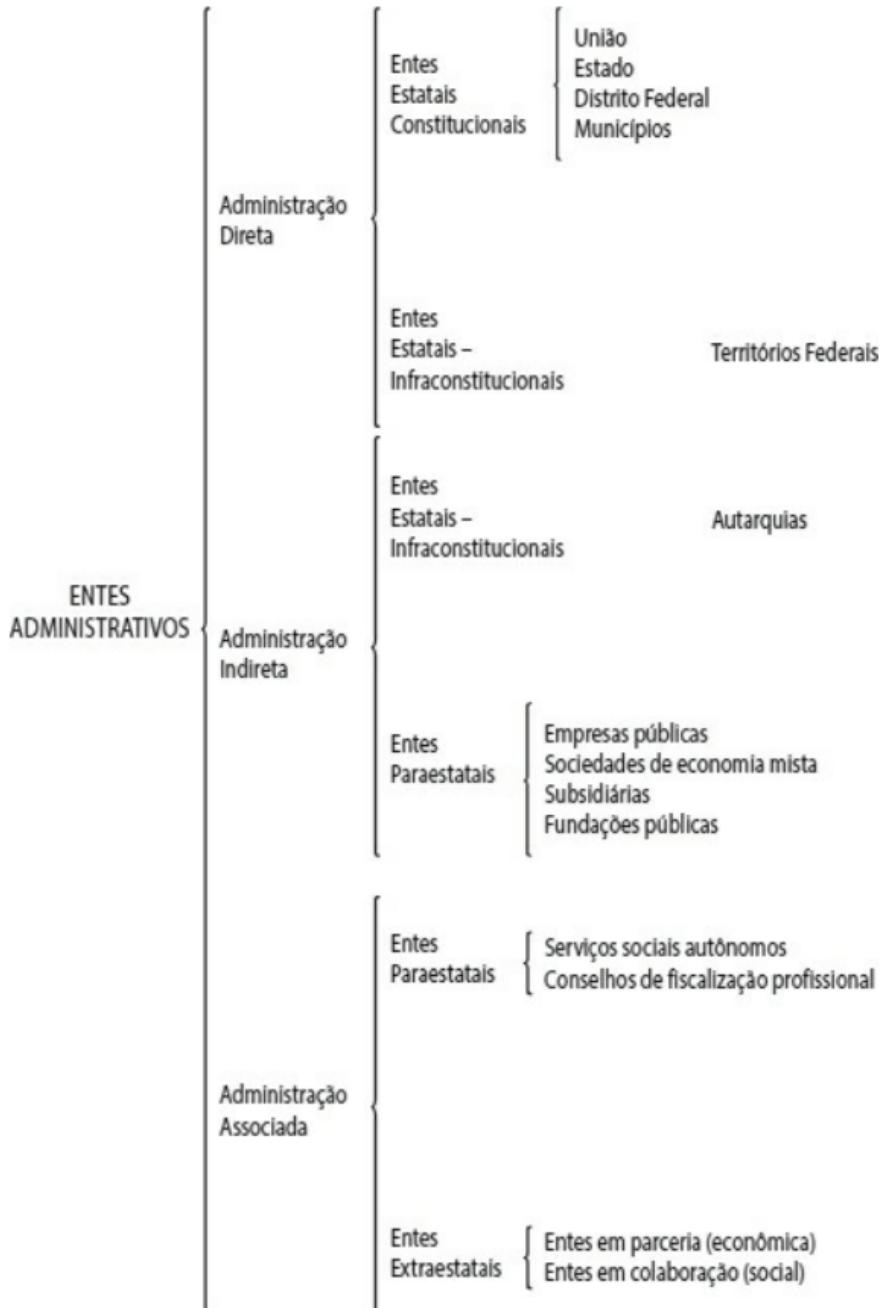
O gênero das entidades de colaboração, não obstante sua patente utilidade, se ressentir da falta de um tratamento normativo sistemático, no qual venham a ser amplamente institucionalizadas novas modalidades desse útil e avançado mecanismo da *descentralização social*.

O certo é que, lenta, mas seguramente, a *descentralização social*, como experiência subsidiária e pluralista exitosa, vai assumindo um lugar de preeminência no direito público

brasileiro, pela possibilidade que apresenta de rasgar novas vias e de abrir diferentes canais de *participação cívica* sob todas as modalidades e sobre todas as formas de atuação estatais: legislativas, judiciárias e administrativas.

De qualquer forma, a Carta de 1988 segue, em inúmeros dispositivos, a tendência de aproveitar a colaboração e a intermediação democrática que essas entidades estejam prontas para prestar, adensando e aquecendo a cidadania e o civismo no País (v. quadro XVIII).

QUADRO XVIII – ENTES ADMINISTRATIVOS



82. CONCEITOS E REGIMES DE SERVIDORES PÚBLICOS

82.1. Servidores públicos *lato sensu*

São *servidores públicos*, no sentido amplo, todos os indivíduos que estão em serviço civil remunerado das pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Territórios (quando existentes) e das respectivas autarquias, incluídas as fundações públicas com natureza autárquica.

82.2. Pessoal

Conceito de extensão ainda mais ampla, de que se utiliza a Constituição no art. 37, XIII, e no art. 39, *caput*, e também empregado em algumas leis recentes, é o de *pessoal*, com aplicação mais abrangente que o de *servidores públicos*, pois engloba todos os que são estipendiados pelas entidades da Administração direta e indireta, o que inclui os *servidores públicos*, os *militares* e os *empregados* das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista, de suas respectivas subsidiárias e das fundações públicas com personalidade de direito privado.

A Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, é das que também utilizam esta expressão para abranger a totalidade das pessoas físicas que recebem estipêndios, a qualquer título, pelos cofres públicos, distinguindo-se os ativos, os inativos e os pensionistas, incluindo-se os contratados sob regime de terceirização de mão de obra que *substituam* servidores e empregados públicos (art. 18 e §§, leg. cit.).

82.3. Militares

Os *militares*, anteriormente denominados *servidores públicos militares*, assim tratados no Título III, Capítulo VII, Seção III, e no Título V, Cap. II, da Constituição, são os integrantes das *corporações armadas*, todas de assento e de regência constitucional, submetidos a *regimes estatutários* próprios, de definição legal, subdividindo-se em três subespécies: *integrantes das Forças Armadas, policiais militares e bombeiros militares*; a primeira, agregando corporações privativas da União e as demais, dos Estados e do Distrito Federal.

82.4. Empregados públicos da administração direta e indireta

Os *empregados públicos* da administração direta e indireta são servidores contratados sob o *regime trabalhista comum*, com as exceções expressamente previstas em prescrições

constitucionais (CF, art. 37, I, II, III, IV, VI, VII, VIII, X, XI, XIII, XV, XVII, §§ 7.^º e 9.^º).

82.5. Agentes públicos

Conceito de extensão *mais restrita*, também empregado na doutrina, é a de *agente público*, designativo de todos aqueles que, servidores públicos ou não, estão *legalmente intitulados* a exercer, em nível *decisório*, uma *parcela ou aspecto do poder público*, investidos de *competências* especificamente definidas pela ordem jurídica positiva. Nesta categoria estão incluídos os Chefes do Poder Executivo, os Ministros de Estado, os Secretários de Estado e de Município, os membros do Poder Legislativo e do Judiciário, das três esferas federativas, os membros dos órgãos constitucionalmente independentes federais e estaduais, os membros de júris e de mesas eleitorais e os dirigentes de autarquias e de paraestatais.

Esta categoria, de *agentes públicos*, se subdivide em duas subcategorias: os *agentes políticos*, que têm investidura em cargos eletivos, vitalícios, efetivos ou em comissão, de assento e definição *constitucional*, e os *agentes administrativos*, que são todos os demais intitulados por *lei*, a exercer uma parcela do poder estatal por outras formas de investidura, permanente ou temporária.

82.6. Regimes jurídicos

O gênero dos *servidores públicos* abrange tanto, de um lado, (1) as *espécies estatutárias*, em que a *lei* é a única vontade que define, cria, modifica e extingue o vínculo, atuando a vontade do servidor apenas residualmente e para restritos efeitos, e, de outro lado, (2) as *espécies contratuais*, em que é o *contrato* que, compondo e unificando as vontades do servidor e da Administração, cria, altera e extingue o vínculo bilateral, em tudo o que não tenha sido inafastavelmente predefinido pelo legislador.

Por sua vez, estas *espécies contratuais*, que são as que, não obstante regidas por parâmetros legais básicos, reconhecem um resíduo de espaço negociável aberto à autonomia da vontade do servidor, subdividem-se, ainda, em duas *subespécies*, ambas de assento constitucional: 1.^º – os servidores públicos sob *contrato administrativo*, que conformam a categoria dos *contratados por tempo determinado* (CF, art. 37, IX) e 2.^º – os servidores públicos sob *contrato trabalhista*, que são os *empregados públicos, da Administração direta e das autarquias*, nestas incluídas as fundações autárquicas (CF, art. 37, I, e art. 114, *caput*).

82.7. Servidores públicos de fato

Os servidores que desempenham *funções públicas*, para as quais foram *regularmente investidos*, seja sob um regime estatutário, seja sob um regime contratual, são *servidores* (ou *agentes*, quando atuando decisoriamente) *de direito*.

Existem, todavia, servidores que desempenham funções públicas *sem regular investidura*, caracterizando-se, excepcionalmente, como *servidores (ou agentes) de fato*.

Desde logo, não se confunda a figura do *servidor de fato* com a do *usurpador*, que é o que se apodera da função pública pela fraude ou pela violência para a satisfação de interesse privado. O *agente de fato*, distintamente, exerce uma função pública, tal como se esperaria do agente de direito, no atendimento de um interesse público de previsão legal.

Assim, alguém poderá atuar como um *servidor de fato*, levado tanto por erro, como pelas contingências de necessidade pública, jamais, porém, por dolo ou malícia.

Ao atuar decisoriadamente e no suposto de desempenho de uma função pública, distinguem-se duas categorias de *agentes de fato*: o *agente putativo* e o *agente necessário*. Se, em estado de necessidade público, um indivíduo assumir o encargo de exercer certas funções públicas, que de outra forma não seriam executadas, agindo em tudo como o faria o servidor regularmente provido, temos a figura do *agente necessário*.

Se um servidor, embora investido em funções públicas, o foi com violação de normas legais, desempenhando-as, entretanto, pública e reputadamente como agente de direito, tem-se a figura do *agente putativo*, uma hipótese em que se privilegia a *boa-fé do administrado*, em respeito à *aparência de realidade e de validade* de sua investidura.

Da falta ou deficiência do requisito da *competência*, poderão resultar duas linhas de consequências, tendo em vista os atos praticados pelo servidor de fato: as *introversas*, referidas às relações do agente de fato com o Estado, e as *extroversas*, referidas às relações entre o Estado e os administrados.

Na hipótese de *estado de necessidade público*, e enquanto persistir, serão tidos como válidos os atos praticados pelo *agente necessário*, que tomou a si o encargo de agir pelo Poder Público, se satisfizerem os requisitos legais relativamente aos demais elementos de seus atos, de modo que a *emergência* convalidará a *competência*, tanto para efeitos externos como para efeitos internos.

O problema suscitado pelo *agente putativo* é mais complexo, pois, internamente, os atos padecem de vício de competência e, assim, não produzirão efeitos enquanto não forem resgatados pela *sanatória*. Fica ressalvada, porém, a percepção da remuneração do agente, que não será devolvida se ocorrido efetivo exercício da função, pois o Estado não pode locupletar-se do trabalho alheio prestado de boa-fé.

Externamente, porém, em atenção à presumida boa-fé dos administrados, como se expôs, produzir-se-ão todos os efeitos regulares. Observe-se, contudo, que essas presunções são apenas *juris tantum*, cedendo ante a prova de conluio, erro grosseiro ou de pré-conhecimento, por parte do administrado, eventualmente beneficiado pela irregularidade da investidura ou de seus atos.

Neste Capítulo, serão estudados, nas Seções que se seguem, os *regimes de natureza*

administrativa estatutária civil (Seção I) e *militar* (Seção II), de *natureza administrativa contratual temporária* (Seção III), serão aditadas algumas observações sobre as peculiaridades do *regime de natureza trabalhista* (Seção IV) aplicável às relações em que for parte a Administração Pública e, complementarmente, para encerrá-lo, desenvolver-se-ão algumas anotações sobre o *regime previdenciário* (Seção V).

Seção I REGIME ESTATUTÁRIO CIVIL

83. RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA DA FUNÇÃO PÚBLICA

O conceito particularizado de *função pública*, bem como os que lhe são correlatos – de *funcionário público* e de *servidor público* – se constrói sobre a *natureza do vínculo* estabelecido entre o Estado e os indivíduos que desempenham atividades estatais.

O assunto se tem prestado a extensas discussões doutrinárias, que hoje parecem quase bizantinas, mas que, na perspectiva histórica do Direito Administrativo, valem para ilustrar como se processou a evolução conceptual do instituto.

Destacam-se, assim, dois grandes grupos de conceitos sobre a *natureza do vínculo típico do serviço público*: o das *teorias bilaterais* e o das *teorias unilaterais*.

83.1. Teorias bilaterais da função pública

As teorias bilaterais sobre a *função pública* são as mais antigas, ligadas historicamente ao surgimento do liberalismo, fundando, por isso, a relação jurídica da função pública, no *contrato*, que se firmaria entre o indivíduo e o Estado.

Entretanto, os partidários da antiga *teoria contratual da função pública* discordavam e acirravam suas divergências quanto ao *tipo de contrato* que se caracterizaria. Assim, estaria na predominância de semelhanças de alguns aspectos da relação estabelecida com aquelas dos negócios privados, o ponto a partir do qual se multiplicavam as subteorias explicativas, de modo que ou se configuraria uma relação de *locação de serviços*, ou de *mandado*, ou de *gestão de negócios*, ou a de *contrato de adesão* ou mesmo outras figuras contratuais, sempre emprestadas, em razão das semelhanças assinaladas, do Direito Civil.

Convencidos de que o grande equívoco das teorias contratualistas residia precisamente em se aferrarem a modelos civilistas, portanto, derogatórios do que deveria ser um regime publicista próprio para uma relação de direito administrativo, surgiram, então, os doutrinadores, como exemplarmente Rafael Bielsa, que passaram a defender a existência de um *contrato de direito público*, de natureza *sui generis*, por ser híbrido, nele coexistindo cláusulas privadas ao lado de públicas, ou seja, algumas cláusulas alteráveis não mais que

pelo consenso, ao lado das dispostas unilateralmente pelo legislador.

De modo geral, todas essas *teorias contratualistas* tinham, como comum fundamento, um princípio inaplicável à teoria da função pública, qual fosse o da *autonomia da vontade*, dificilmente conciliável com o princípio antípoda, da *imperatividade*, própria da natureza do Estado.

83.2. Teorias unilaterais da função pública

Realmente, não pela *autonomia da vontade*, mas pela *imperatividade*, teria fundamento a imposição de alterações unilaterais pelo Poder Público, tais como aquelas relativas à remuneração, às condições de serviço, às atribuições e, principalmente, às hipóteses de modificação e de extinção unilateral do vínculo, todas consentâneas com a *prevalecência* do interesse público no vínculo de serviço.

Esta consideração levou a doutrina a reassentar o fundamento da relação jurídica da função pública apenas na *vontade unilateral* do Estado. Mas, ainda assim, como esta vontade estatal tanto poderia ser a emitida por *ato legislativo* quanto por *ato administrativo*, subdividiram-se duas correntes unilateralistas: a do *ato administrativo* e a *legal*, ou, como é mais comumente conhecida, a do *estatuto*.

Assim, de um lado, a teoria que funda no *ato administrativo* a criação, modificação e extinção da função pública, defendida por nomes como Otto Mayer e Marcello Caetano, concebe uma total submissão do servidor à Administração. Tal concepção, por sua característica radical e viés absolutista, não logrou prevalecer nos Estados contemporâneos. Com efeito, no Brasil, o simples exame das Seções I e II do Capítulo VII do Título III da Constituição, que arrolam os *princípios aplicáveis às funções e aos servidores públicos*, demonstra que, ao contrário, se reduz, nos regimes democráticos de direito, essa amplíssima disciplina da Administração, que então se pretendia existente, no que respeita às relações entre ela e o servidor.

Prevaleceu, portanto, a *teoria do estatuto*, que fundamenta na *lei* o vigamento da função pública e da relação entre administração e servidor, não sendo nem a vontade das partes, integradas bilateralmente pelo contrato, nem a vontade da Administração, enunciada unilateralmente pelo ato administrativo, que estabelecem e regem o vínculo, mas, apenas, a vontade da *lei*.

Como ao conjunto de preceitos legais que disciplinam integralmente a relação de função pública denomina-se *estatuto*, decorrem as nomenclaturas correlatas – a *teoria do estatuto* e o *regime estatutário* – porque se parte de uma *situação abstrata e geral*, ou seja, de um *status* – instituidor de uma *situação jurídica* – que nesse diploma se define e ao qual se sujeitam todos os servidores.

Os arquitetos dessa teoria, Leon Duguit, Maurice Hauriou e Francesco D'Alessio, frisam

este fato de não ser a Administração quem fixa ou ajusta as condições de desempenho de serviço e de pagamento de remuneração com seus servidores, nem unilateralmente, nem, muito menos, como queriam os mais antigos, contratualmente, mas o Estado, que, por seu Poder Legislativo e sob critérios político-administrativos, enuncia o que seja o *interesse público* indisponível preservado nessas relações.

Resulta do exposto que, no Brasil, cada entidade política, dotada de poder legiferante próprio, poderá organizar *por lei* o seu próprio funcionalismo, sob os critérios político-administrativos que lhe parecerem mais convenientes, ensejando a existência de diversos *estatutos gerais* – federais, estaduais, distrital-federal e municipais – bem como de alguns *estatutos especiais*, todos sem outras limitações e condicionamentos que os constitucionalmente prescritos.

84. INSTITUTOS BÁSICOS DOS ESTATUTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS

Embora existam, em todos os *Estatutos* vigentes no País, amplas margens conceituais, sobre as quais se possam estender e diversificar os respectivos regimes, distinguem-se, todavia, duas classes de conceitos de *normas estáveis*, que formam como que a *estrutura básica* encontrada em todos os estatutos da função pública no Brasil, quais sejam: 1.^º – os doutrinários, consolidados na denominada *doutrina estatutária*, e 2.^º – os positivados, fixados nas *normas constitucionais* da função pública.

84.1. Institutos estatutários doutrinários

Há um elenco de *institutos básicos*, doutrinariamente consolidados, sobre os quais, com ligeiras modificações, são estruturados os diversos *estatutos de servidores públicos*. Não são muitos, mas devem ser considerados básicos, até mesmo para que os princípios e preceitos constitucionais, de obrigatoriedade observância, em função deles ganhem sentido e coerência.

84.1.1. Servidor público

Servidor público, agora tomado no sentido estrito, que é o acolhido na Constituição (Título III, Capítulo VII, Seção II), é a pessoa física que presta serviços aos *entes de direito público*, sujeita a um *regime estatutário*, o que corresponde à denominação, anteriormente vigente e de geral aceitação, de *funcionário público*, que era desse modo chamado em razão da *função pública* que deveria desempenhar; uma designação hoje estranha à nomenclatura constitucional.

O *regime estatutário* contém toda a *disciplina especial* necessária para caracterizar o servidor público, regendo suas relações com as pessoas de direito público, desde seu ingresso na função pública, definindo seu lugar, sua remuneração, as condições de prestação de

serviço, suas responsabilidades e o sistema disciplinar a que está sujeito, até o seu egresso.

Duas dessas características, todavia, são apontadas como definidoras do vínculo estabelecido: a criação legal do *lugar* a ser ocupado pelo servidor na organização administrativa estatal, com suas respectivas atribuições, e a fixação legal da correspondente *remuneração* pelos cofres públicos.

84.1.2. Função pública

A ideia de *função* se reporta ao *conjunto de atividades* a serem desempenhadas pelo servidor público, a serem legalmente explicitadas, ordenadas, especializadas e coordenadas, de modo a suprirem as necessidades operativas do serviço público.

Cada uma dessas atividades se denomina *atribuição*, de sorte que uma *função pública* pressuporá sempre o cometimento de uma ou mais atribuições a quem a desempenhe.

Os estatutos, em geral, como, por exemplo, o Estatuto Federal vigente, não conceituam a *função pública* em sentido autônomo, o que vale dizer que nem todas as funções públicas *correspondem necessariamente a cargos específicos*, como, por exemplo, as funções de jurados, de mesários eleitorais, de serventuários e oficiais de justiça *ad hoc*, de tradutores juramentados etc.

Referem-se, porém, os estatutos, à *função pública* entendida como um *conjunto de atribuições acrescidas a cargos públicos*, como sejam as de direção, de chefia e de assessoramento (e.g., por todos os sistemas estatutários, os arts. 38, §§ 1.^º e 2.^º; 39; 61, I; e art.62 do Estatuto Federal).

84.1.3. Cargo público

A ideia de *cargo* se conota ao *lugar* que deverá ser ocupado pelo servidor na organização da Administração Pública. Esses cargos públicos são *criados por lei*, com denominação, funções e remuneração próprias.

Se a todo cargo correspondem funções, a recíproca não é verdadeira, pois a lei poderá cometer o desempenho de funções públicas mesmo a quem não esteja sob vínculo estatutário, como sucede com o *contrato* para o desempenho de serviços de caráter temporário.

Fora do Direito Administrativo, encontra-se, também, a *função sem cargo*, quando há cometimento do chamado *múnus público*, como ocorre, por exemplo, para o exercício da função de *jurado*, à qual não corresponde *cargo* algum de jurado, ou para a função de *mesário* em época de eleições, que tampouco se vincula a um cargo.

O Estatuto Federal oferece a seguinte definição de *cargo público*: “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser

cometidas a um servidor". O conceito, todavia, está incompleto, tanto porque poderia servir também à função pública autônoma, tanto porque lhe faltam os conceitos de unicidade e de singularidade, precisamente os adequadamente expressos pelo clássico Hely Lopes Meirelles, ao referir-se ao lugar instituído na organização do funcionalismo. Por outro lado, a menção às responsabilidades do cargo é supérflua para a conceituação, de vez que estas só se definem em consequência do efetivo cometimento de atribuições específicas e, portanto, já estão nelas implícitas.

84.1.4. Classe

A organização do funcionalismo – expressão esta entendida como o conjunto de servidores públicos civis – dependerá, como acima afirmado, das necessidades operativas de cada uma das pessoas de direito público; porém, se mais de um cargo houver da mesma denominação, com idênticas atribuições e remuneração, este específico conjunto assim constituído formará uma classe.

84.1.5. Carreira

Se existir mais de uma classe com as mesmas atividades, dispostas hierarquicamente ou escalonadas, com incremento gradativo de responsabilidades e de remuneração em cada nível e com reserva de lugares da classe superior aos ocupantes que possam ser elevados da imediatamente inferior, tem-se formada uma carreira ou série de classes, e, a seus respectivos cargos, dá-se a denominação cargos de carreira.

Certas classes, entretanto, podem estar isoladas, não se dispondo em séries com atribuições assemelhadas ou da mesma profissão: são essas as classes singulares e os seus cargos se denominam cargos isolados.

84.1.6. Grupo ocupacional

Esta categoria reúne as séries de classes e as classes isoladas que apresentam atividades ou profissões congêneres, assim entendidas as destinadas a cumprir partes ou etapas de uma mesma espécie de serviço.

84.1.7. Quadro

Por quadro se entende o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções de uma unidade descentralizada, desconcentrada ou da totalidade da administração de qualquer dos Poderes ou dos órgãos constitucionalmente independentes.

84.1.8. Lotação

Denomina-se *lotação* ao *conjunto definido de servidores* que devem exercer funções em uma unidade desconcentrada ou na totalidade da administração de qualquer dos Poderes: federais, estaduais, distritais-federais ou municipais e dos órgãos constitucionalmente independentes.

Tem, todavia, esta expressão, dois sentidos: o de *lotação numérica*, que contém apenas a relação discriminada de todos os cargos e funções, e o de *lotação nominal*, que vem a ser a relação desses cargos e funções preenchida com os nomes dos servidores para eles designados. A lotação numérica é, por isso, denominada de *básica* e a lotação nominal, de *supletiva*.

84.2. Institutos estatutários constitucionais

Todos os *estatutos de servidores públicos* do Brasil devem pautar-se pelos princípios e preceitos *constitucionalmente expressos* e *nacionalmente unificados* (Título III, Capítulo VII). Os *estatutos estaduais* deverão obedecer, ainda, aos princípios e preceitos constitucionais estaduais pertinentes e, finalmente, os *estatutos municipais*, aos princípios e preceitos da Constituição Federal, aos princípios da Constituição do Estado a que pertençam, e, mais, aos princípios e preceitos de suas respectivas Leis Orgânicas.

Esses princípios e preceitos atinentes aos servidores públicos têm sido inseridos nas Constituições, inicialmente, ante a reconhecida necessidade de reforçar-se o regime de *garantias funcionais* fundamentais para lastrear um sistema de equilíbrio entre o Estado e seus servidores públicos, de modo a que nem ficassem eles sujeitos ao arbítrio dos dirigentes políticos, nem, tampouco, a Administração, vulnerável a enquistamentos de castas burocráticas.

Mas, a esse propósito, paulatinamente e com o mesmo sentido unificador, se vem somando, na sucessão dos últimos ordenamentos constitucionais, uma forte tendência à *homogeneização nacional* de normas sobre servidores públicos, sobretudo preceitos com caráter vedatório e limitativo da autonomia dos entes federativos de disporem sobre seus próprios regimes estatutários.

Examinados, como o foram, os *institutos doutrinários* básicos, no item anterior – que aparelham uma nomenclatura elementar da teoria da função pública – está-se em condições de passar a estudar os seus *princípios e preceitos constitucionais nacionais*, que chegam a vinte nove, dado que põe em evidência uma elevada concentração federal de normas interventivas na autonomia dos entes da Federação para disporem sobre seus respectivos servidores.

Todos esses *princípios e preceitos constitucionais nacionais* se encontram a seguir classificados, para sua melhor compreensão sistemática, em 5 categorias: A) *normas organizativas*; B) *normas de ingresso e desempenho*; C) *normas relativas ao estipêndio*; D) *normas*

relativas ao afastamento; E) normas de garantia.

84.2.1. Normas organizativas

1. Organização legal

Os cargos públicos submetem-se aos requisitos estabelecidos em lei, o que vale dizer que a *organização* das relações entre os servidores públicos e a Administração obedece a um *regime legal*, caracterizando a implícita adoção constitucional da *teoria estatutária* (CF, art. 37, I).

2. Política de administração e remuneração de pessoal

A introdução do *princípio constitucional da eficiência* ditou a adoção de certas regras, de obrigatória observância por todos os estatutos nacionais de servidores públicos, relativamente à *política de administração e à remuneração de pessoal*.

a) Conselhos de política de administração e remuneração de pessoal

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão *instituir* um *Conselho*, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes, para assessorar na formulação unificada das respectivas *políticas de administração e remuneração de pessoal* (CF, art. 39, *caput*).

Balizando essas políticas e vinculando as leis respectivas, a *fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório* observará: a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; os requisitos para a investidura; e as peculiaridades dos cargos (CF, art. 39, § 1.º, I, II e III).

b) Escolas de governo

Complementarmente, o mesmo dispositivo constitucional reforça o *sistema do mérito*, determinando que a União, os Estados e o Distrito Federal mantenham *escolas de governo* para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, considerando-se a participação nos respectivos cursos como um dos requisitos para a promoção na carreira.

Como algumas unidades da Federação já dispõem de escolas do gênero, facilita-se a celebração de convênios ou de contratos entre elas (CF, art. 39, § 2.º).

3. Publicidade dos subsídios e das remunerações dos servidores públicos

Os órgãos dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e os constitucionalmente independentes estão obrigados a publicar anualmente os *valores* dos subsídios, dos vencimentos e dos salários pagos a seus agentes a qualquer título.

Observe-se que, constitucionalmente, destas relações não deverão constar *importâncias* individualmente pagas aos respectivos ocupantes, mas os *valores de cada espécie remuneratória* (CF, art. 39, § 6.º).

4. Aplicação de economias com despesas correntes em programas voltados à eficiência do serviço público

A Constituição, ainda na linha da *eficiência administrativa*, determina que leis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinem a aplicação de recursos orçamentários provenientes de *economias* obtidas em cada órgão, autarquia e fundação, na respectiva gestão financeiro-orçamentária de suas verbas de *despesas correntes*.

Essas economias, resultantes da melhoria de eficiência de gestão, deverão *reverter* em benefício daquelas unidades financeiro-orçamentárias que as geraram, sob forma de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de abono adicional ou prêmio de produtividade (CF, art. 39, § 7.º).

No último caso, observe-se, abre-se uma exceção explícita ao conceito de *unicidade* dos subsídios, para que se compatibilizem os preceitos constitucionais da *parcela única* (CF, art. 39, § 4.º) e do *adicional ou prêmio de produtividade* (CF, art. 39, § 7.º).

84.2.2. Normas de ingresso e desempenho

5. Condições de acesso

Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, entendendo-se *acesso* como sinônimo de *ingresso*, *provimento* inicial ou originário (CF, art. 37, I). Observe-se que a própria Constituição emprega a expressão *admissão* como sinônima de ingresso originário no serviço público, independentemente do regime (CF, art. 71, III).

Há, todavia, exceções constitucionais, tendo em vista a *natureza do cargo* e a *nacionalidade*. Reserva-se a *brasileiros natos* os *cargos* de Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Ministro de Estado, além dos integrantes da carreira diplomática, e militares das Forças Armadas (CF, art. 12, § 3.º). Quanto à *nacionalidade*, a lei federal poderá admitir e disciplinar o acesso aos estrangeiros (CF, art. 37, I).

Defere-se, de resto, aos respectivos *estatutos* (leis ordinárias dos entes políticos da Federação), o estabelecimento de *requisitos* específicos de *acesso* a cada cargo, levando em conta as peculiaridades de suas atribuições, relativamente à capacidade e à formação, proibidas, no entanto, como *critérios de admissão*, quaisquer discriminações injustificadas, como sejam as de sexo, idade, cor ou estado civil, que em nada afetem a satisfação dos requisitos de capacidade e formação exigidos para o desempenho das respectivas funções.

São admitidos os *requisitos* de idade, de quitação com o serviço militar, de bom procedimento e de aptidão física e mental.

Quanto à *idade*, é a própria Constituição que estabelece, em diferentes passagens, alguns limites mínimos para o acesso a cargos cujo provimento não se dá por concurso, mas por

sufrágio eleitoral ou escolha política:

- 18 anos – para Vereador (CF, art. 14, § 3.º, VI, d);
- 21 anos – para Deputado Federal, Estadual e Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz (CF, art. 14, § 3.º, VI, c);
- 30 anos – para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal (art. 14, § 3.º, VI, b) e para juízes dos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 107, *caput*);
- 35 anos – para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador (CF, art. 14, § 3.º, VI, a), Ministros do Tribunal de Contas da União (CF, art. 73, § 1.º, I), Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 101, *caput*), do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (CF, art. 111-A, § 1.º), Ministros civis do Superior Tribunal Militar (CF, art. 123, parágrafo único), sendo que, com exceção deste último Tribunal, há um limite máximo de idade para provimento, fixado em 65 anos.

De resto, para cargos de natureza administrativa, cabe à lei estabelecer os limites máximos e mínimos, considerando as características profissionais das funções a serem desempenhadas. Nada impede, porém, que a lei estabeleça apenas faixas de idade dentro das quais a Administração, por regulamento, poderá fixar as idades mínimas e máximas de acesso para cada cargo.

Quanto à *quitação do serviço militar*, esta se apresenta como condição legal para os que a ele estão obrigados.

O *bom procedimento* é comprovado, em geral, por atestados da polícia judiciária, mas a Administração poderá aceitar recomendações de cidadãos de notória idoneidade ou de certas entidades, como os *conselhos profissionais*.

Finalmente, a *aptidão em termos de saúde física e mental* é requisito implícito de todo estatuto, valendo lembrar que, até 1967, era expressa exigência constitucional (art. 186), obrigando o exame prévio à investidura.

É obrigatoriedade, todavia, na forma da lei, que definirá os critérios excepcionais de admissão, a *reserva de percentual* de cargos e empregos públicos para serem providos por pessoas portadoras de deficiência física (CF, art. 37, VIII).

6. Seleção por concurso

Há obrigatoriedade da aprovação prévia em *concurso público*, que vem a ser um certame seletivo de provas ou de provas e títulos, indispensável para qualquer investidura em cargo e emprego público, sem exceções, salvo as previstas na própria Constituição. É a institucionalização do *sistema do mérito* e a *sacralização da impensoalidade* no recrutamento de servidores públicos (CF, art. 37, II).

O *concurso*, formalmente considerado, vem a ser um *procedimento declaratório de*

habilitação individual à investidura, que obedece a um ato inicial de convocação de interessados, o *edital*, ao qual se vinculam todos os atos posteriores do certame, e se perfaz através de provas ou de provas e de títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, não sendo permitido ao regulamento, ao edital ou a qualquer ato administrativo criar outras condições de acesso que não essas definidas na lei.

Os candidatos, entretanto, não adquirem direito à realização do concurso pelo mero fato da publicação do edital, mas, uma vez homologado, a seu término, durante o prazo improrrogável previsto no edital, os aprovados, pela ordem de classificação, terão *prioridade* sobre novos concursados para ocupar os lugares vagos, para o preenchimento dos quais se realizou o certame seletivo.

Outra observação diz respeito à obrigatoriedade geral, para todos os casos, de que as *provas* sejam escritas, práticas, orais ou combinadas entre si, nunca um simples concurso de *títulos*, que pode ser mais facilmente fraudado ou se prestar a nepotismo e favoritismo velados.

A expressão *investidura*, empregada no texto constitucional, parece guardar sinônímia com *provimento*; não obstante, é possível distingui-las, reservando-se o termo *provimento* para designar o processo administrativo pelo qual alguém ingressa na função pública, e a expressão *investidura*, para o momento ou fase do procedimento do qual a lei faz depender o exercício regular das funções em que se deu o provimento.

Pela importância de que se reveste, será examinado, no item seguinte, mais detidamente, o instituto do *provimento*; desde logo, no entanto, consigne-se que a Constituição não mais se refere à *primeira investidura*, a decorrente de *provimento originário*, inicial ou exógeno, isto é, o de pessoa estranha aos quadros de servidores públicos.

O Estatuto Federal, nos arts. 5.^º e 6.^º, evitou também a confusão entre as expressões *provimento* e *investidura*, com fidelidade à orientação doutrinária prevalecente, caracterizando-se aquele como um processo (art. 6.^º), e esta, como o resultado da integração do provimento, que se dá com a posse (art. 7.^º). De má técnica, por isso, a redação do art. 6.^º, ao referir-se a *ato* de provimento, enquanto deveria dizer *processo*. Acertada, porém, a técnica do art. 8.^º, ao designar como *forma* e não como *ato* a cada um dos nove tipos de *procedimentos* adotados para constituir o processo de provimento. Esses exemplos põem em relevo a necessidade de *coerência técnica* na elaboração de estatutos de servidores públicos, até mesmo para evitar dúvidas e demandas.

7. Cargos em comissão e funções de confiança

Os *cargos em comissão* são lugares nos quadros da Administração Pública, aos quais se atribuem funções de direção, chefia e assessoramento, providos por livre nomeação, desprovidos, também, por exoneração *ad nutum*, e a serem *preenchidos* por quaisquer pessoas

que satisfaçam os requisitos legais, preferentemente servidores de carreira, nos casos e percentuais mínimos previstos em lei (CF, art. 37, II e V).

As *funções de confiança* são atribuições de direção, chefia e de assessoramento de livre nomeação e exoneração, a serem *exercidas* exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (CF, art. 37, V). Em ambos os casos, o *provimento* é de competência do Chefe de Poder de Estado ou do dirigente de entidade constitucionalmente independente ou legalmente autônoma, em caráter *discricionário, temporário e precário*.

Esses cargos e funções atendem à necessidade de dar suporte administrativo aos *agentes políticos eleitos* coerente com as orientações partidárias que representam. Tais cargos, porém, não poderão ser tão numerosos a ponto de aviltar o *sistema de mérito*, mas, tampouco, deverão ser tão escassos, a ponto de impedir que se efetive a *orientação político-partidária* da Administração de seu Chefe unipessoal eleito e de seus respectivos auxiliares diretos.

8. Regime disciplinar

A *demissão*, como visto, é um instituto constitucional referido ao regime disciplinar dos servidores públicos. A Constituição de 1988 dispõe, ainda, sobre aspectos disciplinares, ao prever lei regulando a *participação dos administrados*, controladora do *exercício negligente* ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (CF, art. 37, § 3.º, III); ao cominar penas de suspensão de direitos públicos, de perda da função pública, de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário, na forma e graduação que forem prescritas em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente (CF, art. 37, § 4.º), e, finalmente, ao prever leis estabelecendo prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (CF, art. 37, § 5.º).

Nas matérias de Direito Político, de Direito Penal e de Processo, cabe à União legislar sob aspectos ético-disciplinares, e, nas matérias puramente administrativas, relativas a serviços públicos, procedimentos administrativos e sanções administrativas, há competência dos três níveis de autonomia política.

O Estatuto Federal dedica ao *regime disciplinar* todo um Título (IV), dividido em cinco Capítulos: Dos Deveres, Das Proibições, Da Acumulação, Das Responsabilidades e Das Penalidades (art. 116 e segs.).

8.4.2.3. normas relativas aos estipêndios

9. Fixação legal da remuneração e dos subsídios dos servidores públicos

Corolário da organização legal dos servidores públicos é a obrigatoriedade fixação, por lei específica, de sua *remuneração* e de seu *subsídio*.

Remuneração e *subsídio* são ambas espécies do gênero *estipêndios*, denominação de maior

amplitude, que engloba qualquer importância paga em *retribuição ao trabalho prestado* por servidores públicos, a ela correspondendo a expressão genérica *espécies remuneratórias*, para esse efeito constitucionalmente acolhida (CF, art. 37, XI e XIII, e art. 39, § 4.º).

Subsídio e *remuneração* foram considerados como *espécies remuneratórias* distintas em vários dispositivos constitucionais (CF, art. 37, X, XI; art. 39, § 6.º). A *remuneração* foi tratada como a espécie remuneratória *geral* de retribuição pecuniária dos servidores públicos (CF, art. 37, X), destacadamente mencionada (CF, art. 39, § 5.º e § 8.º), enquanto o *subsídio*, inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, foi concebido como uma espécie remuneratória *privativa* de alguns agentes públicos constitucionalmente indicados (CF, art. 39, § 4.º; art. 128, § 5.º, I, c, e art. 135) embora *extensível por lei* a quaisquer servidores públicos, desde que organizados em carreira (CF, art. 39, § 8.º).

A *iniciativa* da lei específica, exigida para propor a fixação de valores para qualquer das espécies, para cada caso de remuneração ou de subsídio, será do Chefe de Poder, nominado na Constituição.

10. *Teto remuneratório*

Trata-se da fixação de *limite máximo* para qualquer *espécie remuneratória* paga a ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Esse limite máximo foi fixado constitucionalmente tomando, arbitrariamente, como parâmetro o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI).

Aplicam-se, porém, como limite nos Municípios, o subsídio do Prefeito e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e os subsídios dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

A norma, neste ponto específico da escolha do padrão, longe de ser lógica e moralizadora, confunde categorias estipendiais visceralmente distintas e age como fator de desestímulo de aperfeiçoamento e progressão pessoal, ao estabelecer como *paradigma a remuneração de um cargo isolado*, para servir de teto e limite para quaisquer cargos administrativos, sejam efetivos ou em comissão, até mesmo os de provimento por concurso e, especialmente, os dispostos em carreira, que demandam incentivos próprios de excelência e

de desempenho em toda uma vida de dedicação, voltados à obtenção do máximo de eficiência individual. A escolha recaiu, portanto, sobre um parâmetro inadequado, por se tratar de um *subsídio singularíssimo*, instituído para um cargo de natureza única e distinta de todos os demais na estrutura do Estado, ou seja, um cargo político, posto na estrutura do Poder Judiciário, de caráter vitalício, de provimento por escolha e isolado, ao qual geralmente ascendem brasileiros já financeiramente estáveis na vida profissional, e tão singular que, para o exercício do qual, nenhum incentivo de eficiência individual ou de progressão teria qualquer sentido.

Além dessa anomalia, essas normas constitucionais sobre *teto remuneratório* do art. 37, XI, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, se inserem e se articulam em um conjunto de nada menos que seis distintas outras provisões, que também versam sobre a mesma matéria, como o são:

- 1.º) o *teto remuneratório geral*, para quaisquer modalidades estipendiais de todas as unidades autônomas da Federação, referenciado ao *subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal* (CF, art. 37, XI), acima comentado;
- 2.º) os *tetos remuneratórios específicos*, para os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, referenciados aos vencimentos pagos aos cargos do Poder Executivo (CF, art. 37, XII);
- 3.º) o *teto remuneratório específico*, para os subsídios dos Deputados Estaduais, referenciados aos subsídios dos Deputados Federais (CF, art. 27, § 2.º);
- 4.º) o *teto remuneratório específico individual*, para os subsídios dos Vereadores, referenciado aos subsídios dos Deputados Estaduais (CF, art. 29, VI);
- 5.º) o *teto específico coletivo*, para os subsídios dos Vereadores, vinculado à receita do respectivo Município (CF, art. 29, VII); e
- 6.º) os *tetos remuneratórios específicos*, para os subsídios dos magistrados, referenciados escalonadamente aos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Ministros dos Tribunais Superiores e das demais categorias da estrutura judiciária nacional (CF, art. 93, V).

Esse teto remuneratório geral aplicar-se-á também, excepcionalmente, aos dirigentes e empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias quando receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9.º).

A aplicação do *teto remuneratório*, com o critério *inovado* na Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que alterou o teto geral por Poderes, anteriormente vigente, e mantido com as alterações da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, não poderá incidir sobre quaisquer espécies remuneratórias que tenham sido fixadas *in concretu* de acordo com as regras constitucionais e legais preexistentes, pois essa aplicação retroagiria sobre fatos jurígenos pretéritos, que justificaram sua fixação, e seria assim um

confisco de direitos regularmente incorporados ao patrimônio de quem quer que esteja percebendo remuneração, de qualquer espécie, proventos ou pensões. Além disso, essa extensão retroativa, da nova regra, violaria o direito constitucionalmente adquirido (CF, art. 60, § 4.º, IV, c/c art. 5.º, XXXVI), além de agredir os princípios fundamentais da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados.

11. Vedação de vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias

Esse princípio, inovado na Carta de 1967, consagrou-se, na atual, com o propósito de evitar as cadeias de aumento de vencimentos. O aumento singular de remuneração de uma determinada classe ou série de classe há de ser uma decisão consciente e particularizada, em razão da qual não deverão decorrer consequências outras que não as estritamente pretendidas pelo administrador e pelo legislador (CF, art. 37, XIII).

Essa vedação tem, contudo, duas exceções: a primeira, constante do próprio dispositivo que a edita, a dirige ao *pessoal do serviço público*, e a segunda, excepciona a prática singela que resguarda a moralidade e a hierarquia, que é a garantia de *revisão geral anual* de todas as espécies remuneratórias, sempre na mesma data e sem distinção de índices, para resguardar seu poder aquisitivo (CF, art. 37, X, *in fine*).

12. Proibição de concessão de acréscimos pecuniários computados e acumulados sobre acréscimos anteriores

Com ampliação da regra em sua redação originária, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, proíbe a prática corrente do que se denominou, no jargão administrativo, os aumentos em cascata (CF, art. 37, XIV).

13. Irredutibilidade de subsídios e de vencimentos dos servidores públicos

Ressalvados o respeito ao teto e à sujeição, em todos os casos, aos impostos gerais, incluídos os de renda e extraordinários, todos os *subsídios* e os *vencimentos* dos servidores públicos e, por extensão implícita, os *salários* dos empregos públicos, são irredutíveis (CF, art. 37, XV).

Entendido o dispositivo, conjuntamente com a regra do art. 37, X, que determina a “*revisão geral anual* da remuneração dos servidores públicos e do *subsídio*”, impõe-se concluir que o legislador constitucional assegurou a irredutibilidade do *valor* dos vencimentos e não a de sua expressão monetária, pois, se assim não fosse, estaria consagrada, paradoxalmente, com a garantia constitucional, uma perversa opção política para reduzi-los por simples omissão, quando e no quanto fosse desejável à Administração, bastando, para tanto, que os Chefes de Poder Executivo se abstivessem de enviar mensagem de reajustamento ao Legislativo para a correção das perdas inflacionárias da moeda.

Esse entendimento, todavia, embora moralmente e tecnicamente correto, não é

pacífico, havendo os que admitem subsistir uma *discrição política*, atribuída aos Chefes de Poder Executivo, para recompor ou não o valor aquisitivo dos estipêndios.

14. *Vedaçāo de acumulação remunerada de cargos pùblicos*

A Constituição mantém a tradicional vedação de *acumulação remunerada* de cargos públicos, estendendo-a a empregos e funções e passando a abranger autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (CF, art. 37, XVI e XVII).

O *controle*, a que se refere o legislador constitucional, deve ser entendido como apenas o *societário*, pois, de outra forma, se estenderia a entidades do setor privado que se encontrem submetidas a eventuais controles administrativos ou financeiro-orçamentários por força de contratos ou de acordos com o Poder Público.

Vale observar que as exceções constitucionalmente admitidas a essa regra dependem apenas da *compatibilidade de horários* (CF, art. 37, XVI, a, b e c).

Com relação aos *aposentados*, pelo fato de receberem *proventos* e não ocuparem cargo, nem função nem emprego público, não estariam, em princípio, sujeitos a esta regra de vedação de acumulação, uma vez que *proventos* são percebidos *pro labore factio*, não tendo qualquer relação com a remuneração que o aposentado venha a perceber, *pro labore faciendo*, se estiver disposto a dar um aproveitamento construtivo à sua experiência, a seu tempo, de justo descanso, e ao País, dedicando-se a uma nova atividade produtiva, no serviço público.

O legislador da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, houve por bem, contudo, *limitar* esse direito, através da instituição de outra regra *preconceituosa* e de claro *desincentivo* aos aposentados, desestimulando-os para que voltem a desempenhar cargo, emprego ou função pública, pela proibição de cumular os proventos de aposentadoria de servidores públicos (CF, art. 40), de militares estaduais (CF, art. 42) e de militares federais (CF, art. 142) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública que venham a posteriormente desempenhar por acesso através de concursos públicos (CF, art. 37, § 10).

Permanecem, todavia, excluídos dessa regra vedatória de acumulação de *proventos* dos três tipos mencionados, com *remuneração* de cargo, emprego ou função pública, os aposentados que se encontrem nos seguintes casos:

- a) Explicitamente excluídos os aposentados que venham a desempenhar (CF, art. 37, § 10, *in fine*):
 - 1.º cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI, a, b e c da Constituição;
 - 2.º cargos eletivos;
 - 3.º cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.
- b) Implicitamente excluídos os aposentados:
 - 4.º que venham a desempenhar os cargos privativamente estipendiados pela

espécie remuneratória de *subsídios*, não contemplada na regra limitativa, que trata apenas de cargos que percebem a espécie *remuneração* (CF, art. 37, X, c/c § 10, *in fine*);

5.^º que já estavam desempenhando regularmente, quando da promulgação da Emenda n.^º 20, de 15 de dezembro de 1998, sob amparo da regra constitucional vigente, cargos, empregos ou funções públicas (CF, art. 5.^º, XXXVI c/c art. 60, § 4.^º, IV).

15. Extensão de direitos sociais aos servidores ocupantes de cargos públicos

Uma das espécies contidas no gênero *servidores públicos* é conformada por *ocupantes de cargos públicos*, submetidos ao *regime estatutário*, não se lhes aplicando automaticamente nenhuma das regras sociais de proteção do trabalho estabelecidas no art. 7.^º da Constituição.

O legislador constitucional, todavia, cuida de estender excepcionalmente, aos servidores públicos estatutários, algumas daquelas regras do direito comum laboral (CF, art. 39, § 3.^º).

O elenco dos *direitos sociais* especificamente estendidos aos servidores públicos civis, em *numerus clausus*, é o estritamente compatível com sua natureza estatutária, sendo extensivos a quaisquer ocupantes de cargo público, inclusive os de cargos em comissão (as remissões romano-numéricas se referem ao art. 7.^º da Constituição):

- IV. o salário mínimo;
- VII. a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII. o décimo terceiro salário;
- IX. a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno;
- XII. o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- XIII. a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e quarenta e quatro semanais.
- XV. o repouso semanal remunerado;
- XVI. a remuneração por serviço extraordinário, superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII. o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal;
- XVIII. a licença à gestante;
- XIX. a licença-paternidade;
- XX. a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos especiais no termos da lei;
- XXII. a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e

XXX. a proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

16. Subsídios

O *subsídio* é a espécie remuneratória recriada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, depois de abandonada a modalidade, que havia sido antes instituída apenas para a remuneração dos parlamentares.

Não parece ter sido feliz, o constituinte reformador de 1998, na opção, entre tantos alvitres que poderiam ter sido mais adequados, com o *nomen juris* escolhido, pois sequer deixa evidenciado que o recipiendário está sendo *remunerado* por uma atuação *profissional*, e não apenas recebendo algo como um auxílio, um aporte secundário, pois que é este o sentido do étimo *subsidiaru*, para desempenhar certas funções, o que, por certo, não corresponde à realidade da remuneração.

Mesmo deixando de lado essa impropriedade, o dispositivo, que se propõe a definir juridicamente o que venha a ser o *subsídio*, tampouco é propriamente *exato*, nem *preciso*, nem *claro*.

Não é *exato*, porque tendo definido a espécie remuneratória como constituída de *parcela única* – sendo até sua principal característica – desconsiderou que norma da mesma hierarquia e eficácia *mandava agregar* aos estipêndios de qualquer ocupante de cargo público, sem distinção, vários *acréscimos pecuniários*, garantidos a título de direitos sociais (CF, art. 7.º, VIII, IX, XII, XVI e XVII).

Tampouco é *preciso*, porque o estipêndio em parcela única excluiria o cômputo de *verbas indenizatórias*, como diárias e ajudas de custo, que serão sempre e efetivamente devidas, pois o Estado não se pode locupletar com o prejuízo de seus próprios servidores, que seriam obrigados a despender recursos pessoais para atender a circunstâncias excepcionais para o desempenho do serviço público.

Tampouco, enfim, é *claro*, porque deixa sem previsão a que título se dará o pagamento de parcelas referentes a cargos em comissão e a funções gratificadas, que presumidamente, não deveriam ser agregadas aos subsídios, tampouco exercidas graciosamente, bem como de parcelas já legitimamente agregadas aos vencimentos sob a forma de direitos pessoais, deixando dúvidas sobre a forma em que se processarão essas remunerações, ante a esdrúxula regra da “*parcela única*”.

O *subsídio* é espécie remuneratória *obrigatória* do membro de Poder, do detentor de mandato eletivo, dos Ministros de Estado e dos Secretários Estaduais e Municipais (CF, art. 39, § 4.º), dos membros do Ministério Público (CF, art. 128, § 5.º, I, c) e dos membros das carreiras da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (CF, art. 135).

O *subsídio* ainda poderá ser uma espécie remuneratória estatutária opcional para o

emprego na Administração, desde que seja atribuída por *lei* e, exclusivamente, a *servidores públicos que estejam organizados em carreira* (CF, art. 39, § 8.º).

17. Relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos

Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá fixar a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados como limites máximos os estabelecidos no art. 37, XI, da Constituição (CF, art. 39, § 5.º).

84.2.4. Normas relativas ao afastamento

18. Aposentadoria

É a passagem à *inatividade remunerada*. Trata-se a *aposentadoria* de um direito constitucionalmente assegurado aos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as suas autarquias e fundações (CF, art. 40, *caput*), garantido em três hipóteses: por *invalidez permanente, compulsoriamente, e voluntariamente*.

Ao aposentar-se, o servidor público passa a receber *proventos*, sob regime de previdência, de caráter contributivo solidário, fixados e percebidos *pro labore facto*, calculados esses proventos a partir dos valores fixados com base nos §§ 3.º e 17 do art. 40 da Constituição.

A *aposentadoria por invalidez permanente* dar-se-á com *proventos integrais*, nos casos em que o servidor público, por acidente em serviço ou em razão de moléstia profissional ou de doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e com *proventos proporcionais ao tempo de contribuição*, nos demais casos (CF, art. 40, § 1.º, I). Mas ressalte-se que, com edição da Emenda Constitucional n.º 70, de 29 de março de 2012, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1.º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3.º, 8.º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

A *aposentadoria compulsória* será concedida quando o servidor alcançar a idade considerada *limite para a permanência efetiva no serviço público*, aos 70 anos, percebendo *proventos proporcionais ao tempo de contribuição* (CF, art. 40, § 1.º, II).

A *aposentadoria voluntária* é uma faculdade do servidor público, que cumprir o tempo mínimo de *dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria*, ao atingir, em cada caso (CF, art. 40, § 1.º, III):

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e

cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto na alínea a, acima, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício exclusivamente em funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (CF, art. 40, § 5º).

19. Regime previdenciário

Na *inatividade*, o servidor público estatutário que for titular de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as suas autarquias e as fundações com personalidade jurídica de direito público, passa a ser amparado pelo *regime previdenciário* que lhe é próprio, de caráter contributivo solidário, disciplinado no art. 40 e seus vinte parágrafos da Constituição.

Aplicar-se-á, subsidiariamente, a esse regime dos servidores públicos titulares de cargo efetivo o *regime geral da previdência social* (CF, art. 40, § 12 e art. 201).

Não obstante, os servidores sujeitos a este regime específico terão a *faculdade* de aderir a um *regime de previdência complementar*, organizado de forma autônoma, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e a ser regulado por lei complementar (CF, art. 40, §§ 14, 15 e 16 e art. 202).

Ao servidor público estatutário sem cargo efetivo, que ocupar exclusivamente *cargo em comissão*, aplica-se o *regime geral da previdência social* (CF, art. 40, § 13, e art. 201 e segs.).

20. Proventos

Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados não mais como tradicionalmente ocorria, com base na *remuneração do servidor no cargo efetivo em que ela se der*, mas, de acordo com a nova sistemática introduzida pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, levando em consideração as remunerações utilizadas com base nas contribuições do servidor aos regimes de previdência do artigo 40 (regime da previdência dos servidores públicos) e do art. 201 (regime geral) da Constituição (CF, art. 40, § 3º).

A referida Emenda Constitucional retirou também o direito do aposentado à *revisão paritária* dos respectivos proventos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, substituindo-a por um direito a *reajustamento* dos benefícios “para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real”, que, não obstante, obedecerá não mais a critérios predefinidos, mas a critérios políticos, a serem estabelecidos em lei (CF, art. 40, § 8º).

Manteve-se, contudo, a contagem recíproca de tempo de contribuição para a

aposentadoria no serviço público em qualquer esfera federativa (CF, art. 40, § 9.º), com a vedação de contagem de tempo de contribuição fictício (CF, art. 40, § 10).

Os proventos à conta do regime de previdência de servidores estatutários são *inacumuláveis*, salvo nos casos de aposentadorias de cargos constitucionalmente acumuláveis e os já efetiva e legalmente acumulados quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998 (CF, art. 40, § 6.º e art. 3.º, § 3.º, da referida Emenda Constitucional n.º 20).

21. Pensão

A Constituição assegura a concessão do benefício de *pensão por morte*, calculado, porém, distintamente, se o óbito ocorreu *antes ou depois* da aposentadoria do servidor (CF, art. 40, § 7.º):

I – se, *na inatividade* à data do óbito, o benefício será igual à totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da Previdência Social (de que trata o art. 201, CF), acrescido de 70% da parcela excedente a este limite;

II – se, *na atividade* à data do óbito, o benefício será igual à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo, acima referido, da previdência geral, acrescido de 75% da parcela excedente a este limite.

84.2.5. Normas de garantia

22. Livre associação sindical

Estende-se aos servidores públicos a *liberdade de associação sindical*, ou seja, independentemente de qualquer restrição ou condicionamento que não aqueles gerais, previstos para quaisquer trabalhadores (CF, art. 37, VI, combinado com o art. 8.º).

23. Direito de greve

A Carta de 1988, rompendo longa tradição republicana antagônica à greve de servidores públicos, estendeu-lhes o direito de *paralisação do trabalho*, como pressão legítima para apoiar reivindicações. Há, porém, uma diferença constitucional importante na natureza jurídica da *greve dos trabalhadores em geral*, prevista no art. 9.º da Constituição e submetida a uma lei que definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e na da *greve dos servidores públicos*, se exercida nos limites que vierem a ser definidos em *lei específica* (CF, art. 37, VII).

Não obstante, tal lei que daria concreção ao direito de *greve dos servidores públicos* nunca foi editada pelo Congresso Nacional, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Injunção n.º 712, da relatoria do então Ministro, Eros Roberto Grau, suprindo esta omissão legislativa – de sorte a possibilitar o exercício desse direito

constitucionalmente assegurado –, determinou fosse aplicada a Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, no que couber, à greve dos servidores públicos.

24. Regime especial de servidor público o exercício de mandato eletivo

A Constituição ministra as regras mínimas a serem observadas, sempre que os servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, venham a ser investidos em mandato eletivo.

Se o cargo eletivo é federal, estadual ou distrital federal, o servidor ficará afastado de seu cargo, emprego ou função, sem direito de optar pela sua remuneração (CF, art. 38, I); se, todavia, é um cargo de Prefeito, haverá da mesma forma, um afastamento compulsório, mas o servidor poderá optar pela remuneração que lhe convier (art. 38, II); por fim, investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo e, não havendo compatibilidade, terá também a opção, como no caso anterior (CF, art. 38, III).

Em caso de necessário afastamento, ressalva-se a contagem de tempo de serviço, exceto para promoção por merecimento, e os benefícios previdenciários (CF, art. 38, IV e V).

25. Estabilidade

A *estabilidade* é a situação estatutária pessoal adquirida pelo servidor público civil nomeado para *cargo de provimento efetivo*, após três anos de efetivo exercício, que lhe garante a permanência no serviço público (CF, art. 41, *caput*).

A *efetividade*, como condição da estabilidade, é uma *qualidade* do provimento originário, resultante da investidura por concurso público.

Durante o período em que o servidor, nomeado por concurso, aguardar a estabilidade, diz-se que está em *estágio probatório* ou *período confirmatório*. Os estatutos conferem a este instituto maior ou menor importância, mas sua utilidade está em permitir à Administração avaliar, no exercício do cargo, a real capacitação e aptidão do novo servidor, até então presumidas pela aprovação em concurso.

É necessário que esse período experimental seja desempenhado no exercício do cargo para o qual se ascendeu por concurso, para o cumprimento dessa condição constitucional.

Com a Emenda Complementar n.º 19, de 4 de junho de 1998, o instituto passou a ter outro realce, na linha do *princípio da eficiência*, para tornar obrigatória essa *avaliação especial de desempenho*, condicionante da aquisição da estabilidade, por uma comissão instituída para essa finalidade (CF, art. 41, § 4.º).

Enquanto durar o período confirmatório, o servidor fica sujeito à perda do cargo por *exoneração*, uma forma de *desprovimento* que deverá ser necessariamente motivado, com base

nas conclusões da comissão que concluir por sua incapacidade, insuficiência de desempenho ou inadaptabilidade para o serviço público.

Uma vez cumprido pelo servidor o estágio probatório e conquistada a estabilidade, a perda do cargo só poderá ocorrer por três motivos: por *demissão*, em razão de falta disciplinar (CF, art. 41, § 1.º, II), por *exoneração*, em razão de insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1.º, III) ou, excepcionalmente, também por *exoneração*, para cumprimento de limites constitucionais de despesas com pessoal, estabelecido em lei complementar (CF, art. 169, *caput*, e seu § 4.º).

A Constituição de 1988, no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, atribuiu a estabilidade a servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, que contassem pelo menos cinco anos de exercício continuado, independentemente do requisito da efetividade.

Como benefício constitucional, essa *estabilidade*, outorgada sem satisfação dos requisitos regulares exigidos para quaisquer outros servidores públicos, deverá ser sempre interpretada restritivamente, como no caso do requisito de exercício continuado, que deve ser entendido como o prestado à mesma entidade pública que deverá suportar os ônus decorrentes da estabilidade extraordinária.

A exceção, sempre criticável, pois essas práticas de paternalismo depõem contra o espírito público dos constituintes que o aprovaram, por serem imorais e contradizerem, afinal, os princípios da impessoalidade e do mérito que eles acolheram, tão significantemente, no texto permanente (CF, art. 37, II), foi parcialmente corrigida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que *reduziu os efeitos* dessa estabilidade (art. 33, dessa Emenda) para os fins de preceder a *exoneração* dessa categoria beneficiada antes da aplicação da exoneração excepcional, já referida, por excesso de despesas com pessoal ativo e inativo aos servidores públicos estáveis, acima referida (CF, art. 169, § 3.º, II).

26. *Disponibilidade*

O *interesse público* é a única e exclusiva razão de existência de um cargo público. Ao deixar de existir esse interesse, não haverá motivo para mantê-lo, podendo a Administração optar pela solução legal da *extinção do cargo*, ou pela solução administrativa, da *declaração de sua desnecessidade* (art. 41, § 3.º).

Ocorrida qualquer dessas hipóteses constitucionais, a extinção do cargo ou a declaração de desnecessidade, a consequência é a *cessação do exercício por parte de quem o ocupava*, outorgando-lhe, a partir de então, uma *remuneração proporcional ao tempo de serviço* de caráter *indenizatório*, sendo essa a natureza jurídica da disponibilidade.

Este dispositivo constitucional teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, para esclarecer que a disponibilidade remunerada não poderia ser aplicada com remuneração integral, como entendiam, então, parte da doutrina e a jurisprudência dominante, não obstante a *interpretação sistemática* já pudesse conduzir à conclusão de que a remuneração do servidor posto em disponibilidade não poderia ser senão *proporcional* ao tempo de serviço (CF, art. 40, § 3.º), até seu adequado aproveitamento em outro cargo (CF, art. 41, § 3.º), o que denotava a natureza transitória e precária dessa cessação de exercício.

Parece, também, bastante claro que, na remuneração a que faz jus o servidor em disponibilidade, não deverão estar incluídas as vantagens decorrentes do *exercício* do cargo perdido, permanecendo, embora, mantida a proporcionalidade ao tempo de serviço, todos os demais adicionais, de caráter pessoal, que lhe foram atribuídos.

A aplicação do instituto da disponibilidade como *penalidade extraestatutária*, destinada a afastar o servidor do exercício do cargo com redução de seus regulares estipêndios, é uma violação de garantias constitucionais da função pública, além de erro grosseiro de técnica jurídica, pelo baralhamento de institutos perfeitamente definíveis.

27. Demissão

O art. 41, § 1.º, é dos raros preceitos constitucionais existentes relativos ao *regime disciplinar* dos servidores públicos.

A Constituição estabelece três qualificações para a investidura em cargos públicos, considerando sua estabilidade: a *vitaliciedade*, a *estabilidade* e a *instabilidade*.

A *vitaliciedade*, que qualifica a investidura após dois anos de efetivo exercício em certos cargos, garante a seu titular não perdê-los senão por sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 95, I, e 128, § 5.º, I, a).

A *estabilidade* é adquirida, após três anos de efetivo exercício, pelos servidores efetivos, nomeados por concurso público (CF, art. 41, *caput*), um *status* que lhes garante não perderem seus cargos senão em virtude de sentença judicial ou mediante processos administrativos nos quais lhes seja assegurada ampla defesa (CF, art. 41, § 1.º, I, II e III, c/c o art. 5.º, LV).

Mais uma hipótese de perda do cargo do servidor estável foi introduzida pela EC n.º 19/1998, expressa no art. 169 da Constituição, para situações de excesso de quadro (v. item 86.1).

A *instabilidade* é característica das investiduras temporárias (CF, art. 37, V e IX), podendo o servidor ser afastado *ad nutum*, instituto que se denomina *exoneração*.

Inconfundível, portanto, o instituto da *demissão*, que é um rompimento *punitivo* da relação do servidor com o Estado, com o da *exoneração*, que é resultado ou do exercício de uma *faculdade do servidor* ou do *poder discricionário da Administração* de desfazer o vínculo

estatutário instável.

Nesse ponto, o Estatuto Federal também segue as distinções clássicas entre *exoneração* (art. 33, I, e art. 34) e *demissão* (art. 33, II, e art. 132), o que é louvável, pois o Direito não se enriquece com inovações legislativas que tantas vezes destoam das nomenclaturas consagradas na boa doutrina, senão que, ao contrário, perde em precisão e segurança e leva à confusão, como frequentemente se depara.

28. Reintegração

A *reintegração* é uma garantia do servidor público instituída pelo art. 41, § 2º, da Constituição, destinada à correção jurídica de uma *demissão inválida*.

Se o ato que aplicou a pena de demissão vier a ser *anulado* por sentença, garante-se, ao servidor demitido, a recondução ao cargo perdido.

Trata-se de uma especialíssima forma de execução de sentença *in natura* contra a Administração Pública, que, tal como a anulação, atua *ex tunc*, impondo, ainda, como corolário, à Fazenda Pública condenada, o *ressarcimento indenizatório* de todas as importâncias que deveriam ter sido pagas desde a demissão anulada e, finalmente, a reposição dos demais direitos estatutários, que teriam sido hipoteticamente deferidos ao servidor durante o período, como promoções, licenças, progressão horizontal, tempo de serviço etc.

Também, como consequência do retorno do servidor ao cargo de que fora demitido, deverá ser dele exonerado o seu eventual ocupante e reconduzido ao cargo de origem ou aproveitado em outro cargo ou, ainda, posto em disponibilidade; tudo, é claro, sem qualquer indenização, de vez que esses atos, previstos na Constituição, excluem, desde logo, qualquer consideração de ilegalidade.

O Estatuto Federal trata o tema, identificando-o como uma *reinvestidura* (art. 28).

29. Garantias no caso de danos a terceiros

Os *agentes* das pessoas jurídicas de direito público, bem como os das pessoas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, aqui entendidos no mais amplo sentido e, portanto, não só os servidores públicos estatutários como todos que estejam a serviço daquelas entidades gozam, não importa através de que vínculo, de *dupla garantia* constitucional em caso de causarem danos a terceiros nessa qualidade (CF, art. 37, § 6º).

A primeira garantia resulta da consagração da *responsabilidade objetiva* das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, de modo que serão essas *pessoas jurídicas* as que deverão ser primeiramente acionadas a responder pelos prejuízos, independentemente de dolo ou culpa.

A segunda garantia está na *autonomia do direito de regresso* dessas pessoas jurídicas

contra o agente que houver sido o responsável direto pelos danos *indenizados*, a ser deduzido através de *lide específica* em que se prove seu dolo ou culpa.

85. PROVIMENTO NO SERVIÇO PÚBLICO

Provimento é o ingresso no serviço público, que se perfaz por um *processo administrativo* que tem por objeto a *investidura* de alguém, em *cargo*, *emprego* ou *função*.

É esse ato, que culmina o processo de provimento, denominado *investidura*, o que efetivamente *integra* o *candidato* à *função pública*, sujeitando-o ao respectivo estatuto funcional e habilitando-o, sucessivamente, à *posse* e ao *exercício*.

O *provimento estatutário* tratado adiante coexiste ao lado da outra espécie, o *provimento contratual*, que, por sua vez, poderá dar-se tanto em um *emprego* como em uma *função*, conforme adiante se examinará.

O *provimento estatutário* poderá ser *vitalício*, *efetivo* ou *em comissão*, conforme a natureza dos *cargos* a serem preenchidos.

Quanto aos *provimentos estatutários*, encontram-se adotadas e reguladas em lei as espécies seguintes:

- 1) *nomeação* (de previsão constitucional obrigatória)
- 2) *promoção* (de previsão constitucional obrigatória)
- 3) *ascensão* ou *transposição*
- 4) *transferência* (instituto excluído em âmbito federal pela Lei n.º 9.527, de 10 de dezembro de 1997).
- 5) *substituição*
- 6) *Readmissão*
- 7) *reintegração* (de previsão constitucional obrigatória)
- 8) *aproveitamento* (de previsão constitucional obrigatória)
- 9) *reversão*
- 10) *readaptação*
- 11) *transformação* e *reclassificação*
- 12) *recondução*

A *nomeação* é a única forma de *provimento originário*, inicial ou externo, conforme seja o nomeado, estranho ou não aos quadros do serviço público da mesma entidade.

As demais formas são todas de *provimento derivado*, secundário ou interno, recaindo sempre sobre indivíduos já pertencentes aos quadros do serviço público da mesma entidade ou que deles vieram a ser afastados.

85.1. Nomeação

É o ato *inicial* do processo de provimento originário, distinguindo-se, nos sistemas estatutários, o caráter dessa nomeação: vitalício, efetivo e em comissão.

Poderão variar os demais atos do procedimento administrativo de provimento, a partir do ato de nomeação, mas os estatutos costumam prever, em sucessão, os atos de posse, em certos casos de prestação de fiança e, em outros, de entrada em exercício.

Cada um desses atos, conforme procedimento estatutário adotado, terá seus efeitos próprios, sendo o mais importante o condicionamento sucessivo do antecedente para a prática do subsequente.

A posse, para alguns estatutos, vem a ser a etapa em que se completa a investidura, enquanto, para outros, será a sua complementação, mas, em qualquer caso, reconhece-se que nela se contém um embrião de negócio jurídico administrativo, já que necessita da manifesta aceitação, pelo nomeado, dos ônus e encargos da função, ao mesmo tempo em que deverá demonstrar a satisfação de outras condições especiais previstas na lei ou nos regulamentos, tratando-se, portanto, de um ato receptício.

O exercício vem a ser o efetivo desempenho das atividades funcionais, nas quais o servidor foi investido, dele decorrendo certas consequências estatutárias, como, por exemplo, o direito a retribuição estipendial.

É usual estabelecerem-se prazos estatutários para tomar posse e entrar em exercício e, para reforçá-lo, penalizar-se o desidioso ou desinteressado com a caducidade da nomeação (carência de posse) ou exoneração automática (carência de exercício).

A suspensão do exercício se denomina afastamento, merecendo, em geral, tratamento estatutário específico, uma vez que só pode ocorrer vinculadamente.

Posse, fiança e exercício são atos que poderão também integrar procedimentos especiais para os provimentos derivados, como os de transferência, readmissão, aproveitamento e reversão, consoante a maior ou menor formalidade introduzida pelo legislador estatutário.

O Estatuto Federal dispõe sobre o instituto da nomeação, distinguindo suas modalidades (arts. 9.º e 10). Ao ato de nomeação segue-se, necessariamente, a posse (art. 7.º), como ato consequente da nomeação (forma de provimento arrolada no art. 8.º, I), embora possa ser anomalamemente abortado com a anulação da nomeação ou de ato anterior da qual esta dependa, como, por exemplo, a prévia aprovação ou a classificação em concurso.

85.2. Promoção

Promoção é o provimento derivado que eleva o servidor a uma classe imediatamente superior dentro da mesma carreira.

Os estatutos devem fixar duas condições jurídicas para tal elevação: a existência de vaga e a situação pessoal. A vaga é o claro aberto, no quadro numérico, por um

desprovimento. Quanto à *situação pessoal*, ela será apreciada consoante os critérios adotados estatutariamente, tais como: antiguidade, merecimento, realização de cursos de aperfeiçoamento ou seleção em concurso interno.

A *promoção* está prevista no Estatuto Federal (art. 8.º, II), mas seu tratamento nele não se encontra, nem mesmo definido.

85.3. Ascensão

A *ascensão* (também denominada *acesso* e *transposição*) é uma forma de provimento derivado, que eleva o servidor de uma carreira a outra, de nível superior. Esta passagem de uma série de classes inferiores a outra, superior, está aqui mencionada apenas para sublinhar sua extinção na atual ordem constitucional, sob a qual o *concurso público* é obrigatório para realizar-se qualquer investidura, originária ou não (CF, art. 37, II), o que vem a ser o entendimento eticamente correto e indispensável, do princípio do acesso democrático aos cargos públicos.

O argumento do aproveitamento de tirocínio, com o qual se soia justificar essa modalidade oblíqua de ultrapassar o concurso e praticar corporativismos velados, não aproveita, pois a experiência no desempenho de um cargo não garante que existam condições para o desempenho de outro, com maiores responsabilidades.

O instituto, originalmente previsto no Estatuto Federal, foi em boa hora dele excluído pela Lei n.º 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

85.4. Transferência

A *transferência* é o provimento derivado pelo qual o servidor passa de um cargo a outro, do mesmo nível, constituindo-se numa modalidade da chamada *movimentação horizontal*, que pode importar ou na passagem de um quadro a outro, ou de uma série de classes a outra, ou de uma classe singular a uma série de classes ou vice-versa, ou, ainda, de uma classe singular a outra.

A transferência de servidor de uma carreira a outra ou de cargo isolado a uma carreira ou vice-versa tornou-se também inconstitucional, ante a regra peremptória da exigibilidade do concurso público.

Não se confunda *transferência* com *remoção* ou, ainda, com *permute*. A *remoção* é modalidade mais restrita de movimentação horizontal e se dá sempre dentro do mesmo quadro, consistindo na passagem do servidor de uma repartição a outra, mantendo o mesmo cargo, não sendo, portanto, uma forma de provimento.

Quanto à *permute*, que poderá ser admitida nos estatutos para a realização de transferências ou remoções recíprocas, far-se-á atendida à vontade dos permutantes, mas sempre condicionada ao interesse público, uma vez que a vontade dos servidores públicos

civis não é constitutiva.

O instituto da *transferência*, originalmente contemplado no Estatuto Federal, foi posteriormente excluído em âmbito federal pela Lei n.º 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

85.5. Substituição

Tampouco se deve confundir transferência ou remoção com a *substituição*, que é uma forma de *provimento derivado*, temporário, excepcional e, em geral, automático, pelo qual o servidor se investe *provisoriamente* em cargo hierarquicamente superior.

É modalidade temporária, porque os estatutos costumam fixar o tempo máximo de duração, comumente ocorrendo nos impedimentos legais ou afastamentos do titular do cargo substituído, e, por este motivo, é também excepcional.

Quanto a ser automática, a lei estatutária, ao preferir esta solução, que é a mais corrente, evitará que o substituído ou, ainda, outro superior hierárquico, tenha que indicar o substituto em cada hipótese de afastamento, o que nem sempre se faria oportuna ou convenientemente.

Em geral, a substituição se dará do cargo inferior ao mais elevado, na mesma série de classes, sempre na mesma linha hierárquica, para preenchimento provisório de cargo em comissão. Inconfundível com esta forma de provimento derivado é a, impropriamente chamada, *substituição em função gratificada*. O cometimento de funções gratificadas, permanente ou provisoriamente, que seria o caso, se faz sem mudar o lugar do servidor no quadro, logo, sem qualquer alteração do provimento existente.

85.6. Readmissão

É o provimento derivado mediante o qual o ex-servidor *retorna à função pública* por ato discricionário da Administração, dependendo, embora, de condições mínimas a serem fixadas em lei, como o reconhecimento da insubsistência das razões do desprovimento anterior, como de sanidade física e mental, de capacitação, de idade etc.

A *readmissão* será utilizada, quando existir lei autorizadora e interesse público, para permitir à Administração o recrutamento de pessoal, quando de conveniência do serviço dentre os ex-servidores exonerados ou dentre aqueles que tenham sido beneficiados com a *reconsideração administrativa* da demissão.

Importante é entender-se que, sendo a readmissão uma *novação* da relação jurídica da função pública, não enseja qualquer direito ao readmitido relativamente ao tempo em que esteve afastado, operando, o respectivo ato, *ex nunc*.

A *readmissão* está excluída do atual ordenamento constitucional, pois, uma vez validamente rompido o vínculo funcional, não haverá mais condição para dar-se provimento

derivado e, ademais, por outro lado, um *novo provimento* originário demandará sempre uma *nova aprovação* em concurso público (CF, art. 37, II).

85.7. Reintegração

De outra natureza, é a *reintegração*, sobre a qual já se fez menção, que se constitui em *garantia estatutária*, de assento constitucional (CF, art. 41, § 2.º), definida como forma de provimento derivado mediante a qual o ex-servidor, desprovido disciplinarmente, por aplicação de *pena de demissão*, torna à sua situação funcional anterior em virtude de *anulação*, administrativa ou judiciária, do ato que o excluiu do serviço público.

A referência é à *anulação*, que cabe à própria Administração ou ao Poder Judiciário decretar, e que se aplica por violação da legalidade; consequentemente é sempre um *ato vinculado*, em qualquer caso. Assim, a *descriminalização* e a *extinção dos efeitos da condenação penal* em razão da qual ocorreu uma demissão, em virtude de *anistia*, não têm o mesmo efeito reintegratório, porquanto não se trata aqui de ato vinculado, de aplicação da lei ao caso concreto, mas de ato de alta discretão política do Poder Legislativo, sem repercussão na esfera administrativa (CF, art. 48, VIII).

Ao reconhecer-se, em ato declarativo de nulidade, a *invalidade* do ato de demissão, seguir-se-á, logicamente, a abertura *ex officio* do processo de *reintegração*, como ato complementar, o que significa que operará *ex tunc*, retroagindo à data da demissão anulada, assegurando todos os direitos relativamente ao tempo em que o reintegrado esteve ilegalmente afastado. A peremptoriedade da letra constitucional, determinando que “*invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado*” (CF, art. 41, § 2.º) não deixa margem à exigência de uma obrigatoriedade provocação por parte do servidor, pois o ato de reintegração não é *receptício*, tal como o de nomeação, embora a *posse* derivada, tanto quanto a originária, o seja.

Esse reconhecimento tem, ainda, caráter indenizatório, de vez que se trata, então, de reparar as consequências de um ato administrativo considerado ilícito, como se examinou ao tratar das garantias constitucionais dos servidores públicos.

A *reintegração* é tratada no Estatuto Federal na mesma linha da doutrina estratificada (art. 28).

85.8. Aproveitamento

Já mencionado, também, quando examinado o princípio constitucional da disponibilidade, o *aproveitamento* é o provimento derivado pelo qual se opera o retorno do servidor posto em disponibilidade em cargo de natureza e de nível de remuneração compatíveis com o anteriormente ocupado.

O *aproveitamento* é considerado um direito do servidor em disponibilidade, com

prioridade sobre as demais formas de provimento, quando se tratar de preencher cargo vago, mas, nem por isto, deverá a Administração deixar de verificar os pressupostos objetivos de sua decretação (compatibilidade de cargos e de nível de remuneração) e as condições pessoais do servidor em disponibilidade (idade e saúde).

Da mesma forma que a reintegração, o aproveitamento é modalidade de provimento derivado perfeitamente compatível com a regra de acesso por mérito (CF, art. 37, II), ainda porque tem, na própria Carta Magna, a sua previsão (CF, art. 41, § 3.º).

O Estatuto Federal dispõe sobre o *aproveitamento* do servidor em disponibilidade em seus artigos 30, 31 e 32.

85.9. Reversão

Reversão é o provimento derivado pelo qual a Administração retorna o aposentado ao serviço público. É um instituto que, se adotado, requer especiais cuidados para que não seja fonte de abusos.

Desde logo, não podem reverter os *compulsoriamente aposentados*. Em segundo lugar, é sempre necessária a *motivação* definitória do interesse público em cada reversão, de vez que se trata de ato discricionário. Nas aposentadorias por invalidez será necessário, ainda, que não mais subsistam os motivos que a sustentaram. Por ser um ato discricionário, valem as observações feitas a propósito dos efeitos da readmissão, inclusive seus efeitos *ex nunc*.

O Estatuto Federal admite a *reversão* na hipótese de aposentadoria por invalidez (art. 25).

85.10. Readaptação

Readaptação é forma de provimento derivado de aplicação restrita, pela qual o servidor passa a ocupar cargo ou função que lhe seja mais compatível sob o ponto de vista físico, psíquico ou intelectual, e sempre atendido o interesse público.

Indubitavelmente, as conquistas da Medicina e da Psicologia e o estímulo que deve o Poder Público dar à educação tornam hoje razoável a aplicação desse instituto, desde que cuidadosamente limitado. As leis estatutárias não costumam adotá-lo sob todas as suas formas, mas, restritamente, para atender a situações de incapacitação, que seriam insuficientes para motivar a aposentadoria ou sucessivas concessões de licença para tratamento.

A Administração poderá também utilizar a *readaptação*, excepcionalmente, por via de leis extravagantes e de vigência limitada, como instrumento de grandes reestruturações de pessoal, visando sempre ao aperfeiçoamento do serviço público, e à recolocação do servidor no lugar que lhe seja mais adequado, técnica, física ou psicologicamente.

Esta modalidade estaria também proscrita da ordem constitucional vigente, por força do comando do art. 37, II, da Constituição, não fora a previsão de idêntica hierarquia, do inciso VIII, do mesmo artigo, autorizando o legislador a estabelecer critérios excepcionais de admissão.

O Estatuto Federal tem adotado o conceito no art. 24.

85.11. Transformação e redescritificação

São modalidades de provimento derivado pelas quais o servidor público civil é investido em novo cargo ou função, com diferente denominação e enquadramento, em virtude da extinção do cargo ou função que detinha.

A Constituição previu a *transformação*, sob reserva legal, no art. 48, X, tornando-a compatível com a regra de exigência de concurso público, reconhecendo sua importância como instrumento de remanejamento de quadros do serviço público e redefinições de cargos, empregos e funções públicos.

85.12. Recondução

É forma de provimento derivado pela qual se dá o retorno do servidor estável ao cargo que ocupava anteriormente, se tiver sido inabilitado em estágio probatório relativo a outro cargo ou se vier a perdê-lo no caso de reintegração do anterior ocupante.

O Estatuto Federal trata a *recondução* no art. 29, considerando também a hipótese de encontrar-se provido o cargo de origem, no qual se deveria dar a recondução, para efeito de equipará-la ao aproveitamento (parágrafo único).

86. DESPROVIMENTO NO SERVIÇO PÚBLICO

Desprovimento é a exclusão do serviço público, tendo por objeto a destituição do servidor de cargo, emprego ou função.

O *desprovimento* poderá decorrer de *fato* ou de *ato administrativo*, este, por sua vez, ou *constitutivo* ou *declaratório*.

A consequência do desprovimento é a *vacância* do cargo, emprego ou função desocupados.

Os estatutos costumam reconhecer os seguintes tipos básicos de *desprovimento*, com ruptura de vínculo funcional estatutário:

1. *Exoneração*
2. *Demissão*
3. *Aposentadoria*

4. Falecimento

Está evidente, ainda, que, no regime estatutário, por simetria aos tipos de provimento estudados, da *promoção*, da *ascensão*, da *transparência*, e da *readaptação*, corresponderão consequentes tipos de desprovimento dos cargos ocupados pelo servidor promovido, ascendido, transferido ou readaptado, sem ruptura do vínculo funcional estatutário.

O Estatuto Federal arrola, por isso, os quatro tipos autônomos acima referidos, que a seguir serão examinados, mais os quatro tipos vinculados a um novo provimento, acima referidos e, ainda, a hipótese de desprovimento do servidor em razão de posse em outro cargo inacumulável (art. 33, VIII).

O Estatuto Federal preferiu, ainda, referir-se à *vacância*, que é o resultado do *desprovimento*, em vez de adotar o *nomen iuris* simétrico ao *provimento*, tomado no art. 8º. E preciso, pois, insistir que a vacância é *efeito* do desprovimento, assim como a investidura o é do provimento.

Tampouco há que se confundir *desprovimento* com *afastamento*, pois enquanto o primeiro diz respeito à *perda* ou *cessação da função pública*, perdendo, o segundo diz respeito à *suspensão do exercício da função pública*, em casos especiais, como no contemplado no art. 38, I, da Constituição (mandato eletivo), o exercício de cargos em comissão de outras esferas administrativas, o serviço militar, a licença e em casos outros estritamente instituídos.

86.1. Exoneração

A *exoneração* é a exclusão do servidor *não estável* do serviço público, por motivos não disciplinares.

Pode dar-se por ato *administrativo discricionário*, quando resulta do juízo administrativo de inconveniência ou de desnecessidade de manter-se o vínculo, ou por ato *vinculado*, quando for voluntariamente solicitada pelo servidor.

A expressão *exoneração* é estendida para designar certos tipos de desprovidos que não importam em exclusão do serviço público, mas, apenas, a perda de cargos em comissão, de funções gratificadas ou até de certas atribuições especiais que hajam sido cometidas a servidores efetivos.

Modalidade *sui generis* de exoneração está prevista no art. 169, § 4º, e seguintes, da Constituição Federal, pela qual o servidor estável perderá seu cargo para o cumprimento dos limites com despesa de pessoal, quando esta exceder os limites estabelecidos em lei complementar (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, art. 19).

Este desprovimento excepcional só será utilizado se outras modalidades de redução de gastos com pessoal, de redução de cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não estáveis (CF, art. 169, § 3º) resultarem infrutíferas para

satisfazer os limites referidos. A garantia do servidor afastado sem o esgotamento dessas providências é a anulação dessa exoneração.

86.2. Demissão

A *demissão* é pena disciplinar, que exclui o servidor do serviço público, não importando seu grau de estabilidade. É ato vinculado, regulado na Constituição e nos estatutos, que poderá ser decretado pela Administração, mediante *processo administrativo*, em que seja assegurado ao servidor sua *ampla defesa*, ou decretado pelo Poder Judiciário, também em *processo judicial* regular.

86.3. Aposentadoria

A *aposentadoria*, como modalidade de desprovimento é a cessação do exercício das funções públicas desempenhadas sob vínculo funcional estatutário, em razão do implemento de idade limite de permanência em atividade e pelos demais motivos constitucionalmente previstos (CF, art. 40).

O instituto já foi estudado como uma *garantia constitucional estatutária*, hoje amplamente regrada pelas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998.

Há, todavia, obrigações residuais estatutárias recíprocas entre o servidor aposentado e o ente público, notadamente de caráter honorífico (*status*) e ético (*munus*), que devem ser respeitadas, como a preservação do *título* do cargo desempenhado e a submissão aos deveres gerais estatutários de boa conduta.

86.4. Falecimento

Com o óbito do servidor público, extingue-se a relação funcional estatutária, embora essa ruptura seja, por sua vez, um fato jurígeno de várias obrigações estatutárias derivadas, como a percepção de pensões, o auxílio de funeral e outras mais que a lei institua.

87. DIREITOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Já se fez referência, ao tratar dos princípios constitucionais da função pública, a vários direitos e garantias que são reconhecidos aos servidores públicos, não importando o estatuto a que estejam sujeitos. Resta apreciar, agora, em relação não exaustiva, outros direitos, decorrentes daqueles, ou que com eles não se choquem, que costumam também vir expressados nos diversos estatutos.

Na clara sistematização de Rafael Bielsa, são direitos dispostos em dois graus: em primeiro grau, o *direito à função*, e, em segundo grau, os *direitos que derivam do exercício*. Quiçá

seja mais esclarecedora uma quádrupla classificação, por ser um pouco mais minudente:

- 1.º) *direito à função pública*;
- 2.º) *direito ao exercício*;
- 3.º) *direitos que se fundam no exercício*; e
- 4.º) *direitos ao amparo social e à dignidade do status funcional*.

87.1. Direito à função pública

O *direito à função pública*, que surge com a estabilidade ou com a vitaliciedade (esta, em grau mais elevado, configurando, no caso, um *direito ao cargo público*), consiste em não poder ser discricionariamente dela desprovido.

87.2. Direito ao exercício

O *direito ao exercício* vem a ser uma espécie do gênero *direito ao trabalho*, perfeitamente adequado ao serviço público, pois seria incompatível tanto com a dignidade do homem quanto com o interesse público, que a Administração pudesse manter, por considerações inconfessáveis, um servidor em indefinido afastamento.

Por essa razão, o *afastamento* tem seus pressupostos fixados em lei, ainda porque será, em princípio, do *exercício* do cargo e da função públicos que derivarão os demais direitos funcionais.

É em virtude desse *direito*, que a Administração não pode aplicar a um servidor o instituto da *disponibilidade* como substituto oblíquo das penas estatutárias regulares.

87.3. Direitos que se fundam no exercício

Os *direitos que se fundam no exercício* são de várias espécies: a contagem do tempo de serviço, para vários efeitos, a estabilidade, as férias, as licenças e a percepção dos estipêndios, na conformidade das espécies remuneratórias estatutariamente correspondentes.

87.4. Direitos ao amparo social e à dignidade do status

Os *direitos ao amparo social e à dignidade do “status”* fecham o elenco, consagrando-se, no que respeita à função pública, várias garantias já acima examinadas, entre as quais certos princípios gerais do trabalho, o direito à assistência, o direito à previdência, o direito à associação, o direito de greve, o direito de petição, o direito à defesa e o direito de representação.

88. ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS

Os *estipêndios*, de cargo, emprego e função públicos, como retribuição pecuniária aos servidores públicos por seu desempenho, de caráter *mensal* e *alimentar*, foram abundantemente constitucionalizados pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, reduzindo, sensivelmente, a autonomia político-administrativa originária das unidades da Federação, que tinham para deles dispor.

O próprio vocábulo *remuneração* perdeu seu sentido genérico, que lhe foi tradicionalmente atribuído, para se tornar o *nomen juris* de apenas uma *espécie remuneratória*; uma nova expressão que passou a designar constitucionalmente o gênero estipendial (CF, art. 37, XI e XIII).

O Poder Público retribui os seus servidores através de três tipos básicos de *espécies remuneratórias*: o *subsídio*, a *remuneração* e o *salário*.

O *subsídio* é o estipêndio estatutário, fixado por lei em *parcela única*, com os estritos acréscimos constitucionalmente admitidos, a ser pago, obrigatoriamente, aos detentores de cargos de natureza política assim definidos na Constituição e, facultativamente, aos titulares de cargos em carreiras especificamente definidas em lei.

A *remuneração* é o estipêndio estatutário, fixada por lei em *parcela básica*, o *vencimento*, acrescida de parcelas variáveis, as *vantagens*, que é paga aos detentores de cargos efetivos, em comissão e de funções públicas.

O *salário* é o estipêndio contratual pago aos detentores de empregos públicos, na forma da legislação trabalhista.

Essa distinção conceptual, entre *vencimento*, como “retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”, e *remuneração*, definida como “o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei”, já havia sido adotada pelo Estatuto Federal (arts. 40 e 41, *caput*).

A s *vantagens* são acréscimos aos vencimentos, devidas ao servidor em razão de condições de ordem pessoal ou funcional. As *vantagens de ordem pessoal* consideram o tempo de serviço e as condições individuais do servidor ou de sua família; as *vantagens de ordem funcional* consideram a natureza especial das funções exercidas e as condições em que isto se dá.

Uma subclassificação distingue dois tipos de *vantagens*: os *adicionais* e as *gratificações*. Os *adicionais*, subdivididos, por sua vez, em *adicionais de função*, retribuindo o exercício de atribuições técnicas, científicas ou didáticas de maior complexidade, e *adicionais de tempo de serviço*, para recompensar a permanência no exercício do cargo. As *gratificações*, por seu turno, subdivididas em *gratificações de serviço*, para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, e *gratificações pessoais*, concedidas para atender os servidores que estão em situações individuais especiais, assim por lei consideradas.

Além dessa classificação, outras são adotadas, como as que distinguem as *vantagens* em *incorporáveis* e *não incorporáveis*, *acumuláveis* e *inacumuláveis*, sempre de conformidade com a opção feita em cada estatuto considerado.

O Estatuto Federal classifica as *vantagens* em indenizações, gratificações e adicionais (art. 49, I, II e III), determinando que as indenizações não se incorporem ao vencimento ou provento, ao passo que as gratificações e adicionais se incorporam, nos casos e condições indicados em lei (art. 49, §§ 1.º e 2.º).

Outros pontos importantes, em tema de estipêndios, dizem respeito à sua *natureza jurídica*, ao problema da *isonomia* e ao da *prescrição*.

Quanto à natureza jurídica, os autores estão acordes a respeito da característica *alimentar* dos estipêndios, o que os torna *impenhoráveis*, admitindo-se, pelo mesmo motivo, apenas as deduções de caráter alimentar e os descontos em folha rigorosamente fundados na lei.

Essa natureza jurídica enquadra os estipêndios, de qualquer espécie, entre os créditos de natureza alimentícia, para os efeitos da execução por *precatórios* contra a Fazenda Pública (art. 100, CF).

No que diz respeito à *isonomia*, principiologicamente estabelecida no art. 5.º, *caput*, e reafirmada no tocante ao trabalho, no art. 7.º, XXX, da Constituição Federal, sua aplicação à remuneração ficou *limitada* pela vedação de vinculação ou de equiparação de quaisquer *espécies remuneratórias* (art. 37, XIII), podendo ser, todavia, empregada para corrigir distorções dentro da categoria funcional que perceba a mesma espécie remuneratória considerando, ademais, toda vasta gama de situações licitamente diferenciadoras, como as de tempo de serviço, de desempenho de atribuições especiais, de condições peculiares de trabalho, de diferente habilitação profissional, de acrescidas responsabilidades etc.

Torna-se extremamente difícil a aplicação *in casu* do princípio isonômico, principalmente se for demandada ao Judiciário, que, para bem julgar, não poderá deixar de considerar todas as premissas do caso, e, em qualquer hipótese, tampouco poderá fazer equiparações e aumentar vencimentos, porque estaria ingressando no campo de discrição política do Legislativo, único autorizado a fazê-lo, o que não impede, porém, que declare a inconstitucionalidade, *principaliter* ou *incidenter*, de qualquer norma que seja incompatível com esse princípio, aplicando-o em sua eficácia negativa imediata.

Finalmente, quanto à *prescrição*, recai-se na regra geral da *prescrição quinquenal* (Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932); norma anterior (Decreto n.º 5.761, de 25 de junho de 1930) suspende a prescrição, se a Administração estiver estudando recurso ou reclamação a respeito.

A ética funcional exige uma caracterização precisa e rigorosa de *deveres dos servidores públicos*. Distinguem-se duas espécies de deveres funcionais: os *gerais*, que se aplicam a todos, e os *especiais*, que obrigam apenas a determinadas classes ou em razão de determinadas funções.

Como se restringe este estudo aos *deveres gerais*, com relação a eles se faz a classificação que distingue *internos* e *externos*, conforme se dirijam à conduta do servidor público no *desempenho de suas atribuições* ou ao seu *procedimento na vida privada*.

O rol de deveres, de uma e de outra classe, pode ser estendido ou reduzido, conforme os estatutos e os autores, mas, de certo modo, quer incluindo-os com enunciado positivo, como *prestações*, quer sob enunciado negativo, como *proibições*, há concordância em torno dos seguintes elencos.

89.1. Deveres internos

89.1.1. Lealdade

O respeito às instituições do País, dever geral que a todos incumbe, tem, notadamente para o servidor público, um conteúdo ético mais direto e profundo do que para os demais cidadãos, não se lhe permitindo quaisquer atitudes, mesmo veniais, que colidam com os interesses públicos, em particular, aqueles que estão à cura do ramo da Administração a que servem e do cargo que desempenham.

89.1.2. Obediência

É o acatamento às *ordens legais* dos superiores hierárquicos. A *ordem ilegal* não obriga o servidor. No mesmo sentido, as leis penais consignam as conhecidas regras de exclusão de punibilidade em caso de obediência hierárquica à ordem *não manifestamente ilegal*, punindo-se, ao revés, o autor da ordem.

Por *ordem manifestamente ilegal* deve-se entender aquela em que a violação às normas jurídicas seja patente, sem necessidade de exame mais profundo.

Acompanha-se, no particular, o chamado sistema inglês, no qual os servidores só ficam obrigados por ordens que não sejam *manifestamente ilegais*, se lhes reconhecendo a responsabilidade de executá-las ou não, desde que o façam motivadamente.

Solução oposta é o denominado sistema francês, que opta por reforçar a hierarquia obrigando o servidor ao cumprimento de qualquer ordem que seja formalmente legal. Se, por um lado, a hierarquia, com efeito, se reforça, por outro se estimula a irresponsabilidade funcional e se arrisca o embotamento do senso de juridicidade dos servidores públicos.

Todavia, no *regime estatutário militar*, como a *hierarquia* assume superior relevância, sendo mais importante concentrar-se a responsabilidade em quem comanda, adota-se o sistema

francês, cabendo a quem dá ordens a responsabilidade integral pelas decisões (art. 14, da Lei n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

Ambos os sistemas, bem como os intermediários, como o elaborado sistema alemão, da denominada *Demonstrations theorie*, porque exige, para que o servidor se isente de qualquer responsabilidade, que ele *solicite a seu superior a confirmação da ordem que lhe parece ilegal*, têm inteira compatibilidade com o ordenamento constitucional.

A objeção de que os estatutos que não adotassem o sistema inglês estariam ofendendo o princípio de reserva legal, estabelecido no art. 5.º, II, da Constituição, não procede, pois a cláusula “senão em virtude de lei” está a indicar, precisamente, que a norma legal pode dispor, como melhor parecer ao legislador estatutário, acerca do sistema de responsabilidade, tanto para quem emite como para quem cumpre uma *ordem ilegal*.

89.1.3. Assiduidade

É a regularidade do cumprimento das obrigações funcionais. Os estatutos deverão conter uma disciplina de faltas, limitando-as por períodos e estabelecendo os critérios de justificação. A *assiduidade* nem sempre importa em necessário comparecimento de um servidor público a determinada repartição ou local de trabalho específico, mas se prenderá obrigatoriamente à satisfação integral das tarefas a ele impostas.

A regra, não obstante, é o comparecimento e o cumprimento preciso de horários nas repartições e locais de trabalho, surgindo daí, como corolário, o dever da *pontualidade*, cujo descumprimento habitual acabará por se assimilar à falta de assiduidade, acarretando-lhe as consequências, sempre lembrando que o abandono de função caracterizará, ademais, típico criminal.

89.1.4. Dedicação ao serviço

O que alguns autores chamam de *zelo* vem a ser uma qualidade subjetiva da atuação funcional do servidor público, que parte de uma *atitude* em relação a seu trabalho e ao interesse público a que deve servir.

A *dedicação* transparece na aplicação que o servidor imprime ao desempenho das atribuições que lhe forem cometidas, na busca constante de aperfeiçoamento, no interesse demonstrado na economia e na conservação do material que utiliza e que está sob sua guarda, e no escrúpulo com que atua no trato dos interesses da Administração e de terceiros a seu cargo.

89.1.5. Sigilo

O *sigilo* impõe ao servidor o dever de nada divulgar acerca dos assuntos de que tenha tido conhecimento em razão de suas funções ou, mesmo, accidentalmente; apresentem ou

não caráter confidencial ou secreto.

O rigor dessa regra admite ser abrandado, desde que se imponha o sigilo apenas com referência à matéria de divulgação proibida. Para estabelecer essa diferença, as normas administrativas deverão definir o que seja matéria de divulgação proibida, *graduando os diversos graus de sigilo* dos documentos ou coisas, *classificando-os* segundo padrões graduais (no plano federal, a matéria está disciplinada no Decreto n.º 4.553, de 27 de dezembro de 2002, o Regulamento para a Salvaguarda de Assuntos Sigilosos, além de outros diplomas esparsos, de vários níveis normativos).

A Constituição, recorde-se, prevê lei federal dispondo sobre requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas (CF, art. 37, § 7.º).

A quebra do sigilo obrigatório pode eventualmente qualificar-se como crime.

89.1.6. Residência

O dever de *residência* importa, primeiramente, para o servidor público, em tê-la fixa e do conhecimento da Administração, e, secundariamente, conforme rezem os estatutos, na proximidade do local onde deva exercer a função ou, pelo menos, dentro de determinada circunscrição geográfica ou política.

O dever de indicar residência ou paradeiro pode se estender para certos cargos, empregos e funções, mesmo em casos de férias ou de licenças.

89.1.7. Urbanidade

As prerrogativas legais de que se vê investido o servidor devem ser usadas com vistas ao interesse público e jamais para amesquinhlar, humilhar ou desconsiderar, sejam seus subordinados, sejam os administrados, bem como para desafiar, ridicularizar, adversar ou hostilizar seus superiores.

O dever comum de *urbanidade*, **dispensar** bom tratamento ao público, se torna mais rigoroso para o servidor, tanto nas relações internas, com os demais servidores e agentes políticos, quanto nas externas, que mantém com o público, que a Constituição denomina de *usuários* da administração pública direta e indireta (CF, art. 37, § 3.º). A falta grave a este dever, que pode chegar até as vias de fato, configurará os crimes de excesso de exação e de violência arbitrária.

89.1.8. Probidade

Este dever, simplesmente de *probidade*, ou de *probidade administrativa*, como se lê na Constituição (art. 37, § 4.º), vem a ser a particularização do dever ético geral de conduzir-se

honestamente (*honeste vivere*).

O referido mandamento constitucional prevê lei federal (Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992), que define os atos de improbidade administrativa, simples e qualificados (arts. 9.º, 10 e 11) e estabelece penas específicas, independentemente das cominadas em outros diplomas.

Trata-se de outro dever comum, que assume maior rigor quando se trate de servidor público, que terá bens públicos sob sua guarda e a seu uso, assim como poderá ter interesses de repercussões patrimoniais, ora mais ora menos importantes, sob sua esfera de decisão.

A *honestidade funcional* se impõe sob todos os aspectos e a cada instante, jamais devendo aproveitar-se o servidor das prerrogativas funcionais e das atribuições em que está investido para obter vantagens para si próprio ou para terceiros, a que pretenda favorecer.

Além das *penalidades disciplinares*, quase sempre de grau extremo, aplicadas em caso de quebra desse dever, estão ainda previstas consequências *políticas*, de suspensão de direitos políticos; *administrativas*, de perda da função pública; *civis*, de indisponibilidade dos bens e de resarcimento do erário, e *criminais*, pois se tipificam vários ilícitos, como o *peculato*, o *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, a *concussão*, a *corrupção passiva*, a *facilitação de contrabando ou descaminho* e a *prevaricação*.

Existe *obrigatoriedade legal de declaração de bens e rendas* para o exercício de cargos, empregos e funções públicos, de investidura temporária ou permanente, conforme mencionado, visando a dar transparência ao dever de probidade (Lei n.º 8.730, de 10 de novembro de 1993).

89.2. Deveres externos

89.2.1. Boa conduta

Trata-se de uma particularização externa do dever ético do servidor público, que o obriga a manter sempre correção de atitudes, decoro em seus hábitos e dignidade de procedimento.

A sua vida íntima não terá relevância funcional senão na medida em que não se torne escandalosa e comprometa sua boa imagem.

Está claro que este dever assume intensidade maior exigindo discrição por parte do servidor, quanto mais elevadas sejam suas funções ou em razão do destaque que se dê às suas atividades. Assim é que, dos mais hierarquizados, se espera o melhor exemplo, não somente para influir nos seus subordinados como para transmitir ao público uma imagem favorável da Administração a que servem.

89.2.2. Sujeição aos impedimentos funcionais

Os estatutos costumam submeter o servidor público a um rol de proibições diversas, denominadas *impedimentos* e *incompatibilidades* funcionais. Essas proibições dizem respeito, principalmente, às atividades lucrativas que possam ter os servidores fora de serviço ou paralelamente a ele. Assim é que lhes pode ser vedado o exercício do comércio, a direção de empresas, a contratação com a Administração a que sirvam ou com os demais entes administrativos, as atividades de caráter eleitoral, o emprego privado (de modo absoluto ou relativamente a certas empresas), a prática de usura, o exercício de determinadas atividades lucrativas que se considerem incompatíveis com as obrigações de decoro e dignidade exigidas pelo serviço público, em geral, ou por determinado cargo ou função, a advocacia (incompatibilidade ou impedimento) e outras vedações mais, sempre que expressas em lei.

Interessante é observar, a este respeito, que, por serem *legais*, os impedimentos e incompatibilidades podem ser alterados ou impostos a qualquer tempo, não havendo *direito adquirido* à existência ou permanência de uma determinada situação, embora a lei costume fazer algumas ressalvas por motivo de equidade, notadamente quando se trate de exercício das profissões legalmente regulamentadas.

89.2.3. Proibição de intermediação

O servidor deve abster-se, por qualquer forma, de servir da *intermediação* entre partes e a Administração. Esta vedaçāo não inclui o trato dos interesses pecuniários de parentes próximos seus (no estatuto federal e em geral, até o segundo grau civil).

O patrocínio, direto ou indireto, de interesse privado, junto à Administração, valendo-se da qualidade funcional, tipifica o crime de *advocacia administrativa*, qualificado, se o interesse é ilegítimo.

Compreende-se nesta proibição a aceitação, a qualquer título, de favores, gratificações, propinas e gorjetas que sejam oferecidos pelas partes.

90. RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Os deveres comuns e os deveres especiais acarretam para o servidor um *quádruplo regime de responsabilidade*, que o submete às consequências *políticas*, *administrativas*, *civis* e *penais* com respectivas *responsabilizações*, que o submetem à aplicação dos meios adequados para a apuração dos fatos, formação de juízo e aplicação de sanções cabíveis.

Essas ações se situam no campo da *repressão administrativa*, aqui especificamente voltada às infrações praticadas por servidores; examinar-se-ão, assim, as *formas de responsabilidade administrativa, civil e penal*, deixando para o próximo item o estudo, abreviado, dos *meios de responsabilização*.

90.1. Responsabilidade administrativa

É campo de aplicação da função disciplinar inerente ao Estado. A disciplina, numa visão mais ampla, não deve ser assegurada apenas por punições, mas por um sistema misto de penalidades e de recompensas. Infelizmente, os legisladores estatutários brasileiros não têm percebido a conveniência de, paralelamente às sanções afítivas preverem um elenco de sanções premiais, sejam honoríficas, pecuniárias ou de quaisquer outras modalidades, que estimulem a disciplina preferentemente ao emprego dos meios punitivos. O princípio, aliás, já está expresso em órbita federal, desde o art. 94, XI, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Mas, uma vez violada a norma de conduta interna, caracteriza-se um ilícito administrativo e, como consequência, o dever de responsabilização, ou seja, de promoverem-se os meios de repressão.

A promoção da responsabilização é um dever de natureza derivada, tão importante para o funcionamento de qualquer sistema disciplinar, que a lei penal, prevendo a possibilidade de indulgência do superior para com o subordinado infrator, erige à categoria de crime a figura da condescendência criminosa.

A responsabilização, uma vez promovida, resultará, se comprovada a infração, na aplicação dos atos punitivos internos reservados ao Estado-administrador (ver Cap. XIV), também denominados de sanções administrativas de natureza disciplinar, ou de sanções disciplinares, ou, mais simplesmente, de penas disciplinares.

A imposição da pena disciplinar é de competência exclusiva da Administração (salvo a de demissão) e é independente em relação à aplicação de qualquer outra, podendo ser imposta autonomamente, antes, depois ou concomitantemente com as sanções políticas, civis e penais.

A sanção disciplinar tem, ademais, natureza própria e inconfundível com a sanção civil ou com a penal. A pena disciplinar é interna, imposta pela Administração no uso de seu poder disciplinar, e visa a manter a ordem dentro do grupo sujeito a determinado estatuto, no interesse da depuração e do aperfeiçoamento do quadro de servidores. Na sua aplicação há uma relativa discricionariedade do aplicador, daí o Judiciário não poder substituí-la ou modificá-la: apenas anulá-la ou não.

Em contraste, a sanção civil é externa, de competência do Judiciário, tem natureza indenizatória, e visa à reparação do dano, e a sanção penal é também externa, aplicada pelo Judiciário, no uso do poder punitivo do Estado, e visa a defender um sistema de valores sociais reputados indispensáveis à convivência humana, pela imposição de medidas afítivas e segregadoras, consistindo numa retribuição política da sociedade contra o criminoso.

As dessemelhanças são muitas e explicam a autonomia de cada uma das espécies sancionatórias. Entretanto, esta autonomia não implica soluções absurdas, o que poderia ocorrer se ocorresse flagrante incompatibilidade entre as decisões das três esferas. Por isso,

elas são parcialmente inter-relacionadas, dada a natureza especial que assumem as formas de responsabilização penal, de modo que a decisão, em juízo criminal, a respeito da existência do fato e da autoria, vincula tanto a Administração quanto o juízo cível.

Com efeito, a condenação criminal, por ser um *plus* em relação às demais, poderá levar à aplicação das sanções administrativas e civis cabíveis; enquanto que a absolvição criminal não repercutirá nas duas outras esferas, salvo se a decisão for pela inexistência do fato ou a negação da autoria, casos que inibirão a Administração e o Judiciário de aplicar sanções com esses fundamentos fáticos.

Todas as penas disciplinares, excetuada a *demissão*, que já foi acima estudada entre os institutos que estabelecem garantias constitucionais para função pública, são todas elas de livre criação estatutária. A relação oferecida é, portanto, meramente exemplificativa: *advertência, repreensão, suspensão, multa, destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria ou cassação de disponibilidade*.

Caberá aos diversos estatutos, igualmente, ainda excetuada a demissão, que tem tratamento constitucional (CF, art. 41, § 1º, II), regularem integralmente a forma de aplicação das penas, se precedida de sindicância ou não, e o processo de alta indagação, sumário ou sumaríssimo etc.

No silêncio dos estatutos e para os efeitos de apenação do abuso de autoridade, as sanções aplicáveis serão as definidas no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 4.898, de 09 de dezembro de 1965, a saber: *advertência, repreensão, suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a 180 dias, com perda de vencimentos e vantagens; destituição de função, demissão e a demissão a bem do serviço público*, esta última qualificada sob cláusula pejorativa, que, uma vez cotada no ato demissório, cria incompatibilidade absoluta para o serviço público.

90.2. Responsabilidade civil

Devem-se distinguir duas situações especiais, no capítulo da *responsabilidade civil* dos servidores públicos, conforme tenham sido os danos causados *direta* ou *indiretamente* à Fazenda Pública.

Se o servidor causa, *diretamente*, por culpa ou dolo, dano ao erário da pessoa de direito público a que serve, tem o dever de repará-lo, como mera aplicação da regra geral de proteção patrimonial, de sede civil.

Se o servidor inflige, *indirectamente*, um prejuízo à Fazenda do ente de direito público a que serve, em razão de haver respondido objetivamente perante terceiros por danos por ele causados, nessa qualidade, a Constituição (art. 37, § 6º) lhe impõe o dever de *reembolsá-la* do que justamente pagou, desde que o servidor tenha agido, comprovadamente, com culpa ou dolo.

A referida norma constitucional, autoaplicável, institui o *direito de regresso* da pessoa

jurídica de direito público contra o servidor responsável nos casos de culpa ou dolo, tema a que se retornará no estudo da responsabilidade patrimonial do Estado.

O servidor responderá, de maneira especial, pelos danos que causar, em razão de *abuso de autoridade*, de conformidade com a Lei n.º 4.898, de 09 de dezembro de 1965 (art. 6.º, *caput* e § 2.º).

Existe, ainda, garantindo a satisfação do erário em caso de responsabilidade de certos servidores, o instituto da *hipoteca legal* à Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, sobre os imóveis dos tesoureiros, coletores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros e contratadores de renda e fiadores.

90.3. Responsabilidade criminal

Chega-se, por fim, à *responsabilidade criminal*, em caso de perpetração de *crimes funcionais*, assim definidos no Código Penal e na legislação penal extravagante.

Para os agentes políticos, há, ainda, outras figuras penais especiais, reguladas nas leis que definem os crimes de responsabilidade (Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967).

Há, portanto, *crimes comuns*, sujeitos à justiça comum, e os *crimes políticos*, ou *crimes de responsabilidade*, sujeitos, conforme a hierarquia do agente, a uma justiça especial cometida às Casas Legislativas.

Todos esses delitos são de ação pública, podendo importar, a condenação criminal, na perda do produto do crime e na obrigação de reparar o dano causado.

Vale lembrar que a expressão *funcionário público*, empregada no típico do art. 327 do Código Penal, tem, para efeitos criminais, um caráter genérico, em sinonímia com *servidor público*, no sentido lato.

91. RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Estabelecidas as *formas de responsabilidade*, deve-se agora passar aos consequentes *meios de responsabilização*, isto é, ao estudo dos atos e procedimentos disponíveis para a apuração dos fatos, formação de convicção e a aplicação de sanções pelo Estado.

Desde logo, cabe observar, conforme o exposto no item anterior, que a *responsabilização administrativa* competirá executoriamente à Administração em todos os casos; a *responsabilização civil* caberá ao Poder Judiciário, sem exceções, e a *responsabilização criminal* caberá, também como reserva constitucional, ao Judiciário, salvo nos casos de crime de responsabilidade de agentes políticos.

Esse quadro permite, então, distinguir os *meios internos* dos *meios externos* de

responsabilização, desde o ponto de vista do Direito Administrativo. São *meios internos*: o processo administrativo disciplinar e os processos e respectivos procedimentos disciplinares sumários. São *meios externos*: o processo civil ordinário, o processo preparatório de sequestro, o processo de perdimento de bens, o processo penal comum, o processo penal militar, o processo parlamentar de crime de responsabilidade, o processo penal de crime de responsabilidade, a representação de abuso de autoridade e o respectivo processo de responsabilidade penal.

91.1. Meios internos

91.1.1. Processo administrativo disciplinar

A denominação *processo administrativo*, embora genérica, para qualquer tipo de processo administrativo, encontra-se consagrada pelo uso no sentido específico, que se lhe dá em matéria disciplinar, sendo utilizada também a de *inquérito administrativo*.

É mais correto, porém, referir-se a um *processo administrativo disciplinar*, para extremá-lo das formas procedimentais judiciais e, ao mesmo tempo, para ressaltar sua finalidade disciplinar.

Os estatutos são livres para regular-lhe o procedimento, mas sempre respeitado o princípio da ampla defesa assegurado pela Constituição Federal (arts. 5.º, LV, e 41, § 1.º, II).

Esses dispositivos constitucionais, ao facultar a *ampla defesa*, impõem que o servidor tenha pleno *conhecimento dos fatos transgressivos* que lhe são imputados, das provas colhidas e das alegações aduzidas, podendo apresentar a refutação escrita, por si ou por advogado, produzir provas, bem como usar de recursos. O referido art. 5.º, LV, ainda é peremptório no estabelecimento dessa garantia, ao destacar o *contraditório* e o uso dos meios e recursos implícitos na ampla defesa.

Theoricamente, o processo administrativo disciplinar, a ser instituído por qualquer estatuto, deverá ter o seguinte procedimento mínimo:

- 1.º) *instauração* – ato de competência do superior hierárquico do infrator, com a descrição da falta e a designação do órgão encarregado do procedimento, que deverá ser, em geral, um órgão colegiado, tal como uma *comissão de inquérito*, constituída por servidores estáveis, de nível igual ou superior ao do indigitado;
- 2.º) *instrução* – atos constantes no recolhimento de provas através de autos de depoimentos, diligências, assentadas, juntadas e outros;
- 3.º) *citação* – chamamento do servidor público indigitado ao processo;
- 4.º) *defesa* – apresentação de peças contraditórias, que poderá se reduzir à contestação do servidor ou abranger outras diligências por ele solicitadas;
- 5.º) *relatório* – é o *ato final do processo*, no qual se resumem os trabalhos realizados, narrando os membros da comissão o que apuraram e sua opinião, indicando, se o

caso, a norma violada e a sanção aplicável, sob a forma de um *parecer*, dirigido à autoridade competente para aplicar a pena que, em se tratando de demissão, deverá ser o Chefe da Administração.

Sublinhe-se que o ato final do processo administrativo disciplinar não é a *decisão*, mas o *relatório*; decisório é o ato de *demissão* ou, alternativamente, o que ordena o *arquivamento* do processo e são autônomos, embora devam ser consequentes do processado e devidamente motivados (princípio implícito no referido art. 5.º, LV).

No caso de omissão estatutária em matéria de inquérito administrativo, a legislação federal sobre abusos de autoridade (Lei n.º 4.898, de 09 de dezembro de 1965) estabelece a supletividade da Lei n.º 1.711, de 28 de dezembro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), arts. 219 a 225. Com sua revogação, pelo art. 253, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a remissão passa a ser aos arts. 143 a 182, que estabelecem o processo administrativo disciplinar do antigo regime jurídico único para a União, observados os condicionantes constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV).

91.1.2. Processos disciplinares sumários

Para a aplicação de qualquer pena disciplinar que não a de demissão, os procedimentos administrativos deverão adotar o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5.º, LV) e poderão admitir o impulso da parte, se o legislador achar conveniente. A partir do procedimento básico estudado, encontram-se vários tipos de simplificação teoricamente possíveis, e, em consequência, inumeráveis tipos de procedimentos sumários, que recebem diversas denominações nos estatutos, tais como: sindicância, inquérito sumário, averiguação, auto de infração etc.

Duas tendências estão, porém, consolidadas no texto constitucional de 1988: a adoção do *contraditório geral* e a da obrigação de *motivar*. Ocioso apontar o que representam ambas, como aperfeiçoamento institucional, tendo em vista o controle de legalidade (CF, art. 5.º, LV, e art. 93, X, por extensão).

91.1.3. Representação administrativa sobre improbidade

A Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, institui esta modalidade de controle difuso de provação, aberta a qualquer pessoa que tenha conhecimento de prática de *ato de improbidade*, devendo ser processada na forma nela disposta (arts. 14 e 15). À representação, se considerada procedente, seguir-se-ão os meios externos, também previstos e adiante referidos.

91.2. Meios externos

91.2.1. Processo civil ordinário

Embora um meio inespecífico, esse é, contudo, o que permite a mais profunda indagação e se presta às modalidades de contencioso indenizatório regressivo autônomo da Fazenda Pública contra o servidor, sempre dependente de prova da culpa.

91.2.2. Processo preparatório de sequestro

Precede ao *perdimento de bens*, este meio específico de responsabilização de natureza administrativa, mas que se processa perante o Judiciário (juiz do cível), regulado pela Lei n.º 8.429, de 2 de fevereiro de 1992, com o rito disposto nos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil.

Uma vez efetivado o *sequestro*, deverá a Fazenda ou o Ministério Público propor a ação principal de perdimento de bens, dentro de 30 dias, sob pena de caducidade da medida (art. 17, leg. cit.).

Há previsão de *autoria popular supletiva*, tanto para esta medida, quanto para a ação de perdimento.

91.2.3. Processo de perdimento de bens

Regulado no mesmo diploma que trata do processo preparatório de sequestro, citado na alínea anterior, o processo de perdimento de bens segue o rito ordinário (art. 530-G do Código de Processo Penal – incluído pela Lei n.º 10.695, de 1.º de julho de 2003) e tem por objetivo a decretação da perda de bens sequestrados em favor da pessoa administrativa autora.

91.2.4. Processo penal comum

É o meio ordinário de perfazer-se a responsabilização criminal do servidor. Rege-se pelo Código de Processo Penal, e, uma vez transitada em julgado a *condenação*, dela passam a advir consequências colaterais e acessórias: perda da função pública, incapacidade temporária para a investidura em função pública, perda do produto e dos instrumentos do crime, e a obrigação de indenizar o dano causado.

91.2.5. Processo parlamentar de crime de responsabilidade

Distinguem-se quatro subespécies deste processo especialíssimo, através do qual as casas legislativas competentes instauram, conhecem e julgam processos por crimes de natureza política, cuja autoria só pode recair em altos agentes políticos. Não é, assim, um meio de responsabilização geral do servidor, convindo mencioná-lo aqui por considerações sistemáticas.

A primeira subespécie é a que regula o processo e o julgamento do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, perante o Senado Federal, em crimes da mesma natureza e conexos.

A segunda subespécie regula o processo e o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, também no Senado Federal.

A terceira subespécie regula a denúncia, a acusação e o julgamento dos Governadores e Secretários de Estado, que se processarão perante as respectivas Assembleias Legislativas, de acordo com a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, nos seus arts. 75 a 79, salvo se outras forem as prescrições das normas constitucionais de cada Estado-Membro às quais se acrescentam, por simetria principiológica, os Procuradores-Gerais dos Estados.

A quarta subespécie é o processo que regula a apuração e punição das infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais, previsto nos arts. 4.º e 5.º do Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

91.2.6. Processo penal de crime de responsabilidade

Nem todos os crimes de responsabilidade, não obstante sua natureza político-administrativa, são julgados pelas Casas Legislativas; na verdade, o privilégio é absoluto apenas, União, para o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União e, nos Estados e Distrito Federal, para os Governadores.

Os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, na União, e os Secretários de Estado, nos Estados-membros e no Distrito Federal, só terão foro privilegiado quando os crimes que se lhes forem imputados tiverem conexão, respectivamente, com os do Presidente e do Governador a quem auxiliam.

Os Prefeitos, conforme a natureza da infração, serão julgados pela Câmara de Vereadores ou pelo Poder Judiciário ou por ambos; a natureza da sanção, entretanto, diferirá, pois a Câmara se limita a cassar o mandato, ao passo que o Poder Judiciário poderá aplicar pena constitutiva de liberdade, além de multa, perda de mandato e imposição de impedimento para o serviço público durante cinco anos.

Para todos os *crimes de responsabilidade* em que não haja privilégio do foro político, acusação, denúncia e julgamento dar-se-ão no Judiciário, mediante processos previstos nos regimentos internos dos respectivos Tribunais competentes e no Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, na forma de seu Regimento, processar e julgar originariamente os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da

Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, c).

Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar nos crimes de responsabilidade os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (CF, art. 105, I, a).

Compete aos Tribunais de Justiça dos Estados, na forma das respectivas Constituições, processar e julgar originariamente, nos crimes de responsabilidade, os Secretários de Estado, quando não houver conexão com o praticado pelo Governador, e, por simetria constitucional inafastável, os membros do Tribunal de Alçada (quando existir), os juízes de inferior instância, os membros das carreiras que desempenham funções essenciais à justiça.

Compete à Justiça comum, federal ou estadual, conforme o caso, e respeitada a dupla instância, o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelos Prefeitos Municipais, sejam de Municípios dos Estados-Membros, sejam dos Territórios, nas hipóteses previstas no art. 1º do Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967; o processo é o comum, com as modificações estabelecidas no art. 2º da mesma Lei.

91.2.7. Petição contra ilegalidade ou abuso de poder

Este meio de responsabilização, de assento constitucional (CF, art. 5º, XXXIV, a), se destina especialmente à repressão do *abuso de poder*.

O conceito jurídico de *abuso de autoridade*, da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulamentou a garantia constitucional (que no texto anterior era o art. 153, § 3º), não deve ser confundido com o *abuso de poder*, referido nos dispositivos que tratam do instituto do mandado de segurança. Teoricamente, nenhuma distinção se faria, já que ambos guardam sinonímia, mas enquanto a conceituação do abuso de poder continua ao sabor do intérprete e da doutrina, como entendem administrativistas e processualistas, a de abuso de autoridade se positivou.

Não obstante, o rol existente nos arts. 3º e 4º da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, dos típicos de abuso de autoridade, resta, ainda, amplo campo ao intérprete, tal a generalidade das hipóteses.

A representação, do ponto de vista de sua provocação, é sempre um meio externo, mas a autoridade provocada é interna, em relação à Administração, pois deverá ser ou o superior hierárquico da autoridade indigitada ou o órgão do Ministério Público competente para contra ela iniciar processo-crime.

A representação visa ao *encaminhamento* de um dos meios já estudados: processo

administrativo (art. 7.º), ação civil (art. 6.º), ou da ação penal especial (art. 12); a falta de representação, entretanto, não obsta a iniciativa ou curso desta ação.

91.2.8. Processo de responsabilidade penal nos casos de abuso de autoridade

Meio de responsabilização definido na mencionada Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, poderá resultar ou não diretamente da representação examinada na alínea anterior.

Apresentada a denúncia pelo Ministério Pùblico, independente da representação da possível vítima do abuso de autoridade, o processo toma o rito definido nos arts. 12 a 28 desse Diploma, admitindo-se os recursos previstos na legislação processual penal comum.

A sanção penal aplicável sê-lo-á de acordo com as regras do Código Penal e, além de multa e detenção, poderá ter consequências nitidamente administrativas, quais sejam: a perda do cargo, a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública e, quando se tratar de autoridade policial, civil ou militar, o impedimento de exercício de funções desta natureza, no município onde tiver ocorrido o fato, por prazo de um a cinco anos.

Seção II REGIME ESTATUTÁRIO MILITAR

92. GENERALIDADES DO REGIME ESTATUTÁRIO MILITAR

São *militares* os membros das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica no plano da União (CF, art. 142, *caput*) e os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, no plano dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42, *caput*).

A todos os *militares* aplicam-se os princípios e normas do art. 142, §§ 2.º e 3.º, da Constituição, sintetizados nos seguintes itens:

92.1. Estatuto das corporações militares

A *lei federal* disporá, em *estatuto próprio*, sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra (CF, art. 142, § 3.º, X).

Lei estadual específica caberá dispor sobre essas mesmas matérias estatutárias para os respectivos militares (CF, art. 42, § 1.º).

92.2. Patentes militares

Patente é o conjunto de título, de prerrogativas, de direitos e de deveres dos postos hierárquicos do oficialato das corporações militares. A Constituição assegura-a, em plenitude, aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes (CF, art. 142, § 3.º, I).

A perda da *patente* só poderá ocorrer se seu titular for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra (CF, art. 142, § 3.º, VI).

A condenação em tribunal civil ou militar, de pena restritiva de liberdade superior a dois anos, transitada em julgado, submeterá o oficial ao referido julgamento especial de indignidade e de incompatibilidade com o oficialato (CF, art. 142, § 3.º, VII).

As patentes dos oficiais das corporações militares estaduais serão conferidas pelos respectivos Governadores (CF, art. 42, § 1.º).

92.3. Proibição absoluta de acumular

O militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil *permanente* será *transferido para a reserva*, nos termos da lei (CF, art. 142, § 3.º, II).

Se a posse se der em cargo, emprego e função pública civil *temporária*, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará *agregado* ao respectivo quadro, o que importa em contar tempo de serviço apenas para promoção por antiguidade e para a transferência para a reserva e, apenas, durante dois anos de afastamento contínuo, findado o qual, será transferido para a inatividade (CF, art. 142, § 3.º, III).

92.4. Proibição de sindicalização e de greve

O serviço nas corporações militares, fundadas na hierarquia e na disciplina (CF, art. 142, *caput*), é incompatível com a *sindicalização* e a *greve*, vedadas, por isso, expressamente (CF, art. 142, § 3.º, IV).

92.5. Proibição de filiação a partidos políticos

Embora os militares possam alistar-se e exercer o direito de voto, com exceção dos conscritos, no período do serviço militar obrigatório (CF, art. 14, § 2.º), lhes está vedada a *filiação a partidos políticos* e, em consequência, ao exercício da militância política, enquanto em serviço ativo de sua respectiva corporação (CF, art. 142, § 3.º, V).

92.6. Habeas corpus

Descabe *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares (CF, art. 142, § 2.º).

92.7. Proventos e pensões

Proventos e pensões militares obedecerão ao regime estabelecido no art. 40, §§ 7.º e 8.º, da Constituição, por remissão de seu artigo 142, IX (conforme Emenda n.º 41 de 2003).

92.8. Teto remuneratório, vedação de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias, inacumulabilidade de acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos ulteriores e irredutibilidade remuneratória

Estende-se aos militares as vedações estabelecidas no art. 37, XI, XIII e XIV e a garantia do inciso XV da Constituição (CF, art. 142, § 3.º, VIII).

92.9. Direitos sociais

São também extensivos aos militares os direitos sociais instituídos no art. 7.º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV da Constituição (CF, art. 142, § 3.º, VIII).

93. ORGANIZAÇÃO MILITAR

93.1. Fundamentos da organização militar

Os quadros, corpos e organizações militares das Forças Armadas estão estruturados sobre sólidos fundamentos *hierárquicos* e *disciplinares*, conforme o princípio constitucional do art. 142, dentro do Poder Executivo e sob a autoridade suprema do Presidente da República.

A *hierarquia militar* é, nos termos dos Estatutos dos Militares, “a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas”, perfazendo-se tal ordenação por postos e graduações e, no mesmo nível, pela antiguidade no posto ou na graduação (Leg. cit., art. 14, § 1.º).

A *disciplina militar* vem a ser “a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo” (Leg. cit., art. 14, § 2.º).

Os *postos e graduações*, acima referidos, são *graus hierárquicos*; os primeiros, de oficiais, conferidos por ato presidencial ou de Ministro Militar e confirmados em Carta Patente, e os segundos, de praças.

A *escala hierárquica* se subdivide em círculos, ou âmbitos de convivência. São dois os principais círculos: de *oficiais* e de *praças*. Em escala descendente, o círculo de oficiais abrange o círculo de *oficiais-generais*, o círculo de *oficiais superiores*, o círculo de *oficiais*

intermediários e o círculo de oficiais subalternos; o círculo de praças se subdivide em círculo de suboficiais, subtenentes e sargentos e círculo de cabos.

As *praças especiais* têm tratamento diferenciado; são os militares que terminam com aproveitamento ou cursam os diversos estabelecimentos de formação militar, distinguindo-se os que se preparam para o oficialato, da ativa ou da reserva, e os que se preparam para a graduação de sargento ou para serem praças da reserva.

Os postos e graduações da escala hierárquica constavam de tabela anexa à Lei n.º 5.774, de 28 de dezembro de 1971, mas com a sua revogação, o tema passou a ser disciplinado pela Lei n.º 6.880, de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares; para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, excluem-se os postos correspondentes ao círculo dos oficiais-generais, seguindo-se, com as necessárias adaptações, os postos e graduações da Força Terrestre.

Nas organizações militares existem também *cargos e funções*, com as características gerais semelhantes às já estudadas e apresentando a peculiaridade de só poderem ser exercidos por militares em serviço ativo.

O regime estatutário militar especifica, em títulos distintos e com ênfase e minudência, as obrigações, deveres, direitos e prerrogativas castrenses.

As *obrigações* são: (1) o *valor militar*, manifestado pelo patriotismo, pelo civismo, pela fé na missão das Forças Armadas, pelo espírito de corpo, pelo amor à profissão e pelo empenho em aprimorar-se, e (2) a *ética militar*, expressa numa série de recomendações de conduta pessoal.

Os deveres, especificados em lei, “emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço”. Os *direitos* dizem respeito à vitaliciedade especial do oficialato, à estabilidade da praça com mais de 10 anos de serviço, ao uso das designações hierárquicas, à ocupação de cargo correspondente ao posto ou graduação, à percepção de remuneração e adicionais, à contribuição da pensão militar, à promoção, à transferência, às férias, à demissão e licenciamento voluntário, ao porte de armas, tudo na forma da lei; as *prerrogativas* se referem ao uso de títulos, uniformes, distintivos, insignias e emblemas militares, às honras, tratamento e sinais de respeito, à prisão e ao foro especial (nos crimes militares).

Em razão do rígido sistema de hierarquia e disciplina, às obrigações e deveres correspondem severos regimes disciplinar e penal; a responsabilização interna poderá levar até a aplicação de penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão, com o privilégio de executoriedade, até 30 dias (Estatuto, art. 47, § 1.º), sem controle judicial pela via do *habeas corpus* (CF, art. 142, § 2.º); e a responsabilização externa, a cargo dos tribunais e juízes militares (CF, arts. 122 a 124), abrangerá os casos de prática de ilícitos tipificados como crimes militares (CPM).

Acrescente-se a esses conceitos a lembrança de que o *serviço militar* é obrigatório nos termos da lei (CF, art. 143), atualmente a Lei n.^o 4.375, de 17 de agosto de 1964, consistindo no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas e compreendendo todos os encargos relacionados com a defesa nacional. A Lei n.^o 8.239, de 04 de outubro de 1991, instituiu *serviço alternativo* aos que, em tempo de paz, depois de alistados, alegarem imperativo de consciência para eximirem-se de atividades de caráter eminentemente militar (CF, art. 143, § 1.^º) bem como as mulheres e os eclesiásticos em tempo de paz, aos quais se atribuirão *outros encargos* (CF, art. 143, § 2.^º).

93.2. Peculiaridades do regime estatutário militar

O *regime estatutário militar federal* é definido basicamente pelos dispositivos constitucionais examinados e pelo Estatuto dos Militares (Lei n.^o 6.880/1980).

O *regime estatutário militar estadual* é definido, basicamente, pela União, no Decreto-lei n.^o 667, de 2 de julho de 1969, tendo em vista a competência fixada no art. 22, XXI, da Carta Magna, e, especificamente, nas Constituições e legislações estatutárias estaduais.

Os regimes se diferenciam, tendo em vista a destinação constitucional e legal de cada corporação militar de que se trate.

No plano federal, são corporações militares as *Forças Armadas*, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, instituídas em caráter nacional, permanente e regular pela Constituição (art. 142, *caput*), destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

No plano estadual, são corporações militares as *Polícias Militares* e os *Corpos de Bombeiros Militares*, como instituições armadas nacionais de definição concorrente, federal e estadual (CF, arts. 22, XXI; 42 e 144, §§ 5.^º e 6.^º), sendo que às Polícias Militares, forças auxiliares e reserva do Exército cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; e aos Corpos de Bombeiros Militares, a defesa civil, pelo salvamento de vidas humanas e de bens, e outras atividades na forma da lei, sob a autoridade, ambas, dos Governos dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios (CF, art. 144, § 5.^º).

São destacados, a seguir, alguns aspectos peculiares do *regime estatutário militar*, que são comuns a todas essas corporações, a partir do paradigma federal.

93.2.1. Atividade e inatividade

A primeira distinção a fazer diz respeito à *situação*. Os militares se classificam em *ativos* e *inativos*.

Estão na *ativa*, os militares de carreira, os incorporados às Forças Armadas para prestação do serviço militar, os reservistas quando convocados ou mobilizados, os alunos de órgãos de formação de militares da ativa e da reserva e, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro

mobilizado. Estão na *inatividade* os militares da reserva remunerada ainda convocáveis e mobilizáveis, e os militares reformados, dispensados definitivamente da prestação de serviço na ativa.

93.2.2. Ingresso e egresso

O ingresso nas Forças Armadas se dá mediante *incorporação*, *matrícula* ou *nomeação*. A *incorporação* é o ingresso dos conscritos para prestação do serviço militar; a *matrícula* é o ingresso em instituições de formação militar e a *nomeação* é o ingresso por decreto, mediante indicação do Ministro da Força interessada, de cidadão qualificado.

O desligamento ou exclusão do serviço ativo se dá pelas seguintes formas: *transferência para a reserva remunerada*, *reforma*, *demissão*, *perda do posto e da patente*, *licenciamento*, *anulação de incorporação*, *desincorporação*, *exclusão a bem da disciplina*, *deserção*, *falecimento* e *extravio*. A exclusão ou desligamento por demissão, licenciamento, anulação de incorporação e desincorporação transferem o militar para a reserva.

A *transferência para a reserva remunerada*, bem como a *reforma*, passam o militar à inatividade, com as características acima definidas.

A *demissão* se aplica exclusivamente aos oficiais; será a pedido, tratando-se, no caso, de uma exoneração, ou *ex officio*, se o militar for empossado em cargo público permanente, estranho à sua carreira e cuja função não seja de magistério.

A *perda do posto e da patente* ocorre quando o oficial for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

O *licenciamento*, aplicável a oficiais da reserva e praças, também poderá se dar a pedido e *ex officio*. A pedido, se o militar houver servido por um tempo mínimo (oficial da reserva: seis meses, e praça engajada ou reengajada: metade do tempo de serviço a que se obrigou); *ex officio*, por conclusão de tempo de serviço ou de estágio, por conveniência do serviço e a bem da disciplina.

A *anulação da incorporação* e a *desincorporação* são institutos aplicáveis às praças, consistindo na interrupção do serviço militar e consequente desligamento, nos casos previstos na legislação específica (Lei do Serviço Militar – Lei n.º 4.375, de 17 de agosto de 1964).

A *exclusão a bem da disciplina* é penalidade aplicável a Guarda-Marinha, Aspirante a Oficial ou às praças com estabilidade assegurada, em hipóteses disciplinares.

A *deserção* não é propriamente uma figura autônoma de desligamento ou exclusão do serviço ativo, mas um tipo qualificado de demissão, para o oficial, e de exclusão do serviço ativo, para a praça.

O *extravio*, desaparecimento do militar, importará no seu afastamento temporário e, passados seis meses, no desligamento do serviço ativo.

Tanto o militar condenado por sentença definitiva a quaisquer das penas previstas no Código Penal Militar, como aquele que tiver sido excluído ou licenciado a bem da disciplina, poderão ter seus antecedentes cancelados por via da *reabilitação*, prevista na legislação penal militar, processual penal militar e disciplinar.

Seção III

REGIME DE NATUREZA ADMINISTRATIVA CONTRATUAL E TEMPORÁRIO

94. CONTRATADOS POR TEMPO DETERMINADO

O s *contratados por tempo determinado* são servidores públicos que contraem com a Administração um vínculo bilateral, para atender a necessidades *temporárias de excepcional interesse público*, na forma da lei que regule essa modalidade contratual pública (CF, art. 37, IX).

Essa contratação tem *natureza administrativa* e, por isso, a lei que a instituir é de competência de cada entidade política (CF, art. 18, *caput*).

Na União esse vínculo excepcional de serviço público ficou disciplinado na Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.849, de 26 de outubro de 1999, que define o conceito de *necessidade temporária de excepcional interesse público* para efeitos desse recrutamento extraordinário de servidores (art. 2.º), nas seguintes situações:

- I – assistência a situações de calamidade pública;
- II – assistência a emergências em saúde pública;
- III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;
- IV – admissão de professor substituto e professor visitante;
- V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- VI – atividades especiais definidas em onze alíneas;
- VII – admissão de professor, pesquisador e tecnólogos substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo, ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação (incluído pela Lei n.º 10.973, de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências).

As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos variáveis conforme os casos acima, oscilando entre seis meses a quatro anos, no máximo.

Os contratos celebrados se extinguem sem direito a indenizações, pelo término do respectivo prazo, por iniciativa do contratado, pela extinção ou conclusão do projeto ou por conveniência administrativa.

A extinção por iniciativa do contratado ou por extinção ou conclusão do projeto deve ser precedida por comunicação, com antecedência mínima de trinta dias. Se for por iniciativa da Administração, não precisará haver denúncia prévia, mas importará na indenização correspondente à metade do que caberia ao contratante até o término normal do contrato.

Seção IV **REGIME DE NATUREZA TRABALHISTA**

95. CONTRATADOS TRABALHISTAS

Esta última categoria congrega os *empregados públicos*, que são aqueles servidores públicos que mantêm um *contrato de trabalho* com as entidades da Administração direta e indireta (CF, art. 37, I).

A esses servidores se aplicam os princípios e preceitos constitucionais do *regime trabalhista* comum, basicamente os estabelecidos no art. 7º da Constituição e nas leis trabalhistas, com as ressalvas e exceções a seguir anotadas.

Essas peculiaridades não chegam a desfigurar a relação trabalhista senão que, apenas tipificam o que se poderia denominar de uma *relação trabalhista do emprego público*.

1 . *Acesso legal* universal para os brasileiros e para os estrangeiros na forma da lei e exigência da *primeira investidura* por concurso público de provas e de provas e títulos (CF, art. 37, I e II).

2 . *Prazo de validade do concurso* fixado em dois anos, prorrogável uma vez por igual período, com direito de prelazia do aprovado sobre novos concursados, para assumirem o emprego (CF, art. 37, III e IV).

3 . *Reserva de percentual de empregos públicos* para deficientes físicos, com definição especial de critérios para sua admissão (CF, art. 37, VIII).

4 . *Teto remuneratório*, salvo para os empregados das sociedades de economia mista, empresas públicas e subsidiárias que não recebam recursos públicos para pagamentos de despesas de pessoal e de custeio em geral (CF, art. 37, XI, c/c o § 9º).

5 . *Vedaçāo de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias* (CF, art. 37, XIII).

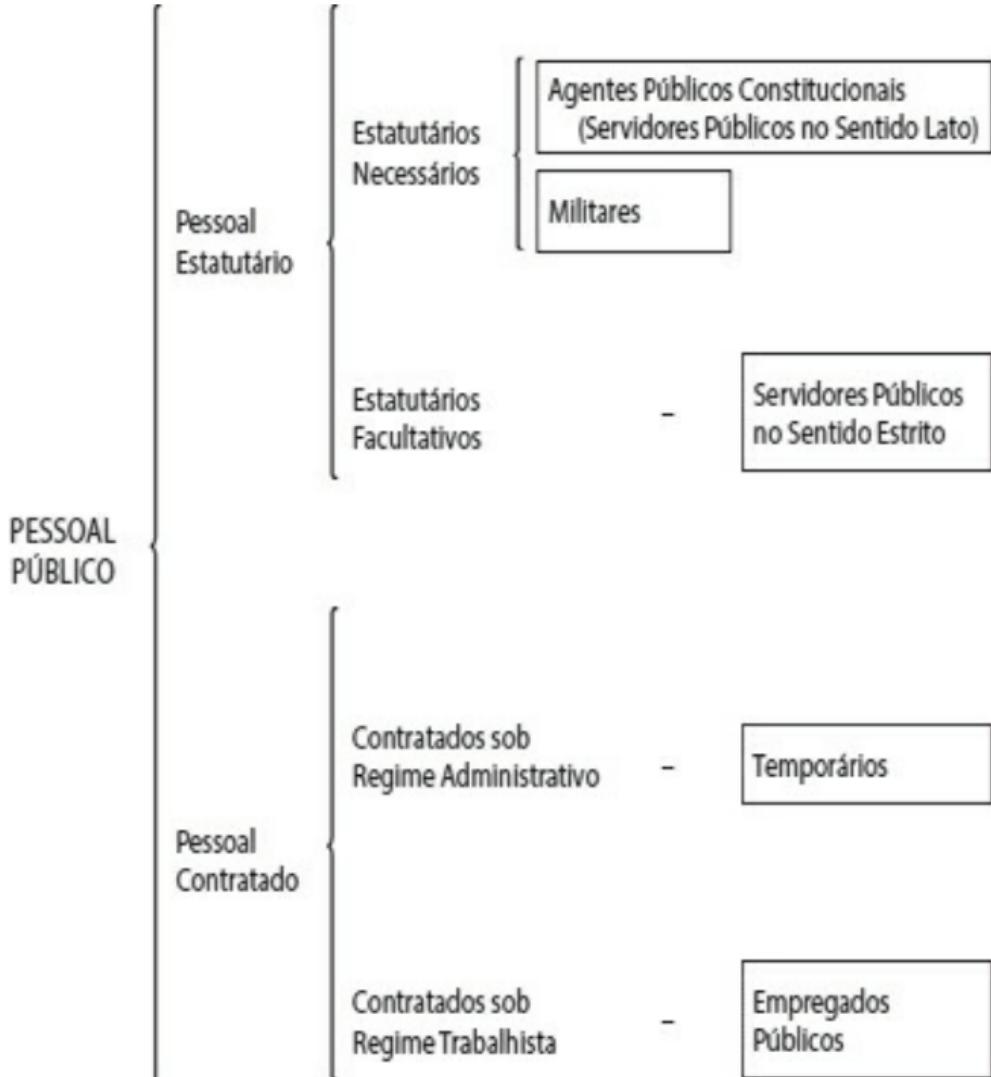
6 . *Vedaçāo de computação de acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos posteriores* (CF, art. 37, XIV).

7. Irredutibilidade dos salários públicos (CF, art. 37, XV).
8. Vedaçāo de acumulaçāo remunerada (CF, art. 37, XVI e XVII).
9. Submissão ao regime especial de responsabilidade perante os usuários na administração pública (CF, art. 37, § 4.º).
10. Restrições em razão de informações privilegiadas (CF, art. 37, § 7.º).
11. Extensão de remuneração especial, estabelecida por lei, como incentivo à eficiência, em caso de contrato de gestão visando à ampliação da autonomia gerencial orçamentária e financeira do órgão ou entidade empregadora (CF, art. 37, § 8.º) e em caso de economia de despesas correntes (CF, art. 39, § 7.º).
12. Disciplina especial em caso de exercício de mandato eletivo de empregado público (CF, art. 38).
13. Publicidade anual dos salários (CF, art. 39, § 6.º).

O regime do *emprego público*, do pessoal da Administração federal direta, autárquica e das fundações com personalidade jurídica de direito público, está disciplinado na Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, remetendo-se, basicamente, à Consolidação das Leis Trabalhistas.

Relativamente à segurança de *emprego*, a Lei limita, a quatro hipóteses, a rescisão do contrato trabalhista com o Poder Público (art. 3.º, leg. cit.): *acumulação ilegal*, redução do quadro de pessoal por excesso de despesas e *insuficiência de desempenho* (v. quadro XIX).

QUADRO XIX – PESSOAL PÚBLICO



Seção I
DOMÍNIO DO ESTADO

96. CONCEITOS BÁSICOS SOBRE O DOMÍNIO DO ESTADO E OS REGIMES JURÍDICOS DE BENS

O conceito de Estado não prescinde do seu elemento *físico*, que é o âmbito territorial no qual vige sua ordem jurídica soberana, *insubmetida*, por definição, a qualquer outra.

Concebem-se dois aspectos na *soberania*: a que se projeta sobre as *pessoas* – o *poder de império*, e a incidente sobre os *bens* – o *poder de domínio* do Estado (v. quadro XX).

QUADRO XX – DOMÍNIO PÚBLICO

DOMÍNIO PÚBLICO EMINENTE		
Domínio Privado	Domínio Público Patrimonial	Res Nullius

96.1. Domínio eminent e soberania

Do exposto deflui o conceito de *domínio eminent*, associado ao exercício da soberania, que consiste na *disposição estatal sobre todos os bens em seu território ou que, de alguma forma, estejam institucionalmente sujeitos à sua ordem jurídica*.

Esse exercício, todavia, *não é absoluto*, manifestando-se tanto na extensão materialmente possível quanto sob os limites juridicamente estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, o que equivale dizer que o *domínio eminent* é um *conceito político*, inerente ao poder soberano, mas o seu *exercício* é um *conceito jurídico*, e não de fato, pois depende apenas da *definição legal* que lhe for atribuída *in abstractu* na ordem jurídica.

96.2. Propriedade

Outro importante conceito político a ser considerado no estudo do *domínio do Estado* é o enquadramento da *propriedade privada*, entendida como uma *expressão da liberdade humana de dispor amplamente dos frutos do trabalho criativo e produtivo*, mas que, do mesmo modo, encontra o seu *exercício limitado e condicionado* pelos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sintetizados no atendimento de sua *função social*.

Assim é que o direito brasileiro reconhece e garantir *direito de propriedade* como o *modo mais extenso de disposição privada sobre bens*, tal como vem garantido no art. 5.º, XXII, da Constituição, que estabelece, neste mesmo e em outros dispositivos, os limites sob os quais pode ser exercido com submissão à sua *função social*, justificando as atividades estatais que instituirão e aplicarão as *limitações e condicionamentos da propriedade* a partir do domínio eminente.

96.3. Fundamentos do regime geral de bens

Coincidem, destarte, sobre os bens, *duas ordens de domínio*, ambas *pré-constitucionais*, mas de diferente natureza jurídica: (1) a *propriedade*, que fundamenta o *domínio privado*, corolário da personalidade e da liberdade individual, reconhecida entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, e (2) o *domínio eminentí*, como lídima derivação da *soberania*, que, por isso, Nicola Matteucci conceituou como uma espécie de *concentração última de poder de comando* numa sociedade política; um fato que o distingue das inúmeras espécies de *poder concentrado*, tais como encontradas em outras associações humanas. Assim, embora ambos os conceitos tenham idênticas raízes no fenômeno antropológico do *poder*, apresentam a sua distinção jurídica na *insubmissão soberana* própria do domínio eminentí.

Em razão dessa superposição e da coexistência de ambos os *regimes constitucionais dominiais* – o público e o privado – o *exercício* dos direitos decorrentes da propriedade privada deve compatibilizar-se com o exercício estatal de seus poderes jurídicos moderadores, implícitos no domínio eminentí.

96.4. Domínio público patrimonial

Após afirmar o reconhecimento da *propriedade privada* como viga mestra de uma sociedade livre e competitiva, a Constituição, para instrumentar os serviços prestados pelo Estado, também *reserva o domínio direto e a plena e imediata disposição* sobre inúmeros bens, móveis e imóveis, como se fora uma “*propriedade pública*”, instituindo a categoria constitucional do *domínio público patrimonial*.

Permanecem, ainda aqui, inconfundíveis, o referido duplo regime incidente sobre os bens: o relativo ao *domínio privado* – de natureza social, preeexistente ao Estado, *reconhecido constitucionalmente e disciplinado* pelo Direito Privado – e o *domínio público patrimonial* – de

natureza estatal, *instituído* constitucionalmente e regrado pelo Direito Administrativo, ambos destinados, não obstante, como se desenvolverá, a cumprir diferentes finalidades em uma sociedade juspoliticamente organizada.

96.5. Res nullius

Finalmente, a ordem jurídica distingue ainda uma *terceira categoria* de bens, sobre os quais o Estado ou não pode ou não quer reconhecer, nem instituir qualquer tipo amplo de disposição, seja pública ou privada: são as *res nullius*, ou seja, coisas de ninguém.

Nesta terceira categoria incluem-se os *bens inapropriáveis* e os *bens condicionadamente apropriáveis*.

Os *bens inapropriáveis* se subdividem em dois tipos: as *res nullius de fato, fisicamente inapropriáveis*, como a coluna de ar atmosférico, a luz solar, as massas oceânicas, o magma central etc., e as *res nullius de direito, juridicamente inapropriáveis*, como o cadáver humano, o espaço exterior, as águas comuns, o nome, a obra intelectual após o decurso de prazos legais de proteção etc.

As *res nullius*, consideradas *condicionadamente apropriáveis*, são todos os bens, materiais e imateriais, que poderão ser objeto de *apropriação originária* sob um regime jurídico especial, que poderá ser tanto de Direito Privado – exemplo: invenção de tesouro, usucapião etc. – como de Direito Público – exemplo: captura de animais selvagens caçados ou pescados, captação direta de águas pluviais, geração de energia a partir de potencial de energia renovável etc.

97. MANIFESTAÇÃO DO DOMÍNIO EMINENTE

O *domínio eminentíssimo*, como aspecto da soberania, incide sobre todos os bens que constituem o território do Estado ou que a ele se integrem ou se lhe adiram, mas se manifesta diferentemente sobre cada uma das três referidas categorias de bens: os *bens públicos*, os *bens privados* e os *bens de ninguém*, ou *res nullius*.

Sobre os *bens públicos*, que constituem o *domínio público patrimonial*, o domínio eminentíssimo se patenteia pelo estabelecimento de um *regime público dominial* especial, de competência de cada entidade política federativa.

Sobre os *bens privados*, que constituem o *domínio privado*, o domínio eminentíssimo se revela pelas regras de Polícia, que limitam o exercício de direitos inerentes à propriedade privada, ou pelas normas do Ordenamento Econômico, que alteram a disposição e a destinação utilitária desses bens.

Em ambos os casos, qualquer *intervenção do Estado sobre a propriedade privada* (que poderá ser exercida em amplíssimo espectro, que vai desde a ocupação temporária à

desapropriação), só se justificará em estrita submissão ao binômio: *lei – interesse público*.

Assim, o Direito Privado regula *ordinariamente* a propriedade privada, sempre e quando apenas interesses privados estejam em jogo, enquanto, o Direito Público regula *extraordinariamente* a propriedade privada, sempre e quando se revele algum aspecto de interesse público que, através dela, deva ser atendido.

Finalmente, sobre os *bens adéspotas*, as *res nullius*, tanto as insujeitáveis como as insujeitadas ao domínio público patrimonial ou ao domínio privado, o Estado exerce ainda o seu domínio eminentíssimo pela *imposição de regimes especiais*, que disciplinam ou a sua apropriação ou a sua utilização, como o são os regimes das águas, do subsolo, da energia, do espaço aéreo, da fauna e da flora, a serem estudados adiante, no Capítulo XVII, dedicado ao Ordenamento Econômico.

Não há que confundir, portanto, esta expressão – *domínio eminentíssimo* – designativa de um aspecto ou faceta do poder do Estado exercitável sobre quaisquer bens sob sua soberania, com a expressão *domínio público patrimonial*, que designa uma relação especial desta entidade sobre determinados bens – os *bens públicos* – conceituados como *aqueles que estão sob sua direta e mais ampla disposição para atender, efetiva ou potencialmente, a finalidades públicas*.

O *domínio eminentíssimo*, que, na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, é o desdobramento político do conceito de *domínio público*, por ser uma expressão da soberania, está compartilhado entre todas as entidades políticas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 18) – que o exercem na medida de suas respectivas competências constitucionalmente previstas.

98. BENS PÚBLICOS E SUAS CLASSIFICAÇÕES

Para cumprir sua destinação política, o Estado necessita da disposição de *bens* de toda natureza, à semelhança da que têm os particulares sobre os de seu próprio patrimônio privado. Assim, os bens, que foram, são ou serão confiados ao Estado para atender a algum fim político, conformam o *domínio público patrimonial* em sentido estrito, ou, abreviadamente, constituem o *domínio público*.

Todavia, como já ressaltado, o Estado não exerce sobre esses bens um direito de *propriedade*, tal como o instituído no Direito Privado, com a extensa e amplíssima disponibilidade que a caracteriza. Ao contrário, o vínculo, que relaciona o *bem público* ao Estado tem outra natureza, que é definido e densamente regulado em suas grandes linhas, pela Constituição Federal, pelas Constituições e Leis Orgânicas e, detalhadamente, pelas leis administrativas dos três graus federativos.

É que esses bens, que conformam o *domínio público*, designados como *bens públicos*, estão vinculados ao atendimento de *finalidades públicas* confiadas à administração da União,

dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e apenas para a consecução dos respectivos fins se encontram disponíveis.

98.1. Princípio da indisponibilidade dos bens públicos

Como corolário da afirmação do parágrafo acima, para quaisquer outras finalidades, não importa quais sejam e que relevância metajurídica possam conjunturalmente apresentar, os bens públicos são *indisponíveis*. Tem-se, portanto, aqui caracterizado, o *princípio setorial da indisponibilidade dos bens públicos*, como norma cardeal em tema de dominialidade pública, só comportando exceções desde que previstas explicitamente em lei.

O *princípio da indisponibilidade dos bens públicos* se situa em oposição conceitual simétrica ao *princípio da disponibilidade dos bens privados*. Assim, ao revés, enquanto a *disponibilidade* de um bem público é exceção, que deve resultar de ato expresso fundado em lei, a *indisponibilidade* de um bem privado, por seu turno, é a exceção, que só pode ser estabelecida por ato expresso, também com fundamento legal.

Como se vê, a enunciação desse *princípio* sobressai como essencial tanto para a compreensão da natureza jurídica dos bens públicos como a dos bens privados e a dos atinentes ramos jurídicos e institutos.

A *indisponibilidade* fundamental dos bens públicos se afirma ainda em três importantes corolários: a *inalienabilidade*, a *imprescritibilidade* e a *impenhorabilidade*, que impedem, respectivamente, que eles sejam vendidos, doados, usucapidos, ou sirvam de garantia de pagamento de dívidas. As exceções admitidas, adiante descritas, são, portanto, de direito estrito e sempre de natureza pública.

98.2. Classificações dos bens públicos

As classificações mais usuais dos *bens públicos*, que vêm geralmente adotadas nas legislações, fundam-se nos seguintes critérios: da *titularidade*, da *utilização*, da *destinação original*, da *disponibilidade* e da *natureza física*, que a seguir serão examinados.

98.2.1. Classificação quanto à titularidade

Em razão da forma federativa, definem-se quatro tipos de *bens públicos*: os pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, respectivamente: bens públicos federais, estaduais, distritais-federais e municipais.

A Constituição de 1988, bem como as que a antecederam, não faz clara distinção entre, de um lado, a partilha conceitual do *exercício do domínio eminent*e, que tem natureza juspolítica, e, de outro, a partilha física do *domínio patrimonial*, que tem natureza jurídico-administrativa.

Com efeito, a *partilha do exercício do domínio eminent*e ficou implícita na organização político-administrativa, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (CF, art. 18), enquanto que a *partilha física do domínio patrimonial* está explicitada, embora sem taxatividade, apenas no que se refere à União (CF, art. 20) e aos Estados (CF, art. 26), ficando implícita no que diz respeito ao Distrito Federal (CF, art. 32, § 1.º) e aos Municípios (CF, art. 30, I, III, V e VIII).

A Constituição de 1988 lista como *bens da União* os seguintes (CF, art. 20):

- I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
- II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
- III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
- IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham sede de Municípios, exceto aquelas afetas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas do artigo 26, II, da Constituição;
- V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- VI – o mar territorial;
- VII – os terrenos de marinha e seus acréscidos;
- VIII – os potenciais de energia hidráulica;
- IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
- X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; e
- XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Quanto aos *bens dos Estados* federados, usando também o tradicional verbo *incluir*, o que deixa o rol em aberto, a Constituição menciona os seguintes (CF, art. 26):

- I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
- II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
- III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e
- IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

O Distrito Federal, por extensão implícita no princípio de competência legislativa, disporá sobre o mesmo rol de bens atribuídos aos Estados (CF, art. 32, § 1.º).

Os Municípios não foram contemplados explicitamente na partilha dominial constitucional, excluídos, portanto, do exercício do domínio sobre terras devolutas, rios e

lagos. Assegura-se-lhes, todavia, o domínio patrimonial sobre os bens públicos de uso comum situados no perímetro urbano (CF, art. 30, VIII) e, quanto às águas, sobre aquelas fluentes ou em depósito artificialmente captadas ou estancadas por obras públicas municipais.

Quanto aos Territórios, os bens públicos nele encontrados integram explicitamente o domínio da União (CF, art. 18, § 2.º).

98.2.2. Classificação quanto à utilização

É a clássica tríplice divisão, mantida no art. 99 do Código Civil: *bens de uso comum*, *bens de uso especial* e *bens dominicais*.

Se o uso é aberto ao público, como o das ruas, praças, avenidas, estradas, praias etc., têm-se os *bens públicos de uso comum*.

Se o uso é restrito, de modo a atender à execução ou apoio de atividades públicas, incluídos os serviços públicos de execução transferida, têm-se os *bens públicos de uso especial*, como o são os edifícios públicos, praças militares, navios e aeronaves de guerra, vias férreas, aeroportos, artefatos bélicos, veículos oficiais etc.

Finalmente, se os bens públicos ainda não receberam ou perderam uma destinação pública – comum ou especial – mas podem vir a ser utilizados de futuro para qualquer fim administrativo, têm-se os *bens públicos dominicais*, pertencendo a esta categoria as terras devolutas e os bens que decaíram da necessária qualidade para atender a determinados tipos de utilização.

É esta terceira categoria – a dos *bens públicos dominicais* – que ensejará ao Estado possibilidades legais de disposição bem mais amplas do que as de que se pode valer quanto aos tipos anteriormente apresentados e, até certo ponto semelhantes àquelas abertas sob regime privado.

Em suma: a disposição do Estado sobre tais bens vem definida pelo Direito Públco, através de prescrições constitucionais e administrativas de cada nível federativo, somente se valendo da normatividade civil em caráter complementar ou suplementar e sempre no que compatível com o regime próprio.

98.2.3. Classificação quanto à destinação original

Certos bens, por sua própria natureza, encontram-se a serviço de um interesse público por destinação imemorial, ou tão óbvia, que dispense qualquer declaração oficial neste sentido: são esses, os *bens públicos necessários*.

Outros bens, distintamente, seja porque tenham sido anteriormente bens privados ou *res nullius*, necessitarão de ato ou fato que nitidamente os incorpore ao domínio público patrimonial: são os *bens públicos accidentais*.

98.2.4. Classificação quanto à disponibilidade

Em princípio, todos os bens públicos são *indisponíveis*. Todavia, há exceções. Esta classificação distingue aqueles bens que, em determinadas circunstâncias, sempre de previsão legal, poderão ser divertidos para outros fins e, até, alienados.

Assim, são *absolutamente indisponíveis*, como regra, os bens públicos de uso comum e os bens públicos de uso especial, vinculados, que se encontram, por definição, a certo interesse público caracterizado e atual.

São o *relativamente indisponíveis*, todavia, os bens públicos *dominiciais* que, não se encontrando afetados à satisfação de nenhum interesse público caracterizado e atual, estarão aptos a receberem, por parte do Estado, uma destinação que atenda a um interesse público genérico, sempre nas condições estabelecidas em lei.

Ainda assim, quando se tratar de *alienação*, como modalidade extrema de disposição, o ordenamento constitucional exigirá, na sua execução, a observância de duas condições especiais para validá-la: a *licitação*, que garantirá a igualdade dos interessados na aquisição do bem, e uma inequívoca *decisão* do Chefe do Poder Executivo, embora delegável; os demais Poderes e os órgãos constitucionalmente autônomos não exercem domínio patrimonial, mas apenas autonomias administrativa e financeira necessárias para a *gestão* – e não para a *disposição* – dos bens públicos afetos às suas respectivas atividades (CF, art. 99).

98.2.5. Classificação quanto à natureza física

Desde logo, duas grandes classes dominiais aqui sobressaem: a do *domínio público natural* e a do *domínio público artificial*. Esta última, constituída pelas coisas que têm existência em razão do labor humano, e a do *domínio público natural*, compreendendo o *domínio terrestre*, o *domínio hídrico* e o *domínio aéreo* (aos quais, Marcelo Caetano acrescenta um *domínio mineiro*).

O *domínio público artificial* se pluridivide, conforme a classificação da serventia dos bens considerados, em: domínio de circulação, militar, predial, monumental, cultural, artístico etc., sempre em relação a seu uso.

99. AFETAÇÃO, DESAFETAÇÃO E ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

A *utilização*, como se apreciou, é o elemento definitivo para a determinação da indisponibilidade absoluta ou relativa, em referência a determinado bem público; define ela, em última análise, o próprio bem e o situa juridicamente em categorias jurídicas. Assim, da utilização, decorre o conceito jurídico de *afetação* e de sua contrapartida, a *desafetação* de bens públicos.

99.1. Afetação e desafetação de bens públicos

Denomina-se *afetação* à destinação fática ou jurídica de um bem a uma determinada modalidade de utilização de interesse público, o que o caracterizará, conforme o caso, ou como um *bem público de uso comum* ou como um *bem público de uso especial*.

São, portanto, os bens *particulares*, os *dominiciais* e as coisas de ninguém apropriáveis, aqueles que poderão ser *afetados*. Quanto aos bens de *uso especial*, só admitirão um grau superior de afetação, que é ao mais amplo: o *uso comum de todos*.

Por *desafetação* entende-se, ao revés, a redução ou extinção, fática ou jurídica, da utilização de interesse público de um determinado bem.

A *afetação* dá-se, assim, em dois graus: num primeiro grau, alça-se à categoria de *bem público de uso especial* e, subindo mais um grau, à de *bem público de uso comum*, que é a mais elevada afetação, e, ao reverso, a *desafetação*, também se dará em dois graus: de *bem público de uso comum* a *bem público de uso especial* e, deste, um grau abaixo, a de *bem dominical*.

Afetação e *desafetação*, não obstante, são conceitos inconfundíveis com a *sucessão dominial*: há algo mais e bem distinto do que uma migração da titularidade do domínio: o que ocorre é *uma alteração na própria natureza jurídica e no seu regime dominial*.

Este fenômeno da *metadestinação* de um bem poderá ocorrer tanto em virtude de um *fato jurígeno* quanto em razão de um *ato jurídico*. Alguns exemplos darão ideia das combinações possíveis. *Afetação* ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública num terreno particular; observe-se que, neste caso, uma vez que a afetação do imóvel não se deu através de uma desapropriação regular – o que seria uma afetação regular por um *ato jurídico* – caracteriza-se uma ilicitude, que se resolverá em perdas e danos, embora válida a afetação.

Desafetação dar-se-á, na outra hipótese, se um veículo oficial imprestável para o uso público for descarregado para ser alienado sob concorrência pública, mediante processo administrativo apropriado. Finalmente, para citar uma hipótese em que a desafetação se dá por *fato jurígeno*, dar-se-ia na hipótese de um cataclismo que arrasasse um edifício público, com total perda de sua serventia específica.

Não é a afetação, contudo, a única forma em que ocorre a passagem de um bem privado ao patrimônio público: pode-se distinguir, paralelamente, a *incorporação não afetatória*, tanto compreendendo as várias *modalidades civis* de aquisição do domínio, entre as quais interessam especialmente ao Estado a herança jacente, o legado e a doação, como as *modalidades públicas*, que são o *confisco sancionatório* e o *concurso voluntário* de particulares.

99.2. Alienação de bens públicos

Somente os bens desafetados, fática ou juridicamente, podem ser alienados. A *alienação* é o gênero que engloba todas as formas de disposição extrema do domínio, transferindo um bem, definitivamente ou por um lapso de tempo, a terceiros, neste caso, com sujeição a *termo*

ou condição, caracterizando um domínio resolúvel.

Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem esta sua qualificação (afetação), na forma que a lei determinar (art. 100 do Código Civil), e, por sua vez, os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências legais (art. 101 do Código Civil).

A alienação de bens públicos, conforme, aliás, dispõe o Código Civil, no seu art. 100, só pode ser feita “nos casos e na forma que a lei prescrever”. A alienação dos bens imóveis da União, dos Estados e Municípios se rege pela Lei n.º 9.636, de 15 de maio de 1998, que disciplina as condições em que se flexibilizará o princípio da inalienabilidade diante de certo interesse público caracterizado.

Relevante distinção a ser feita é a que diz respeito ao regime jurídico aplicável à alienação. Enquanto afetado a um interesse público específico, o bem é inalienável sob o regime privado, embora possa vir a ser alienado sob o regime público, desde que ocorra alteração de um interesse público específico por outro, inclusive admitindo a imposição de ônus reais administrativos, que resultem no atendimento concomitante de outro interesse público específico.

A outorga legislativa de autorização se constitui no reconhecimento (ato declarativo) da juridicidade da desafetação do bem público imóvel e, portanto, da satisfação da condição *sine qua non* de sua alienação. Essa outorga pode ser dispensada, quando se tratar de bens dominicais, já que estes são, por definição, inafetados a um uso público.

Mas é, ainda, necessário, na execução da alienação, atender à isonomia dos administrados interessados quando concorram à aquisição de bens públicos desafetados, o que vem a ser uma providência mandatória por princípio constitucional, que se perfaz pela avaliação do bem que se pretenda alienar e pela abertura de um processo licitatório compatível com o valor estimado do bem (CF, art. 37, XXI).

99.3. Modalidades de alienação de bens públicos

A alienação de bens públicos, uma vez satisfeitos os requisitos acima, poderá se realizar pelas formas civis contratuais mais usuais: a venda, a doação e a permuta, como, também, por outras formas jurídicas especiais, como a dação em pagamento, a investidura e a incorporação.

99.3.1. Formas contratuais

São três: a venda, a doação e a permuta.

1. A venda transfere o domínio por via contratual, que é o contrato de compra e venda, na forma do Direito Privado (Código Civil, art. 481).

2. A doação também é modalidade contratual, de definição privada (Código Civil, art.

538), hoje substituída na prática e com vantagem, sem transferência de domínio, pelo instituto da concessão de direito real de uso, como se exporá adiante.

3. A *permute*, outra modalidade contratual privada (Código Civil, art. 533), pode ser feita por valor total ou com torno, prescindindo, obviamente, de licitação.

99.3.2. Formas não contratuais

São também três: a *dação em pagamento*, a *investidura* e a *incorporação*.

1. A *dação em pagamento* é uma modalidade de extinção de obrigações que, com o consentimento do credor, pode ser utilizada pela Administração desde que autorizada por lei. O consentimento do credor em receber um bem público em substituição à prestação devida dispensa, também, qualquer procedimento licitatório, prosseguindo-se como uma compra e venda (Código Civil, arts. 356 e 286 e segs.).

2. A *investidura* é uma modalidade pública de *acessão* de um bem público imóvel a outro bem imóvel, privado ou público. A *acessão* de direito privado é definida como um modo de aquisição originária de domínio por incorporação de um bem acessório a um principal. A lei civil define casos de *acessão* (Código Civil, art. 1.248), cabendo ao Direito Administrativo definir as condições próprias da *acessão pública*, isto é, o que nela se considerará como principal e acessório.

A lei administrativa, nessa linha, define como *acessíveis compulsoriamente* os *terrenos remanescentes* de obra pública inaproveitáveis isoladamente. O conceito de *inaproveitamento isolado* deve ser buscado no Direito Urbanístico, o que faz da *investidura* um instrumento sujeito a dupla prescrição jurídica: a puramente dominial – definindo o seu cabimento em tese, e a urbanística – definindo a sua aplicação concreta.

Também, por motivos óbvios, são desnecessários a *autorização legislativa* e o processo *concorrencial*, sendo obrigatória apenas a *avaliação* para se fixar a indenização, devida ao Poder Público, pelo proprietário do bem que receber a investidura.

A compulsoriedade da investidura gera direitos subjetivos públicos simétricos à efetivação da *acessão*: o proprietário pode compelir a Administração a receber o valor do bem investido, como, alternativamente, a Administração pode desapropriar o imóvel recipiente da *acessão* caso seu proprietário não se disponha a pagar o seu valor.

3. A *incorporação* é modalidade de transferência de domínio através da qual bens públicos são destinados à constituição de patrimônio de entidades estatais e paraestatais, com ou sem desafetação.

Trata-se de uma modalidade de alienação de bens públicos regida pelo Direito Comercial, através da qual esses bens são destinados a integrar *in natura* o patrimônio de entidades instituídas pelo Poder Público. Nesses casos, é suficiente a *autorização legal* – imprescindível para a própria criação de autarquias e autorização para criação de instituição

de empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como de suas respectivas subsidiárias (CF, art. 37, XIX e XX).

No exercício de sua competência para legislar sobre *normas gerais de contratação* para a administração pública direta ou indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público nas diversas esferas de Governo e nas empresas sob seu controle, a União editou a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que cuida, em seu art. 17, de confirmar a alienabilidade de bens públicos mediante certos *contratos*, que discrimina, mas extravasa de sua competência ao tratar de modalidade extintiva de obrigação, como a *dação em pagamento*; de modalidade pública de acessão, como é a *investidura*, ou da *incorporação*, esta resultante de um ato-união e não de um contrato.

Como modalidades especiais de alienação de bens públicos, devem ser ainda consideradas as transferências de domínio causadas por fenômenos naturais, compatíveis com o princípio da inalienabilidade, como o são a *avulsão* (Código Civil, art. 1.251) e o *álveo abandonado* (Código de Águas, art. 26).

A Constituição não permite a aquisição de bens públicos por *usucapião*, quer de imóveis urbanos (CF, art. 183, § 3.º), quer de rurais (CF, art. 191, parágrafo único), dispositivos, como se observa, curiosamente nela repetidos *ipsis litteris*.

100. UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARS

Segundo a orientação básica de Marcelo Caetano, distinguem-se três classes de *utilização de bens públicos*: 1.ª – a *utilização comum*; 2.ª – a *utilização especial*; e 3.ª – a *utilização privativa*.

100.1. Utilização comum

A *utilização comum*, como indica a expressão, é franqueada a todos, livre e indistintamente, como sucede, a propósito, com os bens públicos que têm a vocação de *uso comum*, como ruas, estradas, avenidas, praças, parques, praias, mares, lagos, rios navegáveis etc.

Sua característica é a *universalidade*, admitindo-se que, em princípio, a utilização por qualquer pessoa não tolherá nem prejudicará semelhante utilização por outra.

Essa liberdade de fruição, normalmente *incondicional*, dita, por isso, *utilização comum ordinária*, poderá, contudo, ser *condicionada*, sujeitando-se a algum tipo de requisito, como, por exemplo, o pagamento de um pedágio para transitar em estradas, um exame de saúde para banhar-se numa piscina pública, ou a observância de um horário para ingressar em parques etc., casos em que se caracterizará uma *utilização comum extraordinária*.

Outro exemplo ajudará a fixar essa diferença: todos podem permanecer e transitar

livremente nos logradouros públicos, o que tipicamente caracteriza uma *utilização comum ordinária*, mas quem pretender neles organizar uma feira, uma passeata ou um desfile deverá obter o reconhecimento oficial da inocuidade dessa distinta *utilização comum extraordinária*, para tanto considerando-se sua compatibilidade com o *interesse público*, o que se expressará pela emissão de uma *autorização* pela autoridade administrativa competente para gerir esse bem público.

100.2. Utilização especial

Mas a *universalidade* de utilização de um bem público também pode ser restringida, caracterizando-se o que se tem como uma *utilização especial*, sempre que for exigida a emissão de uma prévia outorga a quem a haja solicitado, no caso, demonstrando satisfazer determinados requisitos legais, vinculados ou discricionários.

Distinguem-se, em função da natureza dos requisitos exigidos, três títulos de outorga: duas titulações *vinculadas* e, portanto, de natureza declaratória, que são o *reconhecimento* e a *licença*, e uma *discricionária*, a *autorização*, de natureza constitutiva.

100.2.1. Reconhecimento

Outorga-se o *reconhecimento* do direito à utilização especial se o pretendente gozar de um *status* (situação jurídica) que o intitule à utilização especial. Um guarda florestal, por exemplo, por seu mero *status* funcional, poderá ter *direito* de utilizar-se das instalações de um parque nacional, até mesmo para sua moradia permanente, desde que a lei o preveja, cabendo à Administração apenas reconhecê-lo.

100.2.2. Licença

Outorga-se, também, uma *licença*, declaratória de um direito subjetivo à utilização especial, a quem, para obtê-la, demonstre preencher suficientes requisitos legais. Um motorista habilitado, que normalmente pode conduzir veículo em quaisquer logradouros, nada mais que satisfazendo requisitos universais, poderá ocasionalmente necessitar de uma específica *licença de utilização especial*, seja para transitar em certas vias, seja para trafegar transportando determinados tipos de cargas que envolvam riscos extraordinários.

100.2.3. Autorização

Distintamente, outorga-se a *autorização*, no caso, de natureza *constitutiva* de uma concordância administrativa com a *utilização especial*, precária e discricionária, de um bem público. Seria, por exemplo, a utilização de uma praia caracterizada como bem público de uso especial pelo fato de localizar-se dentro de um estabelecimento militar, que poderá ter o seu uso estendido a banhistas particulares, desde que solicitado e ainda que atendidas

certas *condições legais* mínimas, a juízo discricionário e precário da autoridade competente, que poderá exigir a satisfação de *condições administrativas*, desde que estipuladas em prévio ato administrativo normativo de que seja dado publicidade.

100.3. Utilização privativa

A regular *universalidade* de utilização de um bem público pode ser, ainda, mais restrita, se depender da outorga de um *título* estável de *utilização privativa* emitida em favor de um particular ou de outro ente administrativo.

A *exclusividade* é, portanto, a característica desse instituto, o que faz a diferença, por exemplo, entre armar temporariamente uma barraca na praia, de nela assentar, consentidamente, uma tenda de comércio ambulante; como será também distinto o sentar-se em banco de praça, de usá-lo como mostrador de produtos postos à venda; como diverso, ainda, acolherem-se, em caso de emergência, flagelados de uma epidemia em um prédio público, da cessão desse mesmo imóvel público a uma organização privada para explorá-lo.

Para que possa validamente *outorgar* essa utilização privada, que terá caráter de exclusividade, a Administração está sujeita a certas formas nominadas de *titulação*, previstas, respectivamente, na lei federal, estadual ou municipal competente.

Quanto a esse *título de utilização*, o legislador poderá optar entre quatro categorias de instrumentos jurídicos habilitantes: a *legal*, a *unilateral*, a *contratual* e a *complexa*.

A modalidade *legal* tem aplicação quando a lei, ela própria, se constituir no instrumento de transferência da utilização de um determinado bem público, outorgando uma fruição privativa extraordinária e exclusiva, por um determinado prazo, a uma entidade.

A modalidade *contratual* se outorga por *contrato administrativo*, celebrado entre o Poder Público e quem para tanto esteja legalmente habilitado, caracterizando-se pela estabilidade da relação produzida, podendo apresentar as seguintes espécies: a *concessão de uso*, a *concessão de direito real de uso* e o *aforamento público*.

A modalidade *unilateral* se outorga por *ato administrativo* do Poder Público competente, podendo consistir numa *permissão de uso* ou numa *cessão de uso*, ambas caracterizadas pela precariedade.

A modalidade *complexa* se outorga por *ato administrativo complexo*, pelo qual o ente público titular do domínio acorda com entidades públicas ou privadas a transferência de uso de bens públicos vinculada à satisfação de um específico interesse público, cuja satisfação seja finalidade comum às partes pactuantes, com seu objeto definido consensualmente, podendo apresentar-se sob as seguintes espécies: consórcios, convênios, acordos de programa, contratos de gestão, termos de parceria e outras congêneres.

100.3.1. Modalidades unilaterais

1. Permissão de uso

No Capítulo VII, Seção I, deste Curso, ao se elencar as espécies de atos administrativos negociais, definiu-se a *permissão* como ato administrativo pelo qual a Administração manifesta sua aquiescência com o exercício, pelo particular, de determinada atividade, qualificada por um predominante interesse público.

Como a *atividade*, de que aqui se cogita, é a *utilização de um bem público por um particular*, deverá existir *interesse público* nessa utilização sempre e em tal grau que justifique suficientemente o ato de anuênciia do Poder Público.

Por outro lado, por se tratar de um ato administrativo discricionário, a Administração pode, a qualquer momento, reconsiderar a oportunidade e a conveniência da aquiescência dada, para *alterá-la ou revogá-la*; o que será apenas uma reavaliação, que lhe compete, da eventual redução ou do desaparecimento do interesse público específico que justificasse a manutenção da permissão, uma vez que o mero ou exclusivo interesse privado não bastará para obtê-la ou para mantê-la.

Como exemplos característicos de *permissão de uso de bem público* são lembráveis: a utilização de logradouros para exploração de bancas de jornal; a utilização temporária de áreas de domínio público para a localização de certo tipo de comércio sazonal, como, por exemplo, o de fogos, em época junina, e o de bebidas, durante o carnaval.

Outro exemplo corriqueiro de *permissão de uso* é a ocupação de imóveis residenciais do domínio público patrimonial por servidores públicos. Nesta hipótese, convém lembrar a semelhança existente entre a modalidade e a *locação* de imóveis do direito privado, mormente se for fixada uma indenização pecuniária por seu uso ou uma contraprestação destinada à manutenção do bem, o que vulgar e erroneamente se denominam de *taxis de ocupação*.

Esta similitude tem induzido equívocos, até mesmo ao legislador federal, como se pode constatar na imprópria referência feita pelo Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, à “*locação*” de imóveis da União, sendo suficiente atentar-se para o art. 89, III, do mesmo Diploma, para se verificar claramente que não é de *locação* que se trata, uma vez que fica a juízo da Administração desfazer o vínculo por considerações de necessidade do serviço público, o que vem a ser uma evidente avaliação de *mérito administrativo*, uma característica do ato *administrativo discricionário*, que é, em verdade, uma *permissão de uso*.

2. Cessão de uso

A *cessão de uso* é outra espécie *unilateral* de transferência de utilização de bem público, outorgada em caráter extraordinário e exclusivo, que uma entidade de direito público, titular do domínio, faz a outra pessoa administrativa, sujeita a condições fixadas pela cedente e vinculada a um explícito interesse público.

Esta designação também tem sido erroneamente aplicada à transferência de utilização de um bem público, de um órgão *despersonalizado*, a outro, dentro da estrutura administrativa do mesmo ente de direito público, o que, além da carência de rigor técnico, contribui para deformar o instituto e aumentar o risco de má aplicação, em detrimento da boa gestão patrimonial.

Vale atentar que a *cessão de uso* guarda semelhança com o *comodato*, mas nem por isso se justifica a confusão, pois o *comodato* tem natureza *contratual* e se submete à disciplina do Direito Civil, por se aplicar à livre disposição privada de bens, independentemente da existência de motivos determinantes, enquanto que a *cessão de uso* tem natureza *unilateral* e se submete à disciplina do Direito Administrativo, por se aplicar a uma disposição regrada e pública de bens, sempre dependente da existência de um interesse público a ser satisfeito.

Cabe, todavia, a outorga de *cessão de uso*, em favor de pessoas de direito privado, desde que estas mantenham concomitantemente um vínculo de *delegação de algum tipo de atividade pública*, tais como poderão apresentar, por exemplo, as entidades da *administração indireta*, as paraestatais, incluídas as fundações públicas com personalidade de direito privado, e as entidades da *administração associada*, como as concessionárias, as permissionárias, as autorizadas e as entidades de colaboração.

100.3.2. Modalidades contratuais

1. Concessão de uso

A *concessão de uso* é a principal modalidade *contratual* de transferência de utilização de um bem público a um particular, gratuita ou remunerada e sob condições pactuadas.

Essa transferência contratual de uso, todavia, não se negocia ao exclusivo talante da Administração: é necessário que, desde logo, a modalidade esteja prevista na lei reguladora dos bens públicos da pessoa jurídica de direito público titular do domínio e, ainda, que o uso que o particular pretenda dar, também convenha, de alguma forma, ao interesse público.

É importante observar-se que, como qualquer contrato administrativo, a concessão de uso, mesmo ajustada por prazo determinado, fica permanentemente sujeita à *redefinição* do interesse público pela Administração, indenizando-se o concessionário pelas perdas e danos acaso dela decorrentes, nos termos das cláusulas econômicas de natureza privada do contrato firmado.

Como a Administração não pode *locar* os bens públicos sob seu domínio e gestão, a *concessão de uso* é a *única* modalidade contratual geradora de direitos pessoais de que se pode valer o Poder Público para perceber uma *renda* ocasional, pela utilização total ou parcial de bens públicos por particulares, ou, através deles, fomentar atividades privadas de interesse público. Errônea, portanto, a designação de “*locação*”, lida no Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que regula a concessão de uso de bens públicos da União, já que seria

inconstitucional uma disposição contratual de bens públicos sob o regime privado, em razão da irrenunciabilidade dos cometimentos jurídicos da Administração Pública.

2. Concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso de bem público é outra espécie contratual de transferência de utilização de um domínio público fundiário a um particular, em caráter extraordinário e exclusivo, geradora de um direito real resolúvel e transferível, para que dele se utilize especificamente para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou outra finalidade de interesse social, a título gratuito ou oneroso, e não necessariamente precedido de licitação (v. art. 1.º da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993).

O conceito, a forma e as condições desta espécie estão integralmente disciplinados no Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, que a instituiu no uso da competência da União para legislar sobre direito real.

Graças a esse instituto, União, Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a ter condições jurídicas de outorgar direito real de uso, oponível erga omnes e negociável, a concessionários, que com seus recursos e seu trabalho, muitas vezes com características criativas e, por isso, singulares, possam dar melhor utilização a imóveis rústicos dominicais, não só sem perda do domínio público, como em condições de acrescer-lhes o valor.

Trata-se, portanto, de um instrumento privilegiado de fomento público que, infelizmente, não tem sido utilizado plenamente, embora apresente vantajosa substituição de alienações e de doações, nem sempre convenientes e satisfatoriamente negociadas e que não apresentam essa importante característica de serem resolúveis, em seu termo. A propósito, será a resolubilidade a característica que melhor assegura a vinculação do bem ao fim público, tanto àquele estabelecido no contrato, levando-o a uma rescisão em caso de tredestinação, como àquele fim que venha a ser eventual e posteriormente reatribuído pela Administração, o que, neste caso, também o levaria a um desfazimento por interesse público superveniente, garantida, porém, a plena indenização do concessionário, tanto das acessões e benfeitorias realizadas, quanto do que deixaria de lucrar nos termos do que foi contratado.

3. Aforamento público

Aplicável somente a imóveis, esta modalidade em declínio, de aforamento público, que outorga um uso privativo de bem público, consiste na instituição de um direito real administrativo de posse, uso, gozo e relativa disposição sobre prédios públicos em favor de um particular, na qual o Estado, denominado senhorio direto ou enfiteuticador, mantém o domínio direto, enquanto que o particular, denominado foreiro ou enfiteuta, tem o domínio útil.

Resultam desta relação, definidos direitos e obrigações para ambas as partes, na qual o interesse privado avulta e o interesse público é quase vestigial, já que as razões que

justificaram historicamente o instituto, sob o ponto de vista público, como a colonização e a melhoria das rendas locais, de há muito deixaram de existir.

Dentre esses direitos e obrigações, ressalte-se o direito do enfiteuta de gozar e fruir do imóvel da maneira mais completa, inclusive de transmiti-lo por atos *inter vivos* ou *mortis causa*, quanto ao enfiteuticador, senhorio do domínio direto, ou da nua propriedade, porque despida de suas utilidades, remanesce o direito de receber uma importância anual fixa, denominada *foro, cânon* ou *pensão*, e a preferência para a aquisição do domínio útil, caso o enfiteuta pretenda aliená-lo, ou, como alternativa da desistência deste direito, a opção pelo recebimento de um *laudêmio*, em importância fixada em lei ou contrato.

O aforamento se desfaz tanto por meios civis quanto administrativos. São meios *civis*: o perecimento de seu objeto, o falecimento do enfiteuta sem herdeiros e o *comisso*, que é a sanção para o caso de mora do enfiteuta em pagar o foro durante três anos consecutivos. São meios administrativos os especialmente estabelecidos nas leis e nas cartas de aforamento.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, anexo à Constituição de 1988, extinguiu a enfiteuse sobre imóveis urbanos, facultando, quanto aos foreiros, a remição dos aforamentos existentes, mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos (CF, art. 49).

A enfiteuse subsiste, assim, apenas para imóveis rurais, dependendo da delimitação de zoneamento municipal, e para os terrenos de marinha e seus acréscimos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima, esses, por expressa ressalva constitucional (CF, art. 49, § 3.º).

100.3.3. Modalidades complexas

Os atos *administrativos complexos* são aptos para instituir transferência de utilização de bens públicos a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, desde que para atender a objetivos comuns, previstos nos acordos a serem celebrados, sempre voltados a finalidades públicas e segundo as leis que, respectivamente, os disciplinem.

São exemplos de modalidades cabíveis na espécie:

1. Consórcios

Atos *administrativos complexos* celebrados entre entes congêneres, destacando-se os municipais.

2. Convênios

Atos *administrativos complexos* com as características mais versáteis e flexíveis.

3. Acordos de programa

Atos administrativos complexos adequados para certos empreendimentos públicos em que todas as partes devam concorrer com prestações convergentes, sob a liderança de uma delas, que detém competência legal para realizar o *objeto* do trabalho coordenado.

4. *Contratos de gestão*

Atos administrativos complexos, previstos na Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, no caso, instrumentando a transferência de uso de bem público para as *organizações sociais de interesse público*, que trata o referido diploma.

5. *Termos de parceria*

Atos administrativos complexos, previstos na Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, no caso, instrumentando a transferência de uso de bem público para as *organizações sociais de interesse público*, instituídas segundo suas prescrições (v. quadro XXI).

QUADRO XXI – UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS POR PARTICULARRES

UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS POR PARTICULARRES	1. Comum	Ordinária	Extraordinária
	2. Especial		
	3. Privativa	Reconhecida (<i>status</i>)	
		Licenciada	
	3. Privativa	Autorizada	
		Legal	
	3. Privativa	Unilateral	Permissão de uso Cessão de uso
		Contratual	Concessão de uso Concessão de direito real de uso Aforamento público

101. TERRAS PÚBLICAS

No Brasil, todas as terras foram originariamente públicas, conquistas da Coroa de Portugal, razão pela qual só pertencem ao *domínio privado* as que se puderem assim provar por título de propriedade, em que pese a autoridade de Pontes de Miranda, que afirma a existência de *terras adéspotas ou res nullius*.

Um breve histórico destaca três marcos de importância: a primeira legislação de terras, a primeira Constituição republicana e a atual Constituição.

A primeira legislação de terras foi a Lei Imperial n.º 601, de 18 de setembro de 1850, que assentou conceitos dominiais fundamentais, como o de *terras devolutas*, e instituiu o processo de *discriminação das terras públicas* das particulares.

Quanto à Constituição republicana, de 1891, ao fazer a *primeira partilha das terras públicas entre as unidades políticas da Federação*, atribuiu aos Estados-Membros as *terras devolutas* situadas em seus respectivos territórios, reservando à União apenas as indispensáveis à segurança das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro.

As modificações posteriores pouco inovaram o sistema, sendo que as Cartas de 1946, 1947 e 1969 (Emenda n.º 1) apenas vieram a *incluir* certas porções de terra entre os bens da União, mantendo, assim, essa partilha original da Constituição de 1891.

A Constituição de 1988, em seu art. 20, conservou também, com as peculiaridades a seguir examinadas, a linha tradicional, ao considerar *terras públicas* as constituídas, quase integralmente, pelas *terras devolutas*, a elas se acrescendo os tratos e as porções que passaram a ser constitucionalmente definidos. Em caso de dúvida quanto ao domínio, compete à União, aos Estados-Membros e também aos Municípios moverem *ação discriminatória* destinada ao deslinde das terras de seu respectivo domínio, regulando-se, o respectivo processo, pela Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, como será adiante tratado no Capítulo XX deste Curso.

102. TERRAS DA UNIÃO

Além das terras que *atualmente lhe pertencem* (CF, art. 20, I) e das *terras devolutas*, que lhe foram partilhadas (CF, art. 20, II), atribuiu-se à União os seguintes tratos e parcelas de terras públicas: as *ilhas oceânicas e costeiras e as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros Países* (CF, art. 20, IV), os *terrenos de marinha e seus acréscidos* (CF, art. 20, VII) e as *praias marítimas* (CF, art. 20, IV).

Essas terras, bens imóveis da União, se regem pelo Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946.

102.1. Terras devolutas da União

A Constituição se refere às *terras devolutas* nos seus arts. 20, II, e 26, IV, tendo-as mantido, como já se expôs, sob o domínio dos Estados-Membros, reservando à União, todavia, aquelas que são indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, às vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

O conceito de *terras devolutas* permanece o mesmo formulado na Lei de Terras de 1850: *as que, incluídas no domínio público, não receberam qualquer uso público, nacional, estadual ou municipal*. São, portanto, *bens públicos fundiários dominicais inafetados*.

O Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, conceitua-as como: *as que não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal não se incorporaram ao domínio privado*.

A Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União.

102.2. Ilhas da União

As *ilhas oceânicas e costeiras* pertencem à União. A Constituição de 1967 já extinguira a propriedade privada sobre as *ilhas oceânicas* (art. 4.º, II), o que se manteve na atual, mas o domínio da União foi estendido às *ilhas costeiras*, excluindo, porém, as áreas sob domínio dos Estados, dos Municípios ou de terceiros (CF, art. 26, II).

Como o legislador constitucional admitiu, expressamente, no caso da ressalva do art. 20, IV, *in fine*, as áreas de ilhas costeiras do domínio público municipal, se deve considerar como incluídas nesta categoria todas as que constituírem, na sua integralidade, uma zona urbana ou de expansão urbana.

Quanto às *ilhas fluviais e lacustres*, só pertencerão à União as que se encontrarem nas zonas limítrofes com outros países (CF, art. 20, IV).

102.3. Terrenos de marinha

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 dispôs sobre formas de extinção das *enfiteuses* em imóveis urbanos, mantendo, porém, a vigência dessa antiga modalidade remanescente de enfiteuse de domínio público em favor da União, denominada *terrenos de marinha*, com a definição física que remonta ao Aviso Imperial de 12 de julho de 1833, para nela incluir todos os terrenos “que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, vão até a distância de 33 metros para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio” (art. 49, § 3.º, leg. cit.).

A Lei de Terras e Bens da União, Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, atualizou e aperfeiçoou essa definição, considerando a influência das marés e definindo

como terrenos *acrescidos de marinha*, os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

A utilização dos terrenos de marinha e de seus acrescidos pelos particulares é ampla, sob o regime de *enfiteuse pública*, mas depende da prévia autorização do Presidente da República.

102.4. Praias

Quanto às *praias*, a Constituição de 1988 a elas se referiu em dois dispositivos: no art. 20, III, mencionando as *praias fluviais*, e no art. 20, IV, as *praias marítimas*, declarando-as todas de domínio da União.

Com respeito às *praias lacustres*, por não terem sido mencionadas, pertencerão aos Estados, aos Municípios ou aos particulares, sempre que não conformem, totalmente, *terrenos marginais*, caso em que se incluirão no domínio da União (CF, art. 20, III, *in fine*).

102.5. Terrenos marginais

Aqui se tem outra inovação da Carta de 1988 em tema de domínio público terrestre, uma vez que os *terrenos marginais* (ou *terrás marginais*) foram incluídos como bens da União (CF, art. 20, III).

Sob o regime constitucional anterior, as margens dos lagos, dos rios e das correntes navegáveis eram *servidões públicas*, assim caracterizadas: “Limitam-se, portanto, os terrenos marginais aos que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias” (art. 4.^º do Decreto-lei n.^º 9.760, de 5 de setembro de 1946).

Ocorreu, portanto, com o advento da nova Carta, uma *expropriação constitucional*, de natureza confiscatória, semelhante à que recaiu sobre as ilhas oceânicas com a Constituição de 1967, dela não decorrendo, portanto, qualquer indenização devida aos ex-proprietários, apenas ressalvadas as benfeitorias nelas realizadas com a aquiescência da União.

102.6. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

Inovou-se, na designação, e ampliou-se o tratamento jurídico dessas *terrás tradicionalmente ocupadas pelos índios*.

São elas, em tese, as terras do território nacional, imemorialmente habitadas por populações indígenas (CF, art. 20, XI), entendida a ocupação nomádica ou seminomádica das áreas necessárias para manter a continuidade dos respectivos padrões habitacionais, extractivos, produtivos e culturais (ADCT, arts. 231, §§ 1.^º, 4.^º, 5.^º, 6.^º e 7.^º, e 67).

A Carta de 1969 as designava como “*terrás ocupadas pelos silvícolas*” (art. 4.^º, IV) e

atribuía seu domínio à União, complementando o dispositivo com o esclarecimento de que o do regime jurídico aplicável seria o do *usufruto constitucional sui generis*, em favor dos silvícolas, de todas as riquezas naturais e utilidades nelas existentes (art. 198).

A Constituição em vigor, tratando-as, agora, como “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (CF, art. 20, XI), as mantém como bens públicos da União e as sujeita à posse permanente dos índios que efetivamente as ocupam, cabendo-lhes esse *usufruto constitucional* exclusivo das riquezas do solo, fluviais e lacustres nelas existentes (CF, art. 231, § 2.º).

A Constituição cuida, ainda, especificamente, do regime do aproveitamento dos recursos hídricos e hidrelétricos nessas terras e veda o garimpo, mesmo a cooperativas (CF, arts. 231, § 3.º, e 174, §§ 3.º e 4.º), e as torna inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (CF, art. 231, § 4.º).

103. OUTROS BENS DO DOMÍNIO TERRESTRE DA UNIÃO

Neste item, estudar-se-ão certos *bens incluídos no domínio terrestre da União*, que são objeto de tratamento destacado, no Direito Constitucional e no Direito Administrativo brasileiro. São eles: 1.º – os *recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva*; 2.º – os *potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive os do subsolo*; 3.º – as *cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos*; 4.º – a *faixa de fronteira*; e, complementando, 5.º – *as terras necessárias a vias federais de comunicação*.

103.1. Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva

Plataforma continental ou *plataforma submarina* é a porção de terras imersas, com maior ou menor largura, que circunda os continentes, estendendo-se, convencionalmente, até cerca da profundidade de 200 metros. Além desta profundidade média, a massa continental afunda abruptamente nos oceanos, para formar as regiões pelágica e abissal.

A Constituição de 1969 considerava-as parte integrante do território nacional, arrolando-as, então, entre os bens da União (art. 4.º, III). O atual ordenamento constitucional as excluiu do território nacional, preferindo declará-las sob o *domínio patrimonial da União* apenas quanto aos *recursos naturais* nelas encontrados (art. 20, V).

Uma vez que a redução do *mar territorial* a 12 milhas não afetou, segundo acordos internacionais, a *disposição econômica* do solo e subsolo marinhos pelo país ribeirinho, o Brasil declarou, em sua Constituição, serem de domínio da União os *recursos naturais* existentes nessa zona, hoje disciplinados na Lei n.º 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

Trata-se, portanto, de um conceito *utilitário* em aberto, pois serão *recursos naturais*, atribuídos à União, aqueles considerados em lei, como a biota, as jazidas, os nódulos minerais etc. Nessas condições, o que se reserva, realmente, à União é a *disciplina da exploração dessas*

riquezas, com vistas equilibradamente tanto ao aproveitamento econômico quanto à preservação ecológica.

103.2. Os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive os do subsolo

Foi a Constituição de 1934 que destacou as minas e demais riquezas do subsolo, bem como os *potenciais de energia hidráulica* do solo em que se encontram (arts. 118 e 119), mantendo-se esse regime até a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, da Carta de 1967 (art. 168).

A Constituição de 1988 rompeu com essa tradição e retornou ao chamado *regime regaliano*, vigente nos tempos coloniais, ou seja, reinstituiu o domínio patrimonial da União sobre todos os recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, IX) e sobre todos os desníveis dos leitos de cursos d'água que apresentem potencial de geração hidrelétrica (art. 20, VIII).

Essas riquezas são consideradas patrimônio da União, constituindo, onde se apresentem, uma *universitas rerum*, como propriedade distinta da do solo, podendo ser exploradas destacadamente sob regimes administrativos, por empresas estatais ou privadas, na forma do que se dispõe no art. 176 da Constituição. Seus respectivos regimes serão tratados no Capítulo XVII, uma vez que, como instrumentos voltados à disciplina da produção, da circulação e do consumo de riquezas, incluem-se como modalidades da função administrativa de Ordenamento Econômico.

103.3. As cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos

Também são destacados do solo, para se constituírem em *universitas rerum*, do mesmo modo autônomos por ficção jurídica, os bens caracterizados como *cavidades naturais subterrâneas*, sempre que apresentem interesse científico ou turístico, e os *sítios arqueológicos e pré-históricos*, transferindo-os ao domínio público (art. 20, X, CF).

A *expropriação constitucional* dessas tradicionais acessões da propriedade fundiária dá-se com força confiscatória, ou seja, sem qualquer indenização ao proprietário do terreno em que se encontrem, ressalvadas as benfeitorias nelas executadas até a data da promulgação da Carta de 1988.

A *caracterização concreta* desses bens será, todavia, sempre necessária, uma vez que é preciso definir e estimar o *interesse público* que casuisticamente apresentem, pois nem todas as cavidades naturais subterrâneas existentes terão relevância científica ou turística, como, tampouco, não serão todos os sítios que oferecerão algum significativo vestígio arqueológico ou pré-histórico também de real *interesse científico*. A eficácia expropriatória do art. 20, X, da Constituição depende, em consequência, de *ato declaratório* da União que *concretize* essas

caracterizações específicas.

O direito à indenização das benfeitorias realizadas, inclusive das necessárias, executadas após a entrada em vigor da Carta de 1988, decorrerá também do decreto discriminatório. Do mesmo modo, devem ser indenizados quaisquer danos ou reduções de utilidade que a União venha a causar ao proprietário dos terrenos, para abrir acessos e proporcionar condições físicas de exploração dessas cavidades e sítios, afetando-os ao uso comum ou especial.

103.4. A faixa de fronteira

A Constituição considera *faixa de fronteira* a porção do território nacional ao longo das linhas de limites internacionais, aprofundando-se na largura de cento e cinquenta quilômetros (art. 20, § 2.º).

A faixa de fronteira é considerada fundamental para a defesa do território nacional, submetendo-se sua ocupação e utilização a *limitações legais* (Lei n.º 6.634, de 2 de maio de 1979).

103.5. As terras necessárias às vias federais de comunicação

Todas as *terras destinadas à viação pública*, federais, estaduais ou municipais, são, necessariamente, *bens públicos*, por força da *afetação* ao uso comum.

A Carta de 1988 inova a respeito, incluindo entre os bens da União as terras devolutas “*indispensáveis às vias federais de comunicação*” (art. 20, II), operando automaticamente, em consequência, a transferência do domínio estadual para o federal, sempre que essas terras devolutas estejam com sua destinação *administrativamente discriminada* em planos viários de comunicação: ferroviários, rodoviários, aquaviários e aeroviários.

No plano infraconstitucional, vige a Lei n.º 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprovou o *plano nacional de viação*, documento básico caracterizador dessas áreas, de competência da União (CF, art. 21, XXI).

104. DOMÍNIO TERRESTRE DOS ESTADOS

Na partilha de terras, cabe aos *Estados* o domínio sobre *todas as terras devolutas* do território nacional, exceto as reservadas à União (CF, art. 26, IV).

O s *Municípios* ocupam terras estaduais, não tendo *território* próprio, mas áreas geográficas demarcadas como *circunscrições territoriais*, para efeito de exercerem, em seus lindes, as suas respectivas expressões constitucionais locais da soberania nacional.

Incluem-se, entre as terras dos Estados, as áreas das ilhas oceânicas e costeiras que não

estiverem sob domínio da União, de Municípios ou de terceiros (CF, art. 26, II).

Seção III **DOMÍNIO HÍDRICO**

105. EGIME DAS ÁGUAS

As águas conformam o território hídrico do País e se sujeitam à disciplina do Direito Público, nos níveis constitucional e administrativo.

No nível *constitucional*, é definida a partilha hídrica, entre a União e os Estados federados, bem como a competência para legislar sobre o domínio hídrico.

105.1. Partilha hídrica

São bens do domínio hídrico da União: a) o *mar territorial* (CF, art. 20, VI); b) os *lagos, rios* e quaisquer *correntes de água* em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limites com outros países, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (CF, art. 20, III); e c) as *águas públicas* nos Territórios (CF, art. 18, § 2.º).

São bens de domínio hídrico dos Estados federados, as *águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito* (CF, art. 26, I), salvo quando resultem de obras da União, na forma da lei.

Os Municípios estão excluídos da partilha hídrica constitucional, podendo, não obstante, ter em seu domínio as águas que canalizar ou represar para uso comum ou especial.

105.2. Competência hídrica

A competência para legislar sobre águas é privativa da União (CF, art. 22, IV), bem como a de legislar sobre os temas afins; direito marítimo (CF, art. 22, I), regime dos portos, navegação lacustre, fluvial e marítima (CF, art. 22, X), inclusive sobre polícia marítima (CF, art. 144, § 1.º, III, c/c art. 22, XXII), e, destacadamente, compete à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (CF, art. 21, XIX).

Quanto aos aspectos ambientais conexos ao domínio hídrico, a competência administrativa é *comum* (CF, art. 23, VI), bem como é *concorrente* a competência para legislar sobre a proteção do meio ambiente, conservação da natureza e do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (CF, art. 24, VI e VII); sobre a proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), e sobre direito urbanístico (CF, art. 24, I).

106. CLASSIFICAÇÃO DO DOMÍNIO HÍDRICO E SITUAÇÃO DAS ÁGUAS

106.1. Classificações do domínio hídrico

Vários são os critérios classificatórios do domínio hídrico. O critério geográfico, que é o clássico, distingue três tipos: o domínio marítimo, o domínio lacustre e o domínio fluvial. Este discriminé fisico é atualmente considerado como insuficiente para fundamentar uma caracterização jurídica mais rigorosa e, ao mesmo tempo, mais interdisciplinar, como exigida pela crescente importância da água como riqueza fundamental dos povos, não obstante essas expressões possam continuar sendo usadas, quando não se pretenda tal rigor. Assim é que esse antigo critério classificatório ainda é o empregado para caracterizar o domínio hídrico da União (CF, art. 20, III).

Nova classificação mais ampla, particularmente útil ao Direito Internacional Público, parte da situação das águas em relação à massa terrestre de um determinado país, distinguindo as águas externas e as águas internas.

Outra classificação, mais moderna e atenta à combinação das características físicas e utilitárias do domínio hídrico, distingue as águas superficiais, as subterrâneas, as fluentes, as em depósito e as emergentes. Foi esta a técnica classificatória preferida pelo legislador constitucional de 1988, para caracterizar o domínio hídrico dos Estados (CF, art. 26, I).

Finalmente, existe uma classificação exclusivamente jurídica, derivada do critério da titularidade do domínio e uso das águas, classificando-as em águas públicas, comuns e particulares, tal como originalmente adotada pelo Código de Águas em vigor (o Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, com suas modificações e complementações posteriores).

Esclareça-se, ainda, que não se pode inferir que o regime constitucional inaugurado em 1988 haja desapropriado as águas particulares, com a consequente revogação da classificação das águas então vigente. Desde logo, porque os artigos 20 e 26 da Constituição tratam apenas da partilha dominial federativa das águas públicas entre União e Estados, mencionando-as, mas sem o propósito de classificá-las quanto à titularidade do domínio, portanto, sem definir o que seriam águas públicas, pois, para este específico propósito, previu-se a edição de legislação infraconstitucional própria, destinada a instituir a específica disciplina jurídica das águas, no art. 22, IV, CF.

Com efeito, a simples instituição de uma específica discriminação de águas públicas induz a necessária existência de, pelo menos, outro específico regime dominial, que só poderia ser o das águas particulares, uma vez que o direito de propriedade sobre águas está, como sempre esteve, garantido pelo elenco dos direitos fundamentais. É, aliás, intuitivo que águas contidas em caixas d'água, cisternas, piscinas e tanques existentes nas propriedades privadas não podem ser retiradas sem consentimento de seus proprietários.

Destarte, a mera capitulação constitucional dos dois tipos de dominialidade estatal, sobre

águas públicas, induz, necessariamente, sua contraparte lógica – a existência da dominialidade privada sobre *águas particulares*, pois, ademais, aquela previsão em nada impede que sejam *infraconstitucionalmente reconhecidos outros regimes*, que a lei ordinária já tenha tradicionalmente contemplado, como, por exemplo, tem-se o de águas *adéspotas* (e.g. as das precipitações atmosféricas), e o de águas *comuns*, com caracterização técnica própria (cf. art. 7.º do Código de Águas).

Finalmente, não existindo, como efetivamente não existe, *inequívoca e expressa disposição extinguindo a dominialidade privada sobre águas*, o que seria, além de juridicamente aberrante do regime – e basta pensar na imensa quantidade de águas engarrafadas para o consumo –, uma esdruxularia *fisicamente impossível*, não se está autorizado a retirar tão drástica consequência, sobretudo agressiva aos princípios constitucionais, meramente por aligeirada via interpretativa.

106.2. Situação das águas

A partir dos conceitos geográficos adotados pelo Direito Internacional Público, são *águas externas* as que contornam o continente, e *águas internas*, aquelas que banham determinado território emerso ou lhe faça divisa com outro.

106.2.1. Aguas externas

As *águas externas* dividem-se, por sua vez, em *alto-mar* e *mar territorial*.

O *alto-mar* é considerado *res nullius*, patrimônio equóreo da humanidade e sujeito a regime internacional, definido em atos multilaterais, notadamente a Convenção de Genebra, de 1960, da qual o Brasil é cossignatário.

O *mar territorial* é a porção de águas externas sujeita à plena soberania do país ribeirinho e, portanto, parte integrante de seu território, como *domínio hídrico nacional*.

Com essas características é que o *mar territorial* esteve presente nas Constituições brasileiras, como na atual (CF, art. 20, VI), e como veio a ser definido infraconstitucionalmente pela Lei n.º 8.617, de 4 de janeiro de 1993, que o delimitou como uma faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral e insular brasileiro (art. 1.º).

106.2.2. Aguas internas

As *águas internas* abrangem os mares interiores, os golfos, as baías, as abras, os estuários, as lagunas, os lagos, as lagoas, as represas, os açudes, os rios, os canais, os portos e os ancoradouros, internados na massa territorial ou a ela contíguos, neste último caso, desde que suas aberturas sobre as águas externas não excedam as dimensões adotadas pelas convenções internacionais que as limitam.

As *águas internas* se regem por normas de direito administrativo, estando vigentes, no que não colidir com a Carta de 1988, o Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, com suas alterações e complementações, das quais destacam-se: o Decreto n.º 24.673, de 11 de julho de 1934; e o Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938), diplomas que caracterizam as águas internas, classificam-nas, definem álveo, margem e acessão, dispõem sobre seu aproveitamento, notadamente a derivação, e tratam das nascentes, águas subterrâneas, águas pluviais, águas nocivas e da servidão legal de aqueduto.

As *águas minerais*, assim consideradas aquelas que, por suas propriedades físicas ou físico-químicas, apresentem ação medicamentosa, têm seu código próprio, que é o Decreto-lei n.º 7.841, de 8 de agosto de 1945. No que toca às *quedas d'água*, como já se expôs, a Constituição as distingue dos cursos d'água em que ocorram, tratando-as como *potenciais de energia hidráulica*, bens autônomos, sujeitos a um regime especial, destacando-se a Lei n.º 3.890-A, de 25 de abril de 1961, tema ao qual se retornará no Capítulo XVII, juntamente com o estudo de outros regimes especiais de *ordenamento econômico*, reguladores de exploração de riquezas.

107. DOMÍNIO E USO DAS ÁGUAS INTERNAS

As *águas internas* se classificam, basicamente, em *públicas, comuns e particulares*.

107.1. Águas públicas

As *águas públicas* integram o domínio hídrico dos entes políticos de direito público e se classificam em *águas públicas de uso comum* e *águas públicas dominicais*, conforme sirvam ou não, diretamente, a um uso público genérico ou específico.

São *águas públicas de uso comum* aquelas que se caracterizam pela *serventia pública*, que se dá pela *naveabilidade*, pela *flutuabilidade*, pela *captação pública* e pela *açudagem*. Incluem-se, nesta categoria, o mar territorial, as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis, as fontes e reservatórios públicos, as nascentes consideráveis e outras águas, fluentes ou em depósito, que atendam de maneira perene a finalidades públicas (arts. 2.º e 3.º do Código de Águas).

São *águas públicas dominicais* aquelas que, embora do domínio público hídrico, não apresentam qualquer *serventia pública*, geralmente águas situadas em fundos dominicais, do patrimônio inafetado da União, dos Estados e, neste caso, também dos Municípios.

A respeito do *domínio hídrico municipal* cabe observar que, por estarem os Municípios excluídos da partilha hídrica, só se caracterizarão como águas públicas municipais as que forem captadas, canalizadas e depositadas para atender a um *interesse público local*, mais

precisamente, com fins urbanísticos, e de serviços públicos de interesse local (CF, art. 30, V).

Portanto, os Municípios não têm constitucionalmente partilhados rios, nem lagos, nem lagoas, mas podem ter sob seu domínio hídrico canais, dutos, reservatórios, lagos artificiais e açudes que venham a construir ou tenham construído, com as finalidades mencionadas.

107.2. Águas comuns

As *águas comuns* são, na linguagem do Código de Águas, as “correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam” (art. 7.º) e que, atravessando mais de uma propriedade, podem ser utilizadas, *quantum satis*, por seus donos e possuidores.

107.3. Águas particulares

As *águas particulares* são as nascentes e todas as demais situadas em propriedades privadas, desde que não classificadas entre as públicas ou as comuns (Código de Águas, art. 8.º).

107.4. Águas pluviais e subterrâneas

O Código de Águas refere-se particularmente às *águas pluviais*, para estabelecer que elas pertençam ao dono do prédio onde correm diretamente, isto é, depois de precipitadas da atmosfera (arts. 103 e 104).

Finalmente, as *águas subterrâneas* podem ser apropriadas e utilizadas pelo dono do prédio sobrejacente, utilizando poços, galerias, bombas, cisternas e outras obras de captação, desde que não prejudique o aproveitamento preexistente nem derive cursos d’água com suas próprias obras (art. 96 do Código de Águas). Nestas duas hipóteses, mais na de aquisição de volumes de águas públicas mediante taxa ou tarifa, tais águas são classificadas como privadas.

108. ALVEO ABANDONADO E DERIVAÇÃO

A *riqueza hídrica* alcançou tal importância social e econômica no mundo contemporâneo que, invertendo a relação clássica de pertinência, tornou-se *principal* em relação a *terra*, que forma o denominado *álveo dos rios*, definido como a parte que fica coberta pelas águas, sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto.

O *álveo*, assim caracterizado como acessório das correntes, classificar-se-á do mesmo modo que a massa líquida, que é o bem principal, ou seja, um *bem público de uso comum ou dominical*, conforme o regime de domínio das águas, e *comum* e *particular*, no caso de as águas serem comuns ou particulares.

O álveo abandonado da corrente pública pertence, até a mediana, a linha que o divide ao meio, aos proprietários ribeirinhos de ambas as margens. Os proprietários dos terrenos onde por circunstâncias naturais passou a fluir a corrente de água pública, não terão direito à indenização, acedendo o novo álveo ao domínio público.

Se, porventura, o rio retornar ao antigo leito, o mesmo efeito jurídico ocorrerá em reverso, não havendo, tampouco, direito à indenização. Diversamente ocorrerá, se o desvio ocorreu artificialmente, em consequência de ato administrativo fundado na utilidade pública, caso em que, pelo princípio de justiça distributiva, consubstanciado no art. 27 do Código de Águas, o proprietário do prédio ocupado pelo novo álveo deverá ser indenizado, enquanto que, ao Estado, pertencerá o antigo álveo, a título de compensação pela despesa feita.

Esses dispositivos aplicam-se, no que couber, aos açudes, canais, lagos ou lagoas ou outras massas líquidas, que sejam deslocadas por natureza ou por indústria humana.

A *derivação* consiste no desvio de significante massa de águas públicas para fins agrícolas, industriais, de recreio e de higiene. Depende de *concessão*, se ocorrer *utilidade pública*, ou de *autorização*, quando a utilidade for exclusivamente privada.

A *derivação* também pode ser feita por desapropriação, em caso de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social no uso da água como, por exemplo, para fins de irrigação. Neste caso, as águas serão públicas de uso comum (art. 2º do Código de Águas).

A aplicação das normas atinentes ao gerenciamento das águas públicas e implementação das políticas de água cabe a uma agência reguladora, a *Agência Nacional de Águas – ANA*, criada pela Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000, instituída como centro regulador (art. 4º, II, leg. cit.) de um *Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*, em que atuam o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal, os Comitês de Bacias Hidrográficas, os órgãos dos Poderes Públicos com competência em matéria de água e as Agências de Água, instituído na forma do art. 33 da Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Por fim, destaque-se que a Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, expressamente excluiu a atividade de *Gerenciamento de Recursos hídricos* do regime jurídico dos serviços públicos de *saneamento básico*. Significa que a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das respectivas legislações estaduais.

Seção IV DOMÍNIO AÉREO

109. REGIME DA OCUPAÇÃO DO ESPAÇO AÉREO

O Domínio Público se estende sobre o espaço aéreo superjacente ao território nacional, incluídas as águas territoriais, o que o torna *bem público de uso comum*, sujeito à disciplina legal do direito interno.

Abandonadas ficaram, assim, as concepções extremadas, de romanistas e de internacionalistas utópicos, que defendiam, os primeiros, a apropriação privada do espaço aéreo, e, os segundos, a sua internacionalização, como *res nullius*.

A doutrina adotada no Código Brasileiro de Aeronáutica é a que consagra o princípio da extensão da soberania no espaço aéreo acima de seu território, incluídas as águas territoriais e a plataforma continental que, como se sabe, pode ultrapassar o mar territorial, editada na Convenção de Paris, de 1919, e na Convenção de Chicago, de 1944 (Lei n.º 7.565/1986).

A utilização *comum* do espaço aéreo assume características próprias, quer se trate de ocupação permanente de certo volume de espaço, com obras fixas, quer se trate de navegação aérea, estratosférica, espacial ou orbital, de satélites artificiais.

As construções, em princípio, não têm limite de altura ou de cubagem, cabendo às normas urbanísticas ditar as restrições ao exercício do direito de construir, com normas sobre as dimensões de compartimentos, iluminação e ventilação das edificações e gabaritos de altura, assim como a segurança da navegação aérea e das propriedades privadas dita outras limitações administrativas.

O espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos e particulares também pode ser objeto de concessão de uso, para fins específicos de instalação, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social, de conformidade com o art. 8.º do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967. Este direito tem natureza real, é cessível e resolúvel, e a lei expressamente prevê seu cancelamento por rescisão, em caso de *adestinação* do espaço aéreo concedido.

110. REGIME DA NAVEGAÇÃO AÉREA E AEROESPACIAL

Os regimes jurídicos, aeronáutico e aeroespacial, são de definição privativa da União (CF, art. 22, I), sendo, também, federais os regimes de exploração, direta ou mediante “autorização, concessão ou permissão”, da navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeronáutica (CF, art. 21, XII, c).

A legislação infraconstitucional básica da *navegação aérea*, envolvendo tudo o mais que interessar à sua segurança, se encontra no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/1986) e em farta legislação extravagante. Por sua complexidade e importância, todos esses temas afins podem ser considerados, em conjunto e com acréscimo dos dispositivos de Direito Comercial pertinentes, como um ramo didaticamente autônomo do

Direito Administrativo – o Direito Aeronáutico.

O tráfego aéreo sobre o território nacional é livre, observadas as prescrições do Código Brasileiro de Aeronáutica e dos Atos Internacionais de que o Brasil for parte. São proibidas, entretanto, acrobacias ou evoluções que ponham em perigo a aeronave, seus ocupantes, o tráfego aéreo, as cidades e as aglomerações de pessoas.

Os serviços aéreos dependem de concessão ou de permissão federal, classificando-se em regulares e irregulares, conforme se sujeitem ou não a rotas, frequências e horários fixos, que devem ser definidos tendo em vista o interesse público no transporte de passageiros e de carga.

O s serviços aéreos submetem-se aos princípios constitucionais próprios dos serviços públicos e, se objeto de concessão, aos do art. 175 da Constituição, sujeitos à regulação da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC.

Entre as prescrições de ordem administrativa, relativas à navegação aérea, são importantes as que instituem a obrigação de assistência e salvamento. Deve-a o comandante de aeronave a quem se encontrar em perigo de vida no mar, no ar ou em terra, e o comandante de navio, no mar, e qualquer pessoa em terra, a quem quer que se encontre em perigo de vida em consequência de queda ou avaria de aeronave.

Toda infraestrutura aeronáutica é regulada por normas de Direito Administrativo, sendo os aeródromos classificados em civis e militares, privados ou públicos, devendo ser considerados aeroportos apenas estes últimos, desde que dotados de instalações e facilidades para o apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas.

O s aeroportos, por sua vez, recebem classificação em várias categorias, sendo que os destinados às aeronaves nacionais ou estrangeiras, na prestação de serviços internacionais, recebem a classificação de aeroportos internacionais, obrigatoriamente utilizados por aeronaves procedentes ou que demandem o exterior para fazer o primeiro pouso ou a última decolagem.

A aviação agrícola, assim considerada aquela utilizada no esparzimento de defensivos e fertilizantes, na semeadura, no povoamento de águas, no combate a incêndios, em campos e florestas, e em outros empregos similares, estão sob a regulação, coordenação, supervisão e fiscalização do órgão federal próprio do Ministério da Agricultura, sem prejuízo da competência concorrente do Ministério da Aeronáutica, ou da competente agência reguladora, no que tange às normas do Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como dos demais setores da administração Federal, no que se refere às drogas e poluição ambiental, às marcas e patentes, ao desenvolvimento industrial e comercial, ao registro de comércio, e em relação à higiene e à segurança do trabalho e sua fiscalização, tudo de acordo com o Decreto-lei n.º 917, de 7 de outubro de 1969.

111. INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE E INTERVENÇÃO ECONÔMICA

O conceito de *domínio eminentíssimo*, como foi exposto, não está obsoleto no direito público contemporâneo, desde que entendido como uma expressão do *poder estatal*, que se projeta sobre todos os *bens* sujeitos à *ordem jurídica* por ele imposta.

Neste sentido, já foi estudado o seu reflexo no domínio público, dando origem aos vários institutos que o definem e regulam. Deixou-se, todavia, consignado, que a ordem constitucional reconhece outra modalidade dominial ao lado do domínio público – o *domínio privado* – que é caracterizado pela *garantia à apropriação individual, uso, fruição e disposição de bens* (CF, art. 5.º, XXII), que vem temperada pela cláusula, também constitucional, da *função social* da propriedade.

Cumpre aqui examinar, completando a abordagem do tema dominial, como interage o *domínio eminentíssimo* sobre o *domínio privado*, ou, em outras palavras: *quais os instrumentos jurídicos de que dispõe o Estado para intervir administrativamente na propriedade privada*, seja com a finalidade de *corrigir* o seu uso antissocial, seja de *fomentar* maior satisfação da sua função social.

Vale observar que bem distinta e inconfundível é a atuação estatal que se realiza pelo instituto da *intervenção na economia*, através da qual o Estado alcança os *processos de criação, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas*, para lhes impor comandos restritivos e condicionadores, conducentes à realização dos princípios gerais que norteiam a concepção constitucional da *ordem econômica* (CF, art. 170).

Eis por que é necessário, desde logo, ter bem clara essa distinção entre as duas figuras jurídicas: de um lado, a *intervenção do Estado na ordem econômica*, que é uma *função estatal substantiva* de Ordenamento Econômico, e, de outro, a *intervenção do Estado na propriedade*, que vem a ser uma *função estatal instrumental*, que se põe a serviço de qualquer uma das funções substantivas; este, pois, é o tema de que se ocupa o presente Capítulo.

Com efeito, prosseguindo na distinção entre os referidos institutos, a função de *Ordenamento Econômico* ou de *intervenção do Estado na ordem econômica* se enquadra entre as cinco *funções administrativas finalísticas* estudadas neste Curso (*Polícia, Serviços Públicos, Ordenamento Econômico, Ordenamento Social e Fomento*), caracterizando-se por estar voltada à execução da disciplina constitucional imposta sobre o campo da economia, ou seja, destinada a alterar, pelo emprego do poder público, os relacionamentos espontâneos dos fenômenos econômicos, de produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas, para sujeitá-los a uma *ordem normativa jurídica*, que se tem presumidamente

como a que possa ser mais justa ou mais eficiente que a espontânea.

Distintamente, a *intervenção na propriedade*, reitere-se, ainda uma vez, a bem da clareza, é uma atividade meramente *instrumental*, que se constitui de um arsenal de *meios jurídicos*, através dos quais o Estado tem possibilidade de atuar administrativamente sobre alguns de seus aspectos específicos *atinentes à relação dominial privada*, ou, até mesmo, em caso extremo, para extinguí-la, sempre que o interesse público o exija e a lei o preveja.

Por ser a *intervenção na propriedade* um *instrumento* do Estado, o seu emprego serve, como se expôs, a *qualquer tipo* de atividade administrativa finalística, por isso ela poderá ser aplicada para lograr o desempenho finalístico de todas as suas demais funções administrativas. Assim, exemplificando com as cinco grandes funções administrativas adotadas neste Curso: na de *policia*, se apresentará sob a forma de *limitações*; na dos *serviços públicos*, sob a forma de *servições administrativas*; na de *ordenamento econômico*, sob a forma de *desapropriações*; na de *ordenamento social*, sob a forma de *sanções administrativas*, e na de *fomento público*, sob a forma do *tombamento*.

Para melhor entender a natureza polimórfica desta *função instrumental* de intervenção do Estado na *propriedade* – que se pode estender às *atividades pessoais* quanto a seu uso e fruição – tome-se como exemplo a múltipla utilização que apresenta o instituto da *desapropriação*, por isso aqui escolhido para exame, em razão de sua versatilidade instrumental.

Com efeito, a *desapropriação* é um *instrumento de intervenção do Estado no domínio privado*, que se destina a *substituir o objeto do domínio*, que acaso apresente um interesse público relevante, *por seu equivalente em dinheiro*. Sua *aplicação* é, por isso, diversificadíssima, como comprova-se através de exemplos: a encontramos no campo da *policia*, presente na desapropriação de aparelhos, mecanismos ou de suas patentes, cujo uso possa oferecer risco à sociedade; no campo dos *serviços públicos*, na decisão pela encampação de serviços concedidos; no *ordenamento econômico*, se o Estado entender de monopolizar certa atividade de interesse econômico geral; no *ordenamento social*, se o Estado pretender desapropriar áreas para solução de problemas urbanísticos ou agrários, e a identificamos, ainda, servindo às atividades de *fomento público*, como a voltada à preservação de bens do patrimônio histórico, artístico paisagístico e cultural do País.

Em suma, o que caracteriza a *intervenção na propriedade* é seu aspecto *estático* – referido à própria *relação jurídica* que se trava entre o bem e seu proprietário – enquanto que a *intervenção econômica*, como adiante será estudada, atinge o seu aspecto *dinâmico* – o relacionado à *atividade de exploração econômica* que resulta do trabalho humano.

Como, em certos casos, *propriedade* e *atuação humana* são interdependentes, o que é comum quando se trata de estabelecimentos, de veículos, de equipamentos etc., ao mesmo tempo em que se examinará a *intervenção na propriedade privada*, indicar-se-á, sempre que

pertinentes esses reflexos ou extensões que recaem sobre a *atividade privada* que com eles se relaciona, de modo que as classificações deste Capítulo aplicar-se-ão, também, no que couber, ao *exercício de atividades privadas*.

Feitas essas observações, como esclarecimento quanto à metodologia a ser seguida, cabe uma breve justificação histórica sobre o conjunto de institutos de que se irá tratar, o que auxiliará melhor compreendê-los quanto à sua natureza.

112. A PROPRIEDADE PRIVADA E O ESTADO

A *propriedade* é um fenômeno sociológico reconhecido pelo Direito como uma legítima expressão dos *direitos fundamentais* inerente às pessoas; por isso, posta sob *garantia da Constituição*, daí só se validar no sistema jurídico brasileiro, qualquer instituto intervencionista que sobre ela fosse incidir, se contar com expresso suporte constitucional.

Um longo caminho, todavia, tem percorrido o conceito jurídico de propriedade. A síntese romana, tersamente expressa no *Digesto* pelo trinômio *jus utendi, fruendi et abutendi*, ficou longe no tempo, e sua concepção *absoluta* da propriedade resta apenas como uma abstração, pois, na realidade, a própria convivência em *sociedade* sempre a fez relativa às suas vigências históricas, que, por isso, se expressaram no Direito como *limitações administrativas*, para conciliar, em cada época, os valores da *exclusividade* e da *solidariedade*.

Assim é que, após o amplo conceito romanista, o direito medieval, sob a organização político-social do feudalismo, reduziu-lhe drasticamente a extensão ao vinculá-la a deveres recíprocos entre o senhorio feudal e os servos da gleba.

Foi uma lenta ascensão da *burguesia*, a partir do pré-Renascimento – na busca de maiores garantias para a geração riquezas a partir da indústria e do comércio, que então ressurgiam – que, ganhando espaço em face dos senhores feudais, encontrou na exumação do antigo conceito romanista de *propriedade* pelas universidades italianas, a fundamentação jurídica de que então se necessitava para reafirmá-la, como o foi, desenvolvida lentamente nas *glosas* e nos comentários sobre o instituto a partir do *Corpus Juris Civilis* justiniano.

Ora, como aos monarcas dos pequenos reinos em formação interessava o apoio financeiro da burguesia para se fortificarem e se imporem sobre os senhores feudais, e, por sua vez, à burguesia, interessava a segurança que lhes proporcionaria a criação de reinos fortes para garantir as rotas de comércio, tinha-se que a ambos aproveitava o gabinete assim posto: os reis, ao garantirem o retorno do conceito clássico da propriedade, perdiam a *amplitude dominial* própria do *senhorio feudal*, mas, por outro lado, em contrapartida, se beneficiavam com essa resurreição do *despotismo cesáreo* dos imperadores de Roma.

Paradoxalmente, a burguesia, classe cuja força se fundava no redutivo conceito de propriedade privada, ao conseguir essa histórica vitória sobre o feudalismo, estaria

contribuindo para afirmar e fortalecer a monarquia absoluta, e, em pouco tempo, veria que o opressivo regime que ajudara a ascender acabaria se voltando contra ela própria, para adiante sujeitá-la, tanto ou mais que o fizeram os senhores feudais, sob alguns séculos de constritivos *regimes absolutistas*.

Com efeito, somente no século XVIII, com o triunfo dos *movimentos liberais* que eclodiam na Europa, o *direito de propriedade* voltou a se reafirmar, possibilitando o surgimento da Revolução Industrial. Pouco a pouco, porém, na medida em que se deturpava o idealizado sistema econômico páleo-liberal, em razão dos exageros, deformações e manipulações impostos ao mercado pela ação predadora da própria burguesia vitoriosa, plantavam-se e logo germinariam, em resposta, os movimentos coletivistas e reivindicatórios, que explodiram nos séculos XIX e XX, que viriam a lograr as primeiras conquistas sociais importantes, embora ao alto preço de levar ao proscênio da política uma sucessão de líderes carismáticos, quando não visionários e desequilibrados, que, paradoxalmente, conduziriam a uma repetição, ainda mais agravada, das experiências despóticas, já então para sepultar de vez os ideais humanistas do liberalismo, movidas e sustentadas por ideologias radicais totalitárias e despidas de qualquer preocupação com os direitos humanos.

Foi um turbulento período em que novas propostas sobre governo e propriedade espocaram em diversos quadrantes, produzindo uma plethora de modelos *autoritários* e exacerbados de Estado e para a organização da sociedade com inspiração fortemente despótica, que acabariam abrindo, com seu próprio radicalismo, a era das grandes conflagrações mundiais, que logo se seguiria. Surgiram, à época, desde propostas extremadas, como as dos *modelos socialistas*, que pregavam a drástica limitação ou a eliminação da propriedade, às mais moderadas, de *modelos socioliberais*, que, mantendo embora o instituto da propriedade privada, introduziam uma absorção temperada das ideias coletivistas de solidariedade, sob o conceito de *função social*, ainda que todas essas propostas superassem definitivamente a visão clássica romano-liberal-individualista da propriedade.

A *juridicização* do conceito de *função social da propriedade*, que mais tarde se tornaria um princípio, só viria, entretanto, a ser alcançada, no momento em que as Constituições já não mais se limitaram à *organização política do Estado*, para nelas inserir normas de *organização econômica e social da sociedade*, como ocorreu a partir de documentos fundantes importantes, como a Constituição mexicana, de 1917, e as Cartas europeias do primeiro pós-guerra, entre as quais sobressaiu, como modelo clássico para as posteriores, a alemã, da República de Weimar, de 1919, que inspiraria a Constituição brasileira de 1934, e, de algum modo, as que se lhe seguiram.

A partir desses modelos, que marcariam, durante quase todo o século XX, novas concepções e novos embates em busca de estruturas jurídicas adequadas, através das quais “*cada povo*”, no dizer de Pontes de Miranda, “*busca seu novo direito*”, produziram os ordenamentos hoje vigentes, sem grandes discrepâncias na maioria dos sistemas jurídicos

ocidentais, por sinal, cada vez mais convergentes.

O último capítulo dessa evolução juspolítica do *conceito de propriedade* teve lugar nas décadas finais do século XX, período de profundas mudanças, entre as quais se registram: o fim do mundo bipolar, o ocaso do dogmatismo ideológico, o retorno à democracia e, especialmente, o triunfo da afirmação dos *direitos humanos*, que passaram a ser positivados nas Constituições pós-modernas como *direitos fundamentais*, no sentido de que *precedem e se supraordinam ao Estado*.

Assim é que, na linha juspolítica dessa, também *pós-moderna*, *concepção do Direito*, que emergia das hecatombes bélicas do “século curto”, aplicada com sucesso no conceito vitorioso do *neoconstitucionalismo*, então em surgimento, se veio a reconhecer a *propriedade* como um *direito individual*, temperado pelo princípio que reconhece igualmente a sua *função social*, justificando, assim, a possibilidade de uma *intervenção do Estado despida de preconceitos ideológicos*, se não que, ao contrário, reverente a uma *visão pragmática* sobre a natureza competitiva do homem, que consiste na exigência de que o *uso das riquezas esteja vocacionado a finalidades públicas*, dando, assim, à mola do progresso, e a seu próprio símbolo externo contemporâneo da liberdade, que é a *propriedade*, a têmpera da *solidariedade*, tal como vem acolhida na Carta Política brasileira (CF, art. 5.º, XXII e XXIII).

A expressão infraconstitucional desse princípio encontra-se detalhadamente definida nos cinco parágrafos do art. 1.228 do Código Civil, presumindo-se, embora, que a *propriedade* seja plena e exclusiva, até prova em contrário (art. 1.231 do Código Civil).

113. CLASSIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E ATIVIDADES PRIVADAS

As *classificações* dos instrumentos jurídicos da intervenção do Estado na *propriedade*, bem como nas atividades privadas, a seguir expostas, estão fundadas nos seguintes critérios: *motivo, extensão sobre o objeto, abrangência, onerosidade, duração, exercício, executoriadade e grau de sacrifício imposto*.

113.1. Quanto ao motivo

Como a *propriedade* está, por definição, condicionada à *função social*, isto é, deve servir ou, pelo menos, não causar prejuízo ao interesse geral da sociedade, pode-se distinguir, quanto ao *motivo da intervenção*:

- 1.º) a hipótese em que o exercício do direito de propriedade *causa dano ao interesse geral*;
- 2.º) a hipótese em que o exercício do direito de propriedade *possa melhor atender ao interesse geral*.

A primeira hipótese, caracterizada por vários tipos de ilícitos administrativos, gera a necessidade de coibir as práticas danosas através de *instrumentos repressivos*. Tem-se, assim, a *intervenção sancionatória*, isto é, a que se fará com a imposição de *sanção administrativa*, inibidora ou punitiva.

Apresenta, porém, maior interesse técnico a segunda hipótese, por suas amplíssimas utilizações sociais, que se expressa por uma disciplina administrativa propiciadora da vocação pública da propriedade privada, casos em que é imposta uma *intervenção ordinatória*, através de um *preceito administrativo*, abstrato ou concreto, que poderá tanto ser *limitativo*, como *ablativo* de direitos inerentes à propriedade.

113.2. Quanto à extensão sobre o objeto

Cabe distinguir, quanto à *extensão da intervenção* sobre o objeto do direito de propriedade, a intervenção que compromete apenas *algum aspecto* desse direito e a que atinge *todo* o seu objeto.

No primeiro caso, trata-se da *intervenção limitativa* e, no segundo, da *intervenção expropriatória*.

113.3. Quanto à abrangência

Distingue-se, aqui, a hipótese em que a intervenção se aplica a um *caso específico*, daquela modalidade que a estende, de modo abstrato, geral ou universal, a todos os casos do *mesmo gênero*.

No primeiro caso, a intervenção incidirá *concretamente* sobre uma determinada relação dominial, e, no segundo, abrangerá, *generalizadamente*, toda uma classe ou categoria de relações dominiais.

113.4. Quanto à onerosidade

A *intervenção geral* é *gratuita*, o que vale dizer que sua utilização não impõe ônus à Administração interveniente, mas a *intervenção concreta* é *onerosa*, cabendo à Administração *indenizar* o titular da propriedade atingida pela perda de sua utilização econômica, porque, consoante o princípio da justiça distributiva, ninguém deve arcar isoladamente com os ônus impostos em favor do benefício geral resultante das atividades do Estado.

113.5. Quanto à duração

Diferencia-se a *intervenção permanente* da *transitória*. A *intervenção permanente* é a regra – quase todas são. Quanto às *transitórias*, têm-se: a *ocupação temporária*, a *requisição de bens inconsumíveis* e, mais raramente, a *limitação*.

113.6. Quanto ao exercício

De modo geral, as intervenções só podem ser impostas e executadas pelo Estado, sendo, assim, *indelegáveis*. Há, entretanto, algumas que, por sua própria natureza, são instrumentos auxiliares indispensáveis para a realização de obras ou de serviços públicos paraestatais, concedidos ou permitidos, admitindo-se que sejam *delegáveis*, porém apenas no que toca a seu *exercício*, não quanto à sua *imposição*.

113.7. Quanto à executoriedade

Todos os institutos interventivos, que serão a seguir estudados, são *executórios*, salvo duas exceções: a *servidão administrativa* e a *desapropriação*, que, para serem postas em execução, na falta da concordância do proprietário dos bens declarados de interesse coletivo, demandam o desencadeamento de processo judicial.

Quanto à *modalidade sancionatória*, tampouco serão executórios a *multa* e certos tipos de *destruição de coisas* e de *confisco*.

113.8. Quanto ao grau de sacrifício imposto

Classificar a intervenção na propriedade quanto ao grau de sacrifício imposto aos particulares não é tarefa simples. Na verdade, a escolha de um critério de gradualidade da imposição, seja qual for, sempre deixará a desejar, porque esses institutos de intervenção não só diferem na *intensidade*, quanto na *permanência*, e até na *qualidade*, do sacrifício imposto.

Para efeito didático, porém, e apenas com o objetivo de oferecer uma relação nominada dos institutos postos sob certo critério lógico, é aceitável a seguinte graduação, considerando, cumulativamente, os três fatores mencionados.

Assim, na modalidade de *intervenção ordinatória*, distinguem-se:

1. *a ocupação temporária*
2. *a requisição*
3. *a limitação administrativa*
4. *a servidão administrativa*
5. *o tombamento*
6. *a desapropriação*.

Quanto à modalidade de *intervenção sancionatória*, como adiante se exporá, apresentar-se-á com diferentes eficácia e com diversos graus de intensidade e de permanência e, dadas as suas características especiais, será tratada em item próprio, ao final do Capítulo.

114. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA ORDINATÓRIA NA PROPRIEDADE E NAS ATIVIDADES PRIVADAS EM ESPÉCIE

114.1. Ocupação temporária

A *ocupação temporária*, admitida genericamente no art. 5.º, XXIII, da Constituição, pode ser conceituada, aplicando-se os referenciais classificatórios estudados, como uma modalidade de *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa do uso, gratuita, transitória e delegável*.

É imposta se o Estado necessita utilizar-se do bem particular para a realização de atividades de interesse público, que não consumam nem alterem a substância do bem.

Como se vê, a modalidade atinge apenas um dos aspectos da propriedade – o *direito de uso* – e de tal forma a não causar, em princípio, prejuízo ao proprietário, daí classificá-la como uma *intervenção gratuita*.

A Constituição faz duas menções diretas ao instituto: no art. 5.º, XXV, que autoriza o uso da propriedade particular em caso de *perigo iminente*, e no art. 136, § 1.º, II, como instrumento específico a ser empregado na hipótese de decretação de *estado de defesa* em caso de *calamidade pública*.

Outros conhecidos exemplos são: o previsto na lei eleitoral, para a ocupação de prédios particulares destinados à instalação de serviços eleitorais, e a ocupação de terrenos particulares para depósito de equipamentos e materiais, enquanto são empreendidas obras no logradouro, variedade esta em que é comum a delegação de sua execução a empreiteiros e concessionários de obras e serviços públicos.

Se da ocupação temporária, excepcionalmente, advier algum *dano*, seu proprietário terá direito à *indenização*, como simples aplicação do princípio da justiça distributiva.

A intervenção, normalmente concretizada por *ato administrativo*, também poderá sê-lo, diretamente, pela *lei* ou por *ato administrativo complexo* de efeitos concretos.

114.2. Requisição

Fundado e referido na Carta de 1988, nos arts. 5.º, XXIII e XXV; 22, III e 139, VII, o instituto da *requisição* pode ser conceituado como uma *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade e atividades privadas, limitativa do uso e fruição de bens ou impositiva de obrigação de fazer, onerosa, transitória ou permanente, e de caráter indelegável*.

É empregado quando o Estado necessita de bens e de serviços para atender a necessidades gerais urgentes, imprevistas e transitórias.

O Código Civil trata da *requisição* no art. 1.228, § 3.º, *in fine*, admitindo-a em casos de *perigo público iminente*.

A requisição de um *bem consumível* torna-a permanente pela fruição, devendo o Estado indenizar ulteriormente o seu valor. Já a requisição de *bem inconsúmivel*, tornará uma intervenção temporária, devendo o Estado devolver o bem utilizado e indenizar também

posteriormente o seu proprietário, e de maneira mais ampla, das perdas e danos eventualmente ocasionados ao bem objeto da requisição.

As requisições podem ser *civis* e *militares*, conforme a autoridade que as aplique e a natureza das circunstâncias que as motivem, sempre, porém, em circunstâncias excepcionais, caracterizadoras de um *estado de emergência*, ou seja, quando todos os procedimentos normais de obtenção de bens para atender às atividades de interesse geral, para fins civis ou militares, sejam insuficientes para garantir eficiência à atuação do Estado. Esta é a situação enfrentada em epidemias, cataclismos, revoluções, guerras etc., que tipificam um *estado de necessidade público*, no qual se confrontam dois interesses juridicamente protegidos, devendo o privado ceder ao público, na forma e nos limites da lei.

Além da *requisição de bens*, instituto de emprego mais comum, existe a modalidade da *requisição de serviços*, com características semelhantes, através da qual o Estado determina a execução por terceiros de *atividades correlacionadas a certos bens*, necessárias para atender a um estado de emergência que envolve um emprego especial desses bens, tratando-se, portanto, de uma modalidade que, no caso, pode tornar-se intervintiva também sobre a *atividade privada*.

A *requisição*, previamente regulada em lei, é instituída por ato *administrativo* de autoridade competente, civil ou militar.

Por considerar o abastecimento das populações matéria de absoluta importância e geradora de graves situações de emergência, a Lei Delegada n.^º 4, de 26 de setembro de 1962, e o Decreto-lei n.^º 2, de 14 de janeiro de 1966, instituíram, ainda, uma modalidade de *requisição civil de natureza preventiva*.

A Lei n.^º 5.025, de 10 de junho de 1966, exclui da requisição as mercadorias existentes nos armazéns gerais alfandegados, assim autorizados pelo Ministro da Fazenda, seja para fins militares, seja para abastecimento da população, salvo em estado de sítio, comoção intestina, guerra ou calamidade pública oficialmente declarada.

As *requisições militares* serão apreciadas mais detidamente no Capítulo XV, quando do estudo dos aspectos administrativos da Segurança Pública.

114.3. Limitação administrativa

As *limitações administrativas* estão admitidas, genericamente, no art. 5.^º, XXIII, da Constituição, sempre que caiba a edição de lei reguladora do exercício de um direito ou garantia individual.

Este instituto também transcende o campo da intervenção sobre a *propriedade*, de que trata especialmente este Capítulo, servindo, igualmente, à intervenção estatal sobre *atividades*.

Com vistas à unidade do estudo e à sua oportuna concentração, feita esta observação,

tratar-se-á, doravante, do instituto da *limitação administrativa*, sem distinguir a que incide sobre a *propriedade particular* da que recai sobre a *atividade particular*, ainda porque, na prática, se apresentam por vezes tão confundidas que difícil se torna extricá-las.

Assim, tomando um exemplo elucidativo desta coincidência, se o Estado, por determinado motivo, restringir a venda de certos bens, tanto é possível apreciar essa intervenção como incidente sobre a *propriedade* (a disposição desses bens), como sobre a *atividade* (o comércio), mas, em ambos os casos e de qualquer forma, estar-se-á tratando da aplicação do mesmo instituto – de *limitações administrativas*.

Fixada a extensão das *limitações*, pode-se conceituá-la, na mesma linha das classificações estudadas, como a modalidade de *intervenção ordinatória, abstrata e geral do Estado na propriedade e na atividade privadas, limitativa do exercício de liberdades e de direitos, gratuita, permanente e indelegável*.

Este tipo de intervenção visa a *dimensionar e condicionar* a amplitude hipotética do exercício de liberdades, de direitos e de garantias individuais, notadamente, o exercício do direito de propriedade, relativamente às exigências do interesse geral e, por isso, o rigoroso atendimento à *ordem* contida na *limitação* vem a ser a *conditio juris* de seu próprio exercício. Sem essa submissão, o exercício se torna *ilícito* e ensejará a aplicação da *intervenção sancionatória*, que se apresentará, portanto, como uma espécie derivada e de *segundo grau* de intervenção estatal sobre a propriedade e atividades privadas.

A *universalidade* da limitação, que vem a ser sua aplicabilidade uniforme sobre propriedades ou atividades de uma mesma classe, garante-lhe a *gratuidade*, uma vez que o sacrifício limitatório é *imposto a todos*, na mesma medida e sem exceção, bem como garante-lhe a *generalidade* em sua aplicação, por incidir sobre relações jurídicas *indeterminadas*, embora determináveis.

Justifica-se, ainda, a *gratuidade*, porquanto os benefícios gerais, que decorrerem da imposição da limitação, alcançarão e beneficiarão a todos por igual. Tome-se, como exemplo, a *limitação do direito de construir*, denominada de *gabarito*: se um Município, por hipótese, reduz a altura máxima e o número de pavimentos das construções, por considerações de estética, segurança ou de higiene, todos os imóveis de certa zona urbana, os proprietários de imóveis na área, indiscriminadamente, só poderão construir se observado este preceito, daí, neste sentido, a limitação parecer, à primeira vista, *ablativa* de valor econômico, entretanto, se considerada sob um prisma mais amplo, verifica-se que a *perda de valor* do imóvel, que adviria da impossibilidade de edificar-se a maior altura, se compensa com o *ganho de valor* que resultará das vantagens de estética, segurança e higiene para todas as propriedades da zona, obtidas com a imposição do instituto do *gabarito*, justificando-se a *gratuidade* da medida. Portanto, mesmo que se considerasse o instituto sob ângulo econômico estritamente privado, do mesmo modo estariam plenamente atendidos os princípios da

garantia da propriedade e da equidade.

A imposição das limitações, empregada ordinariamente na atividade de Polícia, é *indelegável*, pois seria inadmissível que a Administração cometesse a terceiros a disciplina concreta da propriedade e da atividade privadas, nada impedindo, porém, que *ações de mera execução* possam ser delegadas, quando diretamente vinculadas à prestação de serviços públicos, até mesmo a entidades da *administração associada*, sempre que coincidam os respectivos interesses e desde que não demandem *emprego da coerção física*, caso em que só ao Estado cabe atuar.

Uma vez instituídas por lei, das *limitações* nasce, para a Administração, um *direito subjetivo público* de exigir concretamente seu cumprimento. Até aqui, uma generalidade conhecida, mas cogita-se também de um relacionamento delas derivado, um conceito desenvolvido por Rafael Bielsa e, entre nós, por Hely Lopes Meirelles, que consiste na *possibilidade da geração de um direito subjetivo privado em favor de terceiros*, sempre que apresentem um *legítimo interesse* em que seja cumprido o comando da limitação.

Aproveite-se o exemplo acima oferecido, do instituto edilício do *gabarito limitativo* da altura de edificações: se, por hipótese, um dos proprietários de terreno na zona gabaritada, descumpriro o preceito, construir em altura além da permitida, não só advém um *direito subjetivo público do Poder Público*, em face do transgressor, de exigir a observância da limitação, como um *direito subjetivo privado*, de natureza *reflexa*, dos particulares, como vizinhos *interessados* em não desvalorizar suas respectivas propriedades.

Nas hipóteses reflexas, doutrina e jurisprudência aceitam que os preceitos administrativos das *limitações* possam ser *fonte de direitos subjetivos privados*, como um corolário do *princípio da unidade do sistema jurídico*. Tornar-se-á ao tema quando do estudo do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental, nos quais esse aspecto se apresenta com maior detalhe e singular nitidez.

Finalmente, impende sublinhar que as *limitações administrativas* só podem ter assento em *lei*, mas, ainda assim, não deverão ser impostas *desproporcionalmente*, com restrições tais que inutilizem a propriedade atingida, pois, se isso ocorrer, a pretexto de aplicar uma limitação, o Poder Público estaria virtualmente *expropriando* um direito.

114.4. Servidão administrativa

Admitida, genericamente, no art. 5.º, XXIII, e, implicitamente, no inciso XXIV, da Constituição, a *servidão administrativa* pode ser conceituada como *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, parcialmente expropriatória, impositiva de ônus real de uso público, onerosa, permanente, não executória e de execução delegável*.

Quando se tratar de realização de serviços ou de obras públicas de execução prolongada, em que a solução da ocupação temporária não basta, desenvolveu-se esta figura,

como uma contrapartida pública da *servidão predial privada*, estabelecida no Código Civil, caracterizada, do mesmo modo, pela instituição de um ônus real de uso sobre a propriedade, daí a sua denominação, com a distinção da obrigatoriedade *finalidade pública*.

O ato que inicia o processo administrativo para a instituição de uma servidão administrativa deve *declarar* qual é o imóvel serviente, definir o objeto da imposição, bem como fixar a indenização, se couber, que será devida ao proprietário do prédio sacrificado.

Disso decorre que, se não houver *redução da utilidade econômica do imóvel* em razão da imposição da servidão, nada haverá a ser indenizado, tratando-se de sua variedade *gratuita*. Já, em sua variedade *onerosa*, após o ato declaratório do Estado, proceder-se-á ao pagamento da *indenização* oferecida pelo Poder Público, consumando-se o estabelecimento *consensual* da servidão se o proprietário do imóvel serviente aceitar a quantia arbitrada de indenização.

Na hipótese de não ser aceita a indenização oferecida, o Estado só poderá consumar a instituição da servidão administrativa mediante *acertamento judicial prévio do valor indenizatório disputado*, o que demandará a abertura de um *processo de desapropriação*, estabelecido no Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, inclusive para que se imita na posse provisória da servidão sobre o bem serviente.

É de se notar que o conceito de *uso público* referido à servidão administrativa não equivale ao de *uso comum do público*, mas ao de *utilização de interesse público*, seja pelo Estado ou por quem lhe seja delegado.

Outro amplo emprego da *servidão administrativa* dá-se na passagem de dutos, de toda sorte, por terrenos urbanos, como os empregados para a implantação de esgotos, de encanamentos de água, de redes telefônicas, de gás, de televisão a cabo etc., ou em terrenos rurais, para a construção de torres de transmissão elétrica e de telecomunicações, de oleodutos, gasodutos, adutoras, canais de irrigação etc.

Modalidades excepcionais do instituto, por serem temporárias, são as *servidões de solo e subsolo*, instituídas no Código de Mineração, Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967, arts. 59 a 62, como *acessórios das minas*, de modo que a elas acedem como um efeito dos atos de *autorização de pesquisa* e de *concessão de lavra*, seguindo-lhes, portanto, as condições e a duração.

A servidão administrativa, uma vez constitutivamente declarada por *ato administrativo* regular, admite a *delegação de sua execução*, podendo, o delegatário de serviços públicos, promover, na qualidade de *substituto processual*, o competente processo judiciário.

114.5. Tombamento

O *tombamento*, previsto no art. 216, § 1.º, da Constituição Federal, pode ser conceituado como espécie de *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à*

preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, científico, folclórico, artístico, turístico ou paisagístico.

O Estado civilizado, que deve valorizar a cultura, vale-se do instituto do *domínio eminent*e para estender sua proteção aos *bens móveis e imóveis que apresentem interesse histórico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico, folclórico, artístico, turístico ou paisagístico*, sobre eles instituindo este regime especial do *tombamento* para disciplinar a utilização, a conservação e a disposição desses bens.

A Carta de 1988 prevê *competência concorrente* dos três graus federativos para *legislar* sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (CF, art. 24, VII), e *competência comum* para *executar* o tombamento (CF, art. 23, I e III). Nestas condições, além das entidades maiores, os Municípios também poderão decretar tombamentos, desde que observadas as prescrições *gerais* da lei federal e, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as respectivas prescrições *especiais e locais*, uma vez que os Municípios poderão suplementar a base legislativa, no que couber e lhes for peculiar, para a proteção do patrimônio histórico-cultural local (CF, art. 30, II e IX).

A lei federal vigente para o tombamento, com suas *normas gerais* de obrigatoriedade observância, é o Decreto-lei n.º 25, de 30 de maio de 1937, complementado pelo Decreto-lei n.º 2.809, de 23 de novembro de 1940, Decreto-lei n.º 3.866, de 29 de novembro de 1941, e Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961.

Os *bens tombados* permanecem sob domínio e posse dos particulares, mas sua *utilização* passa a ser limitada e condicionada, podendo ser impostas, ainda, servidões e limitações satélites aos imóveis da vizinhança, quando se tratar de bem imóvel tombado e for necessário assegurar a proteção do que se denomina de seu *entorno*.

O tombamento institui, também, um *direito de preferência* à aquisição do bem tombado em favor do Poder instituidor, não obstante lhe seja possível, a qualquer tempo, decretar a desapropriação, se for o caso, para melhor atingir os fins de proteção visados.

114.6. Desapropriação

Instituto quatro vezes presente no texto constitucional (arts. 5.º, XXIV; 22, II; 182, § 3.º; e 184), a *desapropriação* é daqueles instrumentos interventivos que suscitam cuidados especiais, uma vez que se trata da modalidade mais gravosa de *intervenção estatal na propriedade privada*.

Segundo os parâmetros classificatórios adotados, podemos conceituá-la como o *grau máximo de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, que opera a transferência compulsória de um bem para o domínio público, de forma onerosa, permanente, não executória e de execução delegável, imposta discricionariamente pela declaração de existência de um motivo de interesse público legalmente suficiente*.

114.6.1. Natureza jurídica

Entre as várias teorias que procuram definir a *natureza jurídica* deste instituto, a que mais satisfaz ao modelo brasileiro vem a ser a que descreve a *desapropriação como substituição compulsória do objeto da propriedade*. Entende-se, com isso, que nem há *venda forçada*, que é a óptica civilista do fenômeno, nem *perda da propriedade*, o que a aproximaria do confisco, mas uma *substituição imposta* do bem expropriando por seu equivalente em dinheiro, operando-se, simultaneamente, a sua *transferência* para o domínio público.

Essa transferência se dará ou *de imediato*, com a incorporação consecutiva do bem expropriado ao patrimônio das pessoas administrativas de direito público, ou *com diferimento*, neste caso, com a permanência provisória do bem no domínio privado resolúvel, conformando o patrimônio das entidades delegatárias que houverem promovido a desapropriação e arcado com a respectiva indenização. Essa *condição resolutiva do domínio privado* se dará na hipótese de *devolução da execução do serviço público delegado à pessoa administrativa de direito público delegante*.

114.6.2. Espécies

Como todo *ato administrativo*, o expropriatório exige *finalidade pública*. É preciso, todavia, que se caracterizem certos tipos de *interesse público específico*, como os legalmente suficientes para motivar a sua aplicação.

São, assim, *hipóteses estritas de assento constitucional*: as desapropriações por *necessidade pública*, por *utilidade pública* e por *interesse social*, tal como previstas no art. 5.º, XXIV, e a desapropriação aplicada como *sanção urbanística*, esta instituída no art. 182, § 4.º, III.

Ocorrerá a hipótese de *necessidade pública*, se a Administração encontrar na desapropriação a *única solução* para resolver determinado problema administrativo por ela enfrentado; a de *utilidade pública* se caracterizará se a desapropriação se apresentar como a *melhor solução* administrativa para o atendimento do interesse público, e, finalmente, a de *interesse social* se configurará, se a desapropriação for a *única* ou a *melhor solução administrativa* para amparar um *grupo social* que o Estado deva proteger ou pretenda atender de modo especial.

Enquanto as duas primeiras modalidades – a *necessidade pública* e a *utilidade pública* – visam a dotar o Estado de *meios de atendimento a interesses gerais* da sociedade, a terceira, a de *interesse social*, se destina a *atender diretamente a interesses específicos* de certos segmentos carentes da sociedade, destacando-se, como a mais notória e importante variedade dessa modalidade, a *desapropriação para fins de reforma agrária* (CF, art. 184), que se distingue das demais pela possibilidade de utilização pelo Estado de títulos especiais para o pagamento da indenização.

Mais recente modalidade é a *desapropriação sancionatória*, instituída pela Constituição

de 1988 (art. 182, § 4.º, III), como um instrumento da *política urbana*. Neste caso, o Poder Público municipal, se fracassados outros instrumentos suasórios empregados para compelir o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promover seu adequado aproveitamento, poderá decretá-la, como última sanção a ser imposta ao proprietário remisso.

A aplicação desse instituto sancionatório está condicionada, entretanto, à existência: (1) de *lei federal* que o regule nacionalmente (CF, art. 182, § 4.º), que, no caso, é o *Estatuto da Cidade* (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001); (2) de *lei municipal específica* para a área incluída no plano diretor (também CF, art. 182, § 4.º); e, por certo, (3) de uma específica *lei definitória*, do *plano diretor* da cidade (CF, art. 182, § 1.º), que deverá ser aprovada com a obrigatória colaboração das associações representativas dos interesses privados dos respectivos municípios (CF, art. 29, XII).

Quanto à *expropriação* prevista no art. 243 da Constituição, das glebas onde são encontradas *culturas de plantas psicotrópicas*, como não se alude a qualquer previsão constitucional de indenização, há de ser entendida como uma *modalidade sancionatória* extrema do instituto em estudo, a ser imposta *sem indenização*, importando, portanto, em modalidade excepcional de *confisco* no sistema constitucional. Com efeito, se assim não fora, estar-se-ia *beneficiando o infrator*, pagando-lhe indenização pelo justo valor do bem, do mesmo modo que ocorreria em uma desapropriação regular.

Há uma grande cópia de leis que disciplinam as espécies referidas e relacionam os casos que podem ensejar desapropriação; a lei geral é o Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que trata da necessidade e da utilidade pública, abrindo ainda, no seu art. 5.º, p, um campo à consideração, sempre, também, por via legal, de outros casos, com as modificações introduzidas pelos Decretos-leis n.º 4.152, de 6 de março de 1942, n.º 9.811, de 9 de setembro de 1946, e Lei n.º 2.786, de 21 de maio de 1956; a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, complementada pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra, Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, alterada pela Lei n.º 5.709/1971, Lei n.º 6.746/1979, Lei n.º 7.647/1988, Decreto-lei n.º 2.431/ 1988 e Medida Provisória n.º 2.183-56, de 24 de agosto de 2001), relacionando os casos de interesse social. No Código Civil, estão referidos ao instituto da desapropriação os arts. 1.275, V; 1.409; 1.425, V; 519 e 959, II.

É útil lembrar que inúmeras outras leis contêm *dispositivos autorizativos de desapropriação*, seja como instrumento de Ordenamento Econômico (Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, modificada pelo Decreto-lei n.º 422, de 20 de janeiro de 1969 e pelo Decreto-lei n.º 2, de 14 de janeiro de 1966), seja de Ordenamento Social (Lei n.º 3.833, de 8 de dezembro de 1960, Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, Lei n.º 4.519, de 2 de fevereiro de 1964, Lei n.º 4.593, de 29 de dezembro de 1964 e Lei n.º 6.610, de 10 de julho de 1974).

Existe, finalmente, legislação extravagante, que incide sobre aspectos específicos das desapropriações, como o Decreto-lei n.º 1.075, de 22 de janeiro de 1970, que regula a imissão liminar de posse em imóveis residenciais urbanos, e a Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974, que adapta o art. 28, § 1.º, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, ao sistema processual civil em vigor.

Todos esses diplomas, como, de resto, toda a normatividade infraconstitucional da desapropriação, é matéria de competência da União (CF, art. 22, II), não cabendo, às demais entidades políticas, mais que emitir o ato administrativo de *declaração expropriatória*, por decreto do Poder Executivo, declinando a existência *in casu* das condições legais de seu emprego, e a promoção de sua execução, por via consensual ou judicial.

114.6.3. Formas

A desapropriação se aplica através de um *processo administrativo não executório* – uma vez que a Administração não pode esgotar, por seus próprios meios, o seu trâmite institutório – que a possibilitará a *imitir-se na posse* do bem expropriado.

Os respectivos procedimentos são cumpridos, assim, em duas etapas distintas, de modo a satisfazerem os *dois requisitos* constitucionais da desapropriação, tal como implícitos no art. 5.º, XXIV, da Carta Magna, que são: (1) a *declaração expropriatória* e a (2) a satisfação da *indenização*. O primeiro requisito será satisfeito com a expressão da necessidade, da utilidade pública ou do interesse social a ser atendido, individuando o bem, que, para tanto, será expropriado, e, o segundo requisito, com o *pagamento* da prévia e justa indenização ao expropriado.

Para o atendimento do *primeiro requisito*, o Poder Expropriante deverá baixar um *ato administrativo declaratório*, em princípio, um *decreto*, exclusivo do Chefe do Executivo da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, como não há empecilho constitucional, a lei ordinária poderá delegá-lo à direção de autarquias e de paraestatais. Excepcionalmente, a *declaração de interesse social* de uma propriedade territorial rural para fins de reforma agrária, se dará por Decreto exclusivo do governo federal.

Dá-se que, por vezes, a *declaração* tem sido emitida por ato do Poder Legislativo, com conteúdo *materialmente administrativo* (tratando-se, portanto, de uma lei em sentido formal), caso em que caberia ao Executivo apenas *efetivar* a desapropriação (Lei citada, art. 8.º). Esta prática, porém, é irregular, por ofensiva ao princípio da *independência dos Poderes* e, por isso, não poderá ser entendido, qualquer ato declaratório de conteúdo expropriatório emitido pelo Poder Legislativo, como *cogente* para o Executivo e a melhor exegese é a que admite essa *declaração expropriatória* pelo Legislativo, apenas como mera *recomendação* ao Executivo, o que apenas o dispensaria de renová-la, não produzindo quaisquer efeitos secundários legítimos

sobre a propriedade privada, pois os danos de fato advenientes, por ilegítimos, devem ser indenizáveis.

Finalmente, é útil lembrar que doutrina e jurisprudência repudiam a *extensão do poder declaratório de utilidade pública* aos concessionários de serviços públicos e, *a fortiori*, aos permissionários, o que nos parece acertado, por ser incompatível com a natureza jurídica de uma *delegação contratual*, sendo esta a linha interpretativa que seguiu a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao dispor, no art. 31, VI, que à concessionária incumbe apenas *promover* as desapropriações autorizadas pelo Poder Concedente.

Feita a *declaração* de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, cumpre atender-se, então, ao *segundo requisito*, que é o de *promover-se* a efetivação da desapropriação mediante o *pagamento da prévia e justa indenização ao expropriado*.

Esta promoção admite dois caminhos: a solução mais simples será o *recebimento voluntário*, pelo expropriado, da *indenização expropriatória* oferecida pelo Poder Expropriante ou por seu delegado, *caso em que se efetivará a desapropriação por acordo* (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 10); mas, se o expropriado não concordar com a oferta, fracassada a negociação, a desapropriação só poderá se efetivar com o concurso do Poder Judiciário, ao qual incumbirá, devidamente provocado pela Administração ou por delegatário legitimado, *fixar o justo valor da indenização, convocar o expropriado para o recebimento, ou determinar a consignação da importância* (conforme a atitude do expropriado), e, *por fim, decretar a imissão do Poder Expropriante* (ou seu delegado) na posse do bem expropriado, o que deverá ser feito ao cabo do *devido processo* em sede judiciária, podendo, embora, essa imissão ser antecipada em caráter provisório (Lei citada, art. 15).

Adiante, no Capítulo XX, serão apreciados alguns *aspectos processuais* mais relevantes desse específico instrumento do contencioso material administrativo, denominado *processo de desapropriação*, cuja estrita finalidade é a fixação da *justa indenização*, para efeito de possibilitar a *efetivação* da expropriação, o que compreende o *pagamento*, real ou ficto, e a consequente *imissão* definitiva do Poder Público na posse do bem.

Em resumo, em tema de *formas*, há dois trâmites básicos, comportando alternativas de menor importância:

1.º trâmite: o processo é simples, iniciando-se por ato unilateral declaratório do Poder Expropriante e se conclui por ato bilateral de acordo entre este e o expropriado; tudo se passando em sede administrativa.

2.º trâmite: o processo é híbrido, iniciando-se em sede administrativa por ato unilateral declaratório do Poder Expropriante, a que se sucede o processo judicial, culminando com sentença declaratória do valor da indenização e a imissão na posse do bem expropriado.

De qualquer forma, a desapropriação só se pode considerar consumada no momento em

que o proprietário recebe a importância do valor da indenização ou esta lhe seja consignada judicialmente (seja, portanto, um pagamento real ou ficto), pois só então restarão satisfeitos os dois referidos requisitos constitucionais.

114.6.4. Declaração expropriatória

A *declaração expropriatória*, por si mesma, além do efeito principal de abrir o processo próprio, com a manifestação do interesse público a ser atendido, e de permitir a imediata efetivação *consensual* da desapropriação, produz ainda outros *efeitos acessórios* de grande importância (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941):

- a) autoriza as autoridades administrativas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial (Lei citada, art. 7.º);
- b) fixa o termo inicial do prazo de caducidade de cinco anos, do próprio ato declaratório, não podendo, no caso de caducar, ser reeditado sobre o mesmo bem senão depois de um ano (Lei citada, art. 10);
- c) autoriza a imissão provisória na posse, se contiver cláusula de urgência (Lei citada, art. 15);
- d) desobriga o Poder Expropriante de indenizar as benfeitorias voluptuárias e as úteis, quando feitas sem sua autorização (Lei citada, art. 26, § 1.º); e
- e) fixa a precedência da pessoa administrativa expropriante que primeiro a declara, atendendo-se em caso de concomitância à ordem do art. 2.º da Lei citada: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios e, implicitamente, das autarquias da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios e, finalmente, das paraestatais e das demais delegatárias, se autorizadas, em sequência e na mesma ordem.

114.6.5. Objeto da desapropriação

Tudo o que for *objeto de apropriação* sob o regime privado é, em princípio, desapropriável. É o que se há de inferir da amplitude do art. 5.º, XXIV, da Constituição.

Não importa, assim, se são bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, fungíveis ou infungíveis, gravados ou não com ônus reais, aqui incluídos os enfitéuticos, sendo expropriáveis quaisquer dos direitos próprios à *enfiteuse*: o do nu-proprietário e do enfiteuta.

A lei inclui, expressamente, o espaço aéreo e o subsolo, quando a sua utilização pública puder causar prejuízo ao proprietário do solo (Lei citada, art. 2.º, § 1.º).

A doutrina acrescenta, ainda, acertadamente, os *bens das missões diplomáticas*, os que se tornaram *inalienáveis por ato jurídico*, os *bens móveis temporariamente situados no estrangeiro*, as *ações de sociedades anônimas* e os *direitos imateriais*; mas, por outro lado, exclui o *cadáver*, as *partes vitais do corpo humano* e o *dinheiro* (moeda corrente do País).

Ainda quanto aos bens, existe o entendimento de que a desapropriação não pode atingir *bens móveis encontrados no mercado* destinados à livre aquisição, sob pena de lesão ao princípio constitucional da *licitação*, o que sujeitará a declaração a um juízo de *razoabilidade*, que lhe definirá a legitimidade da escolha.

Quanto à desapropriação de *bens públicos*, haverão de ser confrontadas as categorias de interesses *justificativas* do emprego do instituto, com as categorias de interesse público *atendidas* pelo bem em apreço.

Assim, se o bem público está afetado à *máxima utilização pública*, que é o *uso comum*, torna-se *insuscetível de desapropriação*, porque, se, por hipótese, fosse desapropriável, esse ato estaria *desafetando o bem*, o que só seria possível por via *legal*.

Por outro lado, se o *bem público* estiver afetado a uma *utilização especial*, em se tratando de bem *dominical*, o que prevalecerá, então, será o *interesse* especificamente deduzido pela entidade expropriante. Presumir-se-á implícita a *prioridade da utilidade pública declarada*, segundo o espectro de atendimento público *presumidamente mais amplo* a que se possa destinar o bem expropriado, obedecendo à ordem a seguir definida:

- 1.º) União (desapropriará de todos);
- 2.º) Estados-membros e Distrito Federal;
- 3.º) Municípios;
- 4.º) autarquias federais;
- 5.º) autarquias estaduais e distritais-federais;
- 6.º) autarquias municipais;
- 7.º) paraestatais federais;
- 8.º) paraestatais estaduais e distritais-federais;
- 9.º) paraestatais municipais;
- 10.º) concessionários e permissionários federais;
- 11.º) concessionários e permissionários estaduais e distritais-federais; e, finalmente;
- 12.º) concessionários e permissionários municipais.

Dentro dessa ordem de precedência de *interesses presumidos juris et de jure* será possível às pessoas de grau federativo superior desapropriarem bens de uso especial e dominicais das pessoas de grau inferior, mas sempre cumprindo notar que qualquer desapropriação, mesmo obedecida essa graduação, se não apresentar a devida cláusula de *finalidade pública*, será viciada e, portanto, nula.

114.6.6. Indenização

A *indenização expropriatória* deve ser paga em *dinheiro*, como regra, mas, a que se fundar no *interesse social*, para a realização da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, incidente sobre imóvel que não esteja cumprindo a sua função social, será paga com *títulos da dívida agrária*, clausulados de preservação de seu valor real e resgatáveis em prazo de até

20 anos a partir do segundo ano de sua emissão, cuja utilização será definida em lei (CF, art. 184); quanto às benfeitorias existentes, necessárias ou úteis, serão sempre indenizadas em dinheiro (CF, art. 184, § 1.º).

Porque deva ser *justa*, a indenização há de cobrir os lucros cessantes, o valor histórico, o fundo de comércio, as despesas de sub-rogação de ônus, os juros de mora, as custas despendidas, os salários de peritos e os honorários de advogado. Os *juros compensatórios*, a partir da Medida Provisória n.º 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, serão de 6% ao ano, e os *moratórios*, também, de 6% ao ano.

Com relação à amplitude da cobertura indenizatória, o critério adotado pela legislação brasileira é o da *indenização única*, ou seja: ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que *recaiam sobre o bem*, excluindo-se, assim, os direitos pessoais contra o expropriado (ver Lei citada, art. 31).

O total da indenização, entretanto, para que ela possa ser considerada *realmente justa*, deve ser *corrigido* sempre que o valor da moeda se modificar; neste sentido, o art. 26, § 2.º, da Lei de Desapropriações, com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 6.306, de 15 de dezembro de 1975, que obrigou a correção monetária da importância fixada, se decorrer mais de um ano entre a data da avaliação e a do pagamento.

Finalmente, ainda, para que seja considerada *justa*, no caso de uma *desapropriação parcial* de imóveis *desvalorizar o remanescente*, a indenização deverá incluir uma *compensação* por essa desvalorização (Lei citada, art. 27); este preceito introduziu nova e racional solução, revogando o antigo *direito de extensão*, que consistia em poder, o expropriado, exigir que na desapropriação se incluisse o remanescente do imóvel, sempre que inútil ou difícil se tornasse sua utilização. A solução antiga consistia, claramente, em dar ao particular um *poder decisório sobre o bem que deveria ser desapropriado*, incompatível, portanto, com o sistema vigente.

Mas, na hipótese de uma *desapropriação parcial* retirar completamente o conteúdo econômico da parte remanescente, o proprietário terá direito ao recebimento da indenização correspondente a todo o bem. Em tal situação, por ter o expropriante pago por todo o bem, torna-se justo que incorpore a seu patrimônio a integridade do bem desapropriado.

114.6.7. Tredestinação

Tredestinação vem a ser a não aplicação do bem à finalidade para o atendimento da qual foi desapropriado. Deve-se ter em conta que esse desvio não chegará a se caracterizar, se seu objeto for aplicado à *outra finalidade pública* que não aquela mencionada no ato expropriatório, uma vez que a Constituição só se refere a espécies amplas (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), sem descer a subespécies, bastando atender,

assim, aos pressupostos da categorização da espécie constitucionalmente prevista para que se tenha justificado o ato expropriatório.

Entretanto, uma vez desapropriado o bem e incorporado ao patrimônio público, tornando-se um *bem público*, se não se consumar o seu efetivo *emprego* para a satisfação de um *fim público específico*, assistirá ao expropriado, provado o *desvio de finalidade*, pedir *indenização* por perdas e danos, pois não poderão mais ser objeto de *reivindicação in natura* os bens desapropriados uma vez incorporados à Fazenda Pública (Lei citada, art. 35). Obviamente, a *contrario sensu*, se os bens desapropriados e caracterizadamente destinados foram incorporados ao *patrimônio de entes delegatários* (paraestatais ou concessionários), caberá a *reivindicação*; sendo plenamente aplicável, nesta hipótese, o direito de *retrocessão* (Código Civil, art. 519), com sua devolução *in natura*.

114.6.8. Desapropriação indireta

Na realidade, não se trata, aqui – quanto à, assim denominada, *desapropriação indireta* – de caracterizar-se uma distinta modalidade expropriatória, mas de apontar as consequências de um *ato ilícito* da Administração, ao apossar-se de um bem sem cumprir os dois requisitos constitucionais essenciais da desapropriação: a *declaração* e a *justa indenização*.

Todavia, mesmo quando o Estado, deliberadamente ou não, apossa-se de um bem privado e o utiliza efetivamente no interesse público, considera-se que esta afeição, que decorrerá tanto da obra pública realizada como do uso público que se lhe dê, integrará de direito, irreversivelmente, o bem esbulhado, ao domínio público, cabendo, apenas, ao proprietário espoliado, pleitear a indenização, mas que, por decorrer de *ato ilícito* da Administração, deverá ser a mais ampla possível, contados os lucros cessantes desde o esbulho.

Além dessa hipótese mais corrente de *desapropriação indireta*, ela pode ainda resultar de outra modalidade de *ato lícito* da Administração, que, ao implantar uma das formas de intervenção parcial na propriedade, retira completamente o conteúdo econômico do bem. Neste caso, o proprietário prejudicado também terá direito ao recebimento de uma ampla indenização, correspondente ao valor de todo o bem.

A Medida Provisória n.º 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, estabeleceu a caducidade, em cinco anos, do direito de propor ação de indenização por desapropriação indireta (art. 1.º).

114.6.9. Desapropriação por zonas

A realização de grandes obras públicas traz como consequência a valorização extraordinária dos imóveis adjacentes. Para restabelecer a justiça distributiva, já que não é plausível que alguns poucos lucrem, com a enorme e injustificada valorização de seus

imóveis, às custas da contribuição da sociedade, dispõe o Estado de três institutos: um, de natureza tributária – a *contribuição de melhoria*; outro, uma solução administrativa, que só cabe quando ocorre desapropriação parcial – que consiste na *compensação* entre a maior valia adquirida pelo imóvel e o preço a pagar (Lei citada, art. 27, *in fine*) e, finalmente, uma terceira solução, de maior amplitude e de excelentes resultados práticos – que é a *desapropriação por zonas ou desapropriação extensiva*.

Consiste, esta modalidade, na definição prévia, no corpo do decreto expropriatório, de *duas espécies de áreas sujeitas à desapropriação*: a que se destina à execução da *obra* e a que se destina à *revenda* de seu entorno por ela valorizado.

Com esta declaração, devidamente especificada quanto às áreas que se destinarão expressamente à revenda, não será invocável o instituto da *tredestinação*, uma vez que o *fim público visado foi declaradamente a realização da própria revenda*, com o propósito de tornar equável o ônus da atividade administrativa, e saldável a obra pública.

114.6.10. Desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária

Esta modalidade obedece a procedimento judicial de rito sumário e contraditório especial, previsto no art. 184, § 3.º, da Constituição, e regulamento pela Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993.

Como peculiaridades substantivas, destaque-se a *inapreciabilidade do interesse social declarado* pelo expropriante e a *irrevindicabilidade dos imóveis*, uma vez registrados *ex novo*, portanto, *originariamente*, em nome da entidade expropriante.

115. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA SOBRE A PROPRIEDADE E AS ATIVIDADES PRIVADAS EM ESPÉCIE

115.1. Conceito

Na primeira classificação apresentada dos institutos de intervenção na propriedade, incluiu-se a *intervenção sancionatória*, por representar uma atuação intervintiva exercida pelo Estado em caráter *punitivo*, portanto, aplicada como *sanção pelo descumprimento de um preceito legal*.

Distintamente das formas *ordinatórias*, que contêm um *preceito*, abstrato ou concreto, emitido pelo Poder Público e dirigido a proprietários de bens, esta forma *sancionatória* pressupõe a *violação de um preceito anterior*, também abstrato ou concreto. É, portanto, uma hipótese de *intervenção derivada*, ou, consoante outra classificação usual, um *ato administrativo secundário*.

A *intervenção sancionatória* – cabendo aqui a mesma explicação que foi oferecida quando

do tratamento da *limitação administrativa* – poderá recair tanto sobre a *propriedade* quanto sobre as *atividades* particulares correlativas. Objetivando a unidade de estudo, do mesmo modo serão tratadas em conjunto ambas essas formas interventivas, que, como já se salientou, muitas vezes na prática se apresentam inextricáveis uma da outra.

Pode-se conceituar a *intervenção sancionatória* como uma modalidade de *intervenção concreta do Estado na propriedade e na atividade privadas, limitativa ou expropriatória, permanente ou transitoriamente imposta e indelegável, destinada a compelir remissos e infratores ao cumprimento de preceitos legais*.

Diante do descumprimento, por parte do administrado, de normas legais ou de normas ou comandos administrativos fundados na lei, abre-se à Administração a possibilidade de *constrangê-lo* à sua observância, seja atuando diretamente sobre a *propriedade* do infrator, seja, alternativa ou conjuntamente, sobre sua *atividade*, tanto no sentido de reduzir, tanto no de impedir, temporária ou permanentemente, o exercício de direitos, ou, se exercitada em grau extremo e excepcional, de desconstituir-lhe o próprio direito.

Trata-se, pois, de *atuação vinculada*, concreta e, em regra, executória, pois apenas no caso de imposição de *multa* a Administração deverá recorrer ao Judiciário, não mais, porém, para *aplicá-la*, mas para *executá-la*, de modo a alcançar o patrimônio do devedor.

É exigência constitucional que essa *imposição administrativa* seja *motivada* e precedida de *ampla defesa* (art. 5.º, LV, e art. 93, X, por inferência), salvo quando seu retardar puser em perigo ou causar prejuízo maior ao interesse público especificamente tutelado.

115.2. Espécies de atos administrativos de intervenção sancionatória

Segue-se um *elenco de atos administrativos de intervenção sancionatória*, guardando relação com a gradatividade do sacrifício imposto à propriedade ou à atividade particular. São, assim, tanto *atos sancionatórios extroversos* como *atos sancionatórios introversos*, estes, com os quais a Administração se vale para *penalizar disciplinarmente* seus servidores, sob *sujeição jurídica funcional especial*, que é a espécie já estudada no Capítulo XII.

São, basicamente, em lista não exaustiva:

1. a *multa*;
2. a *interdição*;
3. a *destruição de coisas*; e
4. o *confisco sancionatório ou perda de bens*.

115.2.1. Multa

Multa é *imposição pecuniária* aplicada aos transgressores de preceitos administrativos. Como há hipóteses em que o Estado não tem condições de se substituir ao particular para

corrigir irregularidades, é o caso de aplicação do *nemo praecise potest cogi ad factum* – a impossibilidade de constrangimento pessoal para ação – tornando-se, esse tipo de intervenção redutora do patrimônio, um meio indireto de induzir o transgressor ao cumprimento da lei.

É inconfundível, porém, esta *sanção administrativa* com a *sanção penal*. Ambas são imposições estatais punitivas, mas, enquanto a primeira resulta do ato administrativo, a segunda só pode ser aplicada por sentença criminal; a primeira poderá ser ou não executória; a segunda sempre o será; a *sanção administrativa* tem como finalidade a *indução ao cumprimento da norma* ou do comando administrativo, enquanto a finalidade da *sanção penal* é uma *retribuição social afilítica* diretamente imposta sobre a pessoa do criminoso; por fim, a *sanção administrativa* depende de *processo administrativo*, ao passo que a *sanção penal* só se aplica como resultado de um *processo judiciário*.

Tampouco se confunde a *intervenção sancionatória* com a *sanção pactual*, que é a instituída em cláusulas e condições de atos bilaterais ou multilaterais, destinada tanto a punir o descumprimento de obrigações assumidas por parte dos administrados, estipuladas, em geral, nos próprios atos convencionais ou em normas uniformes a eles diretamente aplicáveis, como *induzir o seu cumprimento*. Esta modalidade pactual, também como diferença, não resulta da imposição do poder estatal, embora em *contratos administrativos* possam coexistir as duas formas de sanções: tanto as *interventivas* ou unilaterais como as contratuais, bi ou multilaterais.

Quanto à *cumulatividade* de sanções, o critério geralmente empregado é o da *imposição simples*, na constatação de *infração isolada*, e o da *imposição acumulável*, em unidades de tempo, se de *infração continuada*.

A *multa pecuniária* é a sanção administrativa mais empregada e suas características mais importantes, que bem a estremam das multas criminais, são: a *inexecutriedade*, a *inconversibilidade em detenção* e sua *objetividade*, isto é, prescindem da caracterização da culpa ou do dolo do infrator.

115.2.2. Interdição

A *interdição* é uma imposição sancionatória, que restringe, em casos concretos, o *exercício de direitos sobre a propriedade ou a prática de certas atividades*.

Há, todavia, uma peculiaridade em seu emprego excepcional, que se dá mesmo sem caráter punitivo, hipótese que poderá ocorrer a título de *intervenção preventiva*, como acontece, por exemplo, no caso de estabelecimento de cinturões de segurança em áreas de incêndios, de epidemias, de epizootias, de epifitias ou de conflagrações; nesses casos, a *autuação* e outras formalidades prévias são obviamente dispensáveis.

Interessante exemplo desta modalidade de intervenção na propriedade e nas

atividades particulares se encontra no Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967, art. 78), quando, por motivo de ordem pública, ou em se verificando malbaratamento de determinada riqueza mineral, o Poder Público determina a *interdição de mineração*, com o fechamento de certas áreas às atividades de garimpagem, faiscação ou cata.

Também a *interdição de obras*, ou o *embargo de obras*, previstos nos Códigos de Obras e leis urbanísticas em geral, são modalidades interditórias edilícias de amplo emprego.

Numerosas outras modalidades de *interdições* são empregadas em todas as funções administrativas, mas, maciçamente, estão concentradas no exercício da *policia*, como, exemplificadamente, no caso, já referido, dos *embargos de obra*, no da *suspensão do certificado de navegabilidade de aeronaves*, no da *suspensão do exercício de profissões liberais* conforme respectivos estatutos, da eliminação do profissional de quadros das entidades corporativas e em tantos outros mais, recebendo, por vezes, a denominação alternativa de *cassação*.

Deve-se atentar que a *interdição* resultará sempre de uma *imposição singular* e incidente sobre *situações concretas*, mesmo que o ato aparente ser geral.

Por derradeiro, atente-se que a *interdição administrativa* não se confunde nem com a *interdição civil*, instituída para a proteção dos incapazes, nem com a *suspensão* ou *interdição penal*, que é uma pena aplicada no exercício do *poder punitivo do Estado* sobre a pessoa do delinquente (CF, art. 5.º, XLVI, e).

115.2.3. Destruição de coisas

A *destruição de coisas* é uma modalidade de intervenção sancionatória de último grau coercitivo, imposta pelo Estado, da qual resulta a *perda da propriedade, pela inutilização ou destruição do seu objeto*.

A sua aplicação está prevista sempre que houver uma *situação de emergência* que não se compadeça com procedimentos prévios. Não dispensará, entretanto, a formalidade de *constatação do fato* (o *auto de infração*) e a da *certificação* da punição aplicada (o *auto de destruição*), pois só assim se garantirá seu controle jurisdicional, se eventualmente houver de ser provocado por quem se julgar lesado em seu direito.

O instituto, não obstante tratar-se de medidas drásticas, que só devem ser tomadas com as maiores cautelas pelas autoridades competentes, recebe uma dilargada aplicação, especialmente no campo das atividades de *policia*, como, por exemplo, para a destruição de gêneros deteriorados, de impróprios ao consumo, de substâncias nocivas à saúde, medicamentos perigosos, drogas estupefacientes, objetos de uso proibido em lei e, ainda, à demolição de construções, que, por suas condições ruinosas, ofereçam *perigo iminente*; neste último caso, recebe a denominação específica de *demolição administrativa*, com seu estudo particularizado no Capítulo XVIII, em que se versará o *Direito Urbanístico*.

115.2.4. Confisco ou perda de bens

Outra intervenção sancionatória de grau extremo é o *confisco ou perda de bens*, pela qual se transfere compulsoriamente ao Estado o objeto da propriedade privada. Em razão do sistema de direitos e garantias constitucionais, sua admissão excepcional, de estritíssimo direito, só poderá ter assento na própria Constituição Federal (hoje, alçada a garantia, no art. 5.º, XLVI, b).

Este instituto não se confunde com o *confisco penal*, uma medida incidental tomada no curso de processo criminal, *expropriando* o produto do crime e de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática de ato criminoso, ou, então, *expropriando* os instrumentos do crime, desde que sejam coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam ilícito criminal, ainda que não seja apurada a autoria do delito.

A *perda de bens*, aplicada independentemente de sanções civis e administrativas, como as previstas em legislação específica, destina-se a punir o responsável por *ato de improbidade administrativa* nas hipóteses previstas no art. 12, I e II, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

A Constituição de 1988 autoriza ainda a decretação de *indisponibilidade de bens*, para resarcimento ao erário, por parte dos responsáveis por atos de *improbidade administrativa*, sem prejuízo de aplicação das sanções penais cabíveis (art. 37, § 4.º).

Quanto ao Decreto-lei n.º 359, de 17 de dezembro de 1968, conceituando o *enriquecimento ilícito presumido*, para os efeitos de sanção confiscatória, como a aquisição de bens, dinheiro ou valores por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública na União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, sem que, à época da aquisição, dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda (art. 6.º), tornou-se inconstitucional, por incompatível com as garantias constitucionais estabelecidas no art. 5.º, LIV e LV, o que não significa que não se possa aplicar administrativamente, a medida cautelar de *indisponibilidade*, já referida, com o objeto de garantir o erário.

Finalmente, a Constituição de 1988 introduziu a modalidade, já examinada, de *expropriação confiscatória*, especificamente prevista como sanção aplicada aos proprietários de glebas de qualquer região do País em que se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243, *caput*).

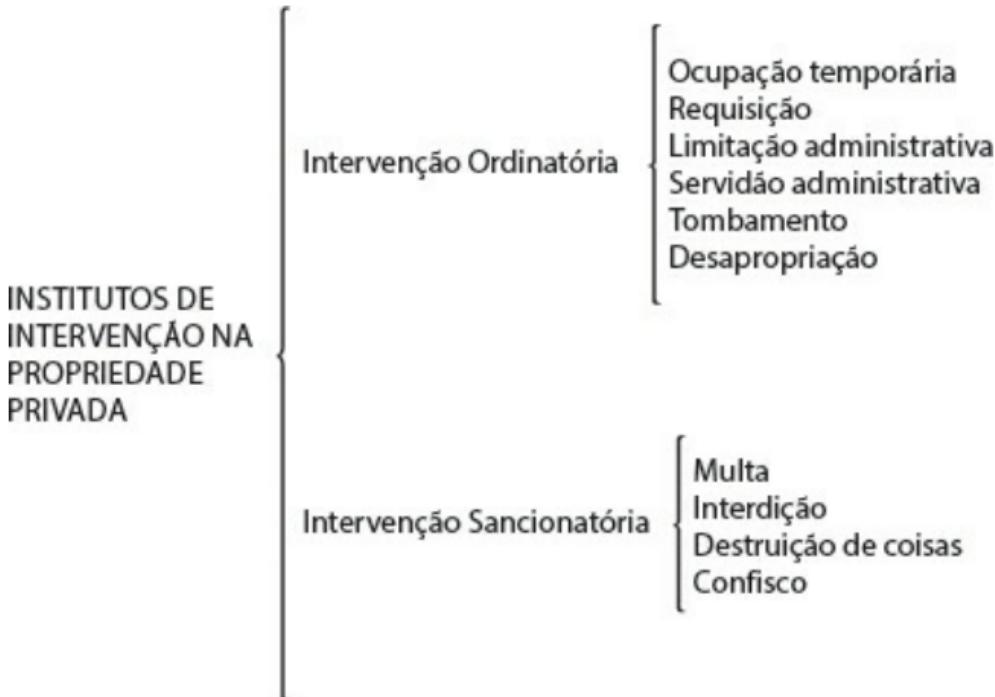
Como é sabido, o direito de propriedade tem como contrapartida a *responsabilidade social* (CF, art. 5.º, XXIII), não se compadecendo, a ordem jurídica, com o abandono ou o mau uso do bem. Do *abandono* do bem poderá decorrer o *usucapião*, que não é pena, mas um benefício civil outorgado a quem efetivamente exerceu por longo tempo a posse pacífica, enquanto, do

mau uso do bem, poderão decorrer *sanções civis e administrativas*, às quais se acrescentou a acima referida, de nível constitucional, estabelecida especialmente para essa hipótese extrema de *uso antissocial da propriedade*.

Vale sublinhar que, ainda nesta hipótese constitucionalizada como política de combate às drogas, o dispositivo sancionatório é *autoaplicável*, uma vez que contém todos os elementos exigidos para sua execução. A competência para a declaração de *expropriação confiscatória* é do Chefe do Poder Executivo Federal, de vez que seu ato está vinculado ao trânsito em julgado da sentença que concluir pela simples existência do *fato gerador* – a *cultura ilegal de plantas psicotrópicas*. Obviamente, não será necessário que o proprietário da gleba tenha alguma participação na prática do delito, bastando, é claro, o vínculo dominial, para caracterizar-se a hipótese constitucional de *responsabilidade objetiva*.

Executado esse confisco, o trato de terras deverá ser especificamente destinado ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (v. quadro XXII).

QUADRO XXII – INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA



116. CONFRONTO E DESLINDE PRÁTICO ENTRE INSTITUTOS AFINS DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE E NAS ATIVIDADES PRIVADAS

O iniciante nos estudos de Direito Administrativo encontrará, por vezes, certa semelhança entre alguns dos institutos descritos e, até mesmo, destes com outros, próprios aos demais ramos do Direito. Por isso, agora que se os têm singularmente examinados nas diversas hipóteses interventivas sobre a propriedade e sobre as atividades privadas, convém aprofundar algumas distinções técnicas com vistas a facilitar seu pronto reconhecimento prático e a afastar algumas confusões propiciadas, como já se observou anteriormente, pela carência de *normas gerais de direito administrativo nacionais*, de que é exceção o *instituto da desapropriação*, que singularmente apresenta um tratamento constitucional e infraconstitucional estruturado.

116.1. Extremando a ocupação temporária

A *ocupação temporária* apresenta características semelhantes ao *emprestimo*, pelo fato de ambos os institutos importarem na transferência gratuita e temporária do uso de um bem; mas ficam aí as semelhanças, pois a *ocupação temporária*, que é regulada pelo Direito Público, resulta de *ato administrativo*, tendo, portanto, natureza unilateral e executória, e se destina a satisfazer um interesse público definido, um elemento relevante para caracterizar a sua juridicidade, ao passo que o *emprestimo*, que é regulado pelo Direito Privado, resulta de um *contrato*, tendo, portanto, natureza bilateral, não gozando de executorialidade e destinado a satisfazer interesses particulares, irrelevantes para a caracterização de sua juridicidade.

116.2. Extremando a requisição

Segue-se a *requisição*, instituto que, até certo ponto, pode ser confundido com a *ocupação temporária*, com a *desapropriação*, com o *tributo* ou com o *emprestimo compulsório*.

Com a *ocupação temporária*, a identidade residiria na *transferência provisória de uso*, em se tratando de requisição de bens inconsumíveis, sendo ambas, ademais, espécies do mesmo gênero, como instrumentos administrativos de intervenção estatal na propriedade privada. Dá-se, porém, que a *requisição* visa a retirar do seu objeto toda utilidade necessária, até mesmo consumi-lo, e, por isso, é *onerosa*, enquanto a *ocupação temporária* não prejudicará o uso e a fruição normais exercidos pelo proprietário da coisa, daí ser em princípio, *gratuita*.

Também, com a *desapropriação*, a semelhança se estabeleceria, em se tratando de requisição de *bem consumível*; no caso, tanto uma como outra modalidade de intervenção, ambas importariam na substituição do objeto da propriedade, que passaria ao Estado Interveniente, além de, como no caso anterior, serem espécies do mesmo gênero.

Todavia, as diferenças são ainda mais consideráveis, porque a *requisição* é possível apenas em caráter de emergência, é executória, e com indenização *a posteriori* – o motivo do

ato administrativo requisitório é uma necessidade pública *qualificada* como urgente e imperiosa; por outro lado, a desapropriação, sendo normalmente empregada para atender às atividades comuns do Estado, pode ser aplicada a qualquer tempo, é heteroexecutória e sua indenização deve ser prévia – sendo motivo do ato expropriatório, o simples interesse público, expresso em uma das três modalidades constitucionais previstas: necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

Com o *tributo*, a semelhança estaria no emprego do poder impositivo do Estado para obtenção de recursos para suas atividades; ainda aqui, além de ser o tributo uma categoria jurídica própria de um ramo autônomo do Direito Públco, o que já importa em várias dissimilitudes principiológicas e estruturais, apresenta algumas diferenças bastante claras, já que o tributo tem prévia definição legal, se impõe ordinariamente, não é restituível e não é executório, ao passo que a requisição não necessita de tipificação legal, é extraordinária, indenizável e executória.

Finalmente, com o *emprestímo compulsório*, a aproximação seria mais evidente, desde a restituibilidade de ambos; mas, ainda assim, há a distanciá-los tanto a *executoriedade*, de que não goza o empréstimo compulsório, como a especialidade de que este se reveste, já que recai apenas sobre dinheiro, e, ainda, a desnecessidade de uma prévia definição em lei para a imposição de requisição.

116.3. Extremando a limitação administrativa

Quanto à *limitação administrativa*, há similitudes com a *sanção administrativa* e com a *restrição de vizinhança*.

Convém esclarecer-se, desde logo, que a *limitação administrativa*, por resultar de um preceito *abstrato*, sendo *restrição geral* que a todos *diretamente* beneficia, não pode ser confundida com qualquer das espécies de intervenção ordinatória estudadas, pois que estas importam, como visto, em comandos *concretos*, que impõem *restrições específicas* e se voltam ao atendimento de um determinado interesse público, de modo a beneficiar *indiretamente* a toda a coletividade.

A limitação guarda com a *sanção administrativa* a proximidade de uma espécie para outra, do mesmo gênero – uma, é intervenção na *propriedade* e outra, na *atividade privada* – pois ambas reduzem o exercício de direitos. Mas ficam aí as semelhanças, pois suas *finalidades não são as mesmas*: a limitação tem finalidade *preventiva*, é imposição geral, abstrata, originária e discricionária, ao passo que a sanção administrativa tem finalidade *repressiva*, é uma imposição individuada e concreta, e, além disso, derivada e vinculada, já que pressupõe, em regra, o descumprimento de um comando anterior.

Outras confusões têm surgido entre a *limitação*, que incide sobre a propriedade imóvel, e a *restrição de vizinhança*, pois ambas importam na redução de exercícios do direito de usar e

gozar a propriedade imóvel, restringindo a sua diversificada disposição, entre as quais, destacadamente, o *direito de construir*. Observa-se, entretanto, com maior atenção, que a finalidade da *limitação*, como instituto de Direito Públco, é de ser uma *norma de subordinação para a proteção de interesses públicos específicos* – de segurança, salubridade e estética das construções e dos conjuntos urbanos – sendo impossível, em razão de sua imperatividade, qualquer *transigência* com os valores resguardados; por outro lado, a finalidade da *restrição de vizinhança*, como instituto de Direito Privado, é de atuar como *norma de coordenação de interesses entre vizinhos*, evitando que se conflitem, sendo, por isto, *transigível* mediante concertação privada; acresce que a limitação pode ser imposta por lei ou por ato administrativo normativo de qualquer nível federativo, ao passo que a restrição de vizinhança, como instituto de Direito Civil, só pode ser instituída por lei federal.

116.4. Extremando a servidão administrativa

A *servidão administrativa* se assemelha à sua congênere civil, a *servidão predial*, e, ainda aqui, suscita algumas confusões com os institutos do *tombamento* e da *desapropriação*.

A *servidão administrativa* e a *predial* são, ambas, ônus reais que recaem sobre a propriedade alheia, mas, enquanto a *servidão administrativa* se institui através de procedimento, que se inicia com um ato administrativo declaratório, a *servidão predial* resulta de ato da vida privada, podendo ser ainda constituída por usucapião ou por sentença em juízo divisório, formas estas incompatíveis com a modalidade pública. De resto, a finalidade de cada uma é inteiramente diversa: enquanto a *administrativa* se estabelece para facilitar a execução de obras ou serviços duradouros de interesse público, sem que haja um prédio dominante favorecido, a *predial* visa apenas à *valorização* de um prédio dominante.

Com o *tombamento*, a diferença reside, também, na sua *finalidade*, já que, para a *servidão administrativa*, esta é a facilidade na execução de obras e serviços públicos, e, no *tombamento*, é a *proteção* de objetos de cultura. Também, sob outros aspectos, diferem ambos, porquanto a *servidão administrativa* é heteroexecutória, em regra onerosa e um ônus real de uso a favor de terceiro, ao passo que o *tombamento* é autoexecutório, gratuito e não transfere qualquer direito à *utilização* do bem tombado, senão que apenas a limita.

Com a *desapropriação*, a diferença é de grau. A *servidão administrativa* retira parcialmente do proprietário o exercício do uso e gozo sobre determinado bem imóvel, enquanto a *desapropriação* suprime *totalmente* este exercício pela transferência do bem ao domínio público ou ao patrimônio de delegatário. Uma, é ônus real de uso, e, outra, uma forma de perda do domínio; a *desapropriação* é sempre onerosa, mas a *servidão administrativa* pode ser gratuita nos casos em que o uso público não restrinja o uso privado economicamente útil, que lhe possa dar o proprietário do prédio serviente.

116.5. Extremando o tombamento

O *tombamento*, já acima confrontado com a servidão administrativa, se cotejado com a *limitação*, apresenta, como semelhança, a gratuidade de imposição e, em muitos casos, também a sua finalidade estética e funcional.

Deve-se ressaltar, no entanto, diferenciando-os, que o *tombamento* é uma imposição *concreta*, ao passo que a *limitação* se impõe *abstrata* e, de modo geral, a toda uma categoria de bens. A finalidade do *tombamento* é, em última análise, *cultural*, visando a atender elevados valores do homem, voltando-se a seu aperfeiçoamento em sociedade, enquanto a finalidade da *limitação* é a própria à *função de polícia*, referindo-se à segurança, à salubridade e ao decoro, que constituem valores-meio, portanto, com horizontes mais reduzidos.

116.6. Extremando a desapropriação

A *desapropriação*, finalmente, já tendo sido extremada da *requisição* e da *servidão administrativa*, guarda ainda algumas semelhanças com o *confisco*.

Tal similitude não subsiste, porém, ao se reconsiderar certas características de cada instituto: a *desapropriação* é uma imposição ordinatória, ordinária, discricionária, destinada ao atendimento de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social prosseguidos pela Administração, não levando a uma *redução patrimonial*, mas à *substituição* de um determinado bem pelo equivalente em dinheiro; já o *confisco* é uma imposição sancionatória, extraordinária e vinculada, destinada a punir transgressões à ordem jurídica, consistindo, aqui sim, em *perda patrimonial*, que se dá com a transferência de um determinado bem em favor do Estado.

116.7. Extremando os institutos da intervenção administrativa sancionatória

Finalmente, quanto à *intervenção administrativa sancionatória*, já se a diferenciou suficientemente da *sanção penal*, quando acima se fez referência àquela espécie. A confusão se dissipa totalmente, ao se considerar a *atividade sancionadora in genere* como uma *atividade derivada*, lógica e juridicamente vinculada, e que segue a natureza do preceito antecedente infringido, de modo que poderá ser civil, penal ou administrativa, se o respectivo comando violado for, respectivamente, civil, penal ou administrativo.

Por derradeiro, visando a finalidades de *coordenação social*, *subordinação na área das vedações conceituadas como criminais* ou *subordinação na área da disciplina administrativa*, corresponderão, ainda e respectivamente, sanções civis, penais ou administrativas, apresentando finalidades distintas: repositórias ou indenizatórias (para as civis), retributivas ou pedagógicas (para as penais) e intimidativas ou coercitivas (para as administrativas).

117. CONCEITO

A palavra *pólicia* deriva-se, sucessivamente, das vozes, grega *politeia* e latina *politia*, que procedem do étimo grego *polis*, daí a sua conotação à *ordem da cidade antiga* – ou seja, à sua *administração*.

Foi com esta acepção geral, de *administração*, que o vocábulo se manteve até o final da Idade Média, difundindo-se o seu uso nos idiomas do romance, até que, sob influxo das ideias liberais germinadas no século XVIII, concentrou-se o seu significado para a designação das *atividades do Estado limitativas e condicionadoras das liberdades individuais*, tal como hoje é universalmente empregado em Direito.

Deve-se a essa inserção histórica da atividade de *pólicia* no tema juspolítico da *liberdade*, à superação do absolutismo, tornando-a uma das mais bem estudadas *funções administrativas do Estado*, como objeto de intenso tratamento doutrinário a partir das Revoluções Liberais, notadamente ao ingressar no constitucionalismo norte-americano na expressão *poder de polícia (police power)*, e ao desenvolver-se na abundante doutrina administrativista europeia, de tradição romano-germânica, que se seguiu à Revolução Francesa.

Chegou-se, assim, ao conceito atual de *função administrativa de polícia*, pela qual o Estado *aplica as restrições e os condicionamentos legalmente impostos, ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista assegurar uma convivência social harmônica e produtiva*.

Já com esse sentido *funcional*, no início do século XX, o clássico sistematizador do Direito Administrativo alemão, Otto Mayer, propunha um conceito bastante simples e preciso: “A atividade do Estado que visa a defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer”.

Na metade do século XX, entre os grandes autores da época, vai-se encontrar em Marcelo Caetano conceituação no mesmo sentido: “Modo de atuar da autoridade administrativa, que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”.

No Brasil, bem sintetizando a evolução experimentada pelo conceito, destaca-se o oferecido por Caio Tácito, cujos estudos sobre o tema tornaram-se paradigmáticos, no qual, não obstante ainda persistir a menção a “poder”, define-se a ideia da existência de um “conjunto de atribuições”, ou seja, já do conceito contemporâneo de *função do Estado*: “O poder de polícia é, em suma, o *conjunto de atribuições* concedidas à Administração para

disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” (n/grifo).

Com efeito, com este preciso sentido de *função* asseguratória de um mínimo de ordem social, indispensável à convivência valiosa das sociedades, a noção de *pólicia* se renova e folgadamente supera as preocupações de doutrinadores do páleo-liberalismo individualista, como C. S. Zachariae, que revelava sua suspicácia com o instituto, já no título, sugestivo e curioso, do capítulo de sua então divulgada obra sobre o tema: “Do que a Policia tem de perigoso”.

No sistema jurídico brasileiro, o *emprego do poder estatal para restringir e condicionar liberdades e direitos individuais* é uma exceção às suas correspondentes afirmações e garantias constitucionais, daí a razão pela qual somente possa ser exercido sob estrita *reserva legal* (CF, art. 5.º, II).

Ao *legislador*, portanto – por ser o competente para definir as hipóteses excepcionais de restrição e condicionamento de direitos individuais em prol do interesse público, é que cumpre a tarefa, nada simples, de instituir *normas de polícia*, com vistas a dosar e a adequar o exercício dos direitos individuais às exigências do convívio social, atendendo ao que Otto Mayer denominou de *realidades individuais* com o emprego dos *meios de ação administrativos*.

Porém, como essas *normas de polícia* devem ser aplicadas a miríades de diferentes hipóteses concretas da vida social, em que hipotéticas condutas capazes de prejudicar o interesse geral poderão assumir matizes que escapam às mais elaboradas previsões e exemplificações normativas, o legislador nelas se vale da caracterização de *tipificações suficientemente abertas* para, genericamente, abrangê-las a todas, expressando-as em comandos de conteúdo amplo, valendo-se do instituto da *discrecionariedade*, para *cometer ao administrador público o encargo de regulá-los e de aplicá-los aos casos concretos no exercício das funções de polícia*.

Em síntese, o que se tinha como um “*poder de polícia*” deve hoje ser entendido apenas como o *exercício de função reservada ao legislador*, pois *apenas por lei* é constitucionalmente possível *limitar e condicionar liberdades e direitos* em tese, enquanto, distintamente, a *função de polícia*, como aplicação da lei, no *exercício de função reservada ao administrador*, pois a este cabe concretizar a incidência das limitações e condicionamentos legais nas hipóteses previstas.

Com este esclarecimento sobre o que se deva atualmente entender pelas expressões examinadas, elabora-se um *conceito didático*, que põe em evidência a característica de *instrumentalidade* acima sublinhada: *denomina-se polícia à função administrativa que tem por objeto aplicar, concreta, direta e imediatamente, as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também definidos na ordem jurídica, tendo como finalidade possibilitar uma convivência social ordeira e valiosa*.

Neste conceito, o necessariamente pretendido *atendimento de valores convivenciais*,

expressando a sua transcendental dimensão axiológica, estende-se a qualquer campo da convivência humana em que ações ou omissões individuais possam prejudicar específicos interesses públicos, como, predominantemente o são, a segurança, a salubridade, o decoro e a estética, ou mesmo outros, que a lei venha expressamente a precatar por meio desse instrumento jurídico da *função de polícia*.

Doravante, este estudo passará a distinguir essas finalidades, reunindo as atuações indiscriminadamente voltadas à proteção dos valores que configuram o que se entende por interesses públicos, na Seção I – sob a denominação, consagrada e também genérica, de *polícia administrativa*, destacando, para discurso específico, na Seção II, o tratamento do valor segurança – que caracteriza particularmente o sub-ramo didático da *polícia de segurança*.

Seção I POLÍCIA ADMINISTRATIVA

118. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

A *polícia administrativa*, no sentido estrito, se distingue da *polícia judiciária*, que é ramo especificamente voltado à elucidação dos delitos e à perseguição dos delinquentes. Assim, comete-se à *polícia judiciária* uma atuação predominantemente voltada às próprias pessoas e relacionada, de modo especial, com o específico valor contido na *liberdade de ir e vir*, enquanto que, de modo bem mais amplo, à *polícia administrativa* refere-se à atuação voltada às *atividades das pessoas*, assim relacionada, de modo geral, a todos os demais valores informadores do gozo socialmente compatível de suas *liberdades e direitos fundamentais*.

A *polícia judiciária* conforma, portanto, uma espécie destacável do gênero *polícia*, diretamente voltada à repressão de certos comportamentos que, por sua alta nocividade, se qualificam como *infrações penais*. Ganha, por isso, este ramo, uma *identidade orgânico-funcional própria*, como importante *função auxiliar* da atuação do Poder Judiciário, ao qual incumbe a exclusividade de *efetivar a repressão penal* sobre os indivíduos, pela reserva, que detém, da aplicação da *pena criminal*, de caráter afilítivo e pessoal, por vezes pedagógico.

À *polícia administrativa* remanescem, portanto, *todas as demais formas de atuação – preventivas e repressivas*, com as suas respectivas sanções aplicáveis executoriamente sobre a *propriedade e atividade privadas*, atuando, apenas excepcionalmente, através do *constrangimento pessoal*, quando em necessária ação de resposta contemporânea às transgressões administrativas em curso ou iminentes.

O parágrafo anterior leva a que se esclareça outra importante distinção – a que se propõe entre *polícia preventiva* e *polícia repressiva*. Quanto à primeira, é sempre preferível que a Administração se *antecipe* às perturbações da ordem e do interesse público, desenvolvendo atuações suasórias e de vigilância: antecipa-se, *previne-se* – e esta é a *polícia preventiva*.

Entretanto, a fragilidade e a instabilidade, próprias da natureza humana, tornam insuficiente a prevenção, pois, a boa ordem, uma vez rompida, e, a paz social, comprometida, não resta à Administração que proceder à *aplicação coativa do poder estatal*, intervindo tanto sobre a pessoa do violador (nas ações específicas de *pólicia judiciária* – exercendo, assim, apenas funções preparatórias da repressão criminal), como sobre sua *propriedade* e suas *atividades* (nas ações genéricas de *pólicia administrativa* – exercendo as funções próprias de repressão administrativa), e atuando para corrigir, reajustar e impedir condutas: em suma, *reprimindo* – e aqui se tem a variedade *repressiva* da função de polícia.

119. ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

O exercício da *função de polícia* se desenvolve em quatro fases – o denominado *ciclo de polícia* – correspondendo a seus quatro modos de atuação: a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *fiscalização de polícia* e a *sanção de polícia* (v. quadro XXIII).

QUADRO XXIII – ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

CICLO DE POLÍCIA	1. Ordem de Policia	Negativa Absoluta Negativa Relativa (Reserva de consentimento)
	2. Consentimento de Policia	Vinculado (Licença) Discricionário (Autorização)
	3. Fiscalização de Policia	Preventiva Repressiva (Autuação)
	4. Sanção de Policia	Pena de Policia Constrangimento de Policia

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades, adiante expostas, em que, em ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades referem-se, portanto, respectivamente, a restrições e a condicionamentos.

A primeira modalidade referida – não se faça – é, nitidamente, um preceito negativo absoluto, no qual são vedadas certas formas de exercício de atividades individuais e de uso da propriedade privada, por serem consideradas incompatíveis com a boa ordem social. Por esta modalidade, são impostas restrições ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades.

A segunda modalidade referida é um preceito negativo com reserva de consentimento – se não deixe de fazer – no qual são vedadas, apenas em princípio, certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a Administração, depois de avaliar prévia, expressa e casuisticamente as circunstâncias de fato, venha a consenti-las. Por esta modalidade, são impostos variados condicionamentos ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades.

119.2. Consentimento de polícia

O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público.

Se, no desempenho desse prévio controle de uma hipotética compatibilização posta a seu cargo, a Administração verificar que foram efetivamente atendidas as condições jurídicas e fáticas previstas para o exercício inocente de liberdade, de direito ou de utilização de bens privados, expedirá, então, e desde que a tanto regularmente provocada pelo interessado, um expresso ato de anuência, formalmente expedido como um alvará.

Este consentimento poderá conter, materialmente, ou um ato de licença ou um ato de autorização, a serem outorgados pelo Poder Público, que emitirá formalmente, conforme o caso, ou um alvará de licença ou um alvará de autorização.

1. Licença

Se as condições para a outorga do consentimento administrativo forem estritamente aquelas previstas na norma legal, sem abrir qualquer margem de extensão administrativa de

apreciação casuística, tem-se que a sua cabal satisfação pelo particular postulante *obrigará* a Administração a outorgar-lhe a *licença* postulada, pois, conceptualmente, trata-se da prática de um *ato vinculado à existência e ao cumprimento das condições previstas em lei*. Portanto, por ser ato *vinculado* e não *discricionário*, a *licença* não admite posterior *revogação* e se torna *definitiva*, gerando um *direito subjetivo*, que se integra ao patrimônio do administrado que a recebeu.

2. Autorização

Distintamente, se as condições para a outorga do *consentimento* pela Administração não se encontram integralmente previstas na norma legal, tendo ficado aberta à *apreciação discricionária* do ente, órgão ou agente competente, emitir uma *decisão*, com natureza integrativa e densificadora, definitória quanto a estar ou não resguardado o interesse público no caso concreto, a postulação do pretendente do consentimento apenas *facultará* a outorga de uma *autorização* que seja postulada. Assim, por se tratar de um ato *discricionário*, e não *vinculado*, já que à Administração cabe a escolha da *oportunidade* e a avaliação da *conveniência* do seu consentimento, a *autorização de polícia* não se torna *definitiva* nem gerará, tampouco, *direito subjetivo* em favor do administrado contra a Administração, podendo ser *revogada*, do mesmo modo que foi outorgada, ou seja, *discricionariamente*.

Cumpre, então, ressaltar a fundamental distinção entre os dois atos: o de *licença* e o de *autorização*.

No caso da *licença*, há um *direito preexistente*, embora, em princípio, não *exequível*, à atividade ou ao uso do bem. O consentimento administrativo se *vincula* apenas à *constatação* de que limitações administrativas que poderiam impedir a exequibilidade ou inexistem ou foram removidas, ou seja: a *conditio juris* para seu exercício está satisfeita. Como se observa, é inexato afirmar-se que a *licença* *crie direitos*, pois ela apenas os *declara exequíveis*.

Já, distintamente, no caso da *autorização*, não há qualquer *direito preexistente* à atividade privada ou ao uso do bem particular. A atividade pretendida pelo particular é, em princípio, *vedada*, existindo apenas meras *expectativas de uma outorga excepcional*, para a qual deverão ser consideradas administrativamente as *circunstâncias* em cada caso concreto. O *consentimento* estatal que possa ser outorgado, sob esse caráter excepcional, só poderá decorrer de um *juízo casuístico* de que tais pretendidos uso ou atividade poderão se compatibilizar com o interesse público, juízo este que será emitido sempre *precariaamente*, ou seja, dependendo das circunstâncias, admitindo-se, por isso, que possa ser revisto e alterado a qualquer tempo. Não obstante, essa *autorização*, uma vez outorgada, poderá gerar para o administrado que a postulou, o titular da autorização, alguns direitos oponíveis a *terceiros*.

Alguns exemplos ajudarão a firmar os conceitos e proposições acima desenvolvidos.

Tome-se uma *licença para edificação*. Em princípio, todos têm *direito* de construir em seus terrenos; mas, para realizar obras, é necessário satisfazer certas *condições legais*, isto é, esse direito está *condicionado em seu exercício*. Ora, se alguém demonstra ter cabalmente *satisfiado*

as condições legais, a Administração fica obrigada a outorgar a licença em favor de quem a requereu, tornando-se, a partir da emissão do respectivo alvará, exequível o seu direito de construir.

Aprecie-se, por outro lado e em contraste, uma *autorização de porte de armas*. Em princípio, *ninguém tem direito* a transitar armado; entretanto, em determinadas circunstâncias, será possível demonstrar à Administração que não há inconveniente público em consentir, excepcionalmente, a alguém portar armas com vistas à defesa pessoal ou à de terceiros, em casos em que haja fundado risco de segurança. Portanto, se a Administração concordar com as razões apresentadas, poderá outorgar a autorização solicitada, dela originando-se, *ex novo*, um direito precário de porte de arma, oponível a todos, menos à própria Administração, que, a qualquer tempo, se alterada a avaliação das circunstâncias, poderá *revogar* o seu ato.

Em suma, como deflui claramente dos dois exemplos, de um lado, a *licença* é um *ato declarativo e vinculado*, pelo qual a Administração, verificando a satisfação de condições legais exaustivas, manifesta seu assentimento com a utilização de bens ou a atividade de particulares, enquanto, distintamente, de outro, a *autorização* é um ato administrativo *constitutivo e discricionário*, pelo qual a Administração, verificando a satisfação de condições legais não exaustivas e após avaliação casuística da compatibilidade do que se postula com o interesse público, manifesta motivadamente a sua concordância com a pretendida utilização de bens ou com certa atividade de particulares.

119.3. Fiscalização de polícia

Segue-se, no ciclo, a *fiscalização de polícia*, a função que se desenvolverá tanto para a verificação do *cumprimento das ordens de polícia*, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, não ocorrem *abusos do consentimento* nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de *licenças* como de *autorizações*.

A utilidade da *fiscalização de polícia* é, portanto, dupla: porque, primeiramente, *realiza a prevenção* das infrações pela *observação* do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque *prepara a repressão* das infrações pela *constatação formal da existência de atos infratores*.

A *fiscalização* é uma atividade de polícia exclusiva do Poder Público, mas tanto pode ser deflagrada *ex officio*, como provocada por qualquer pessoa que demonstre interesse no efetivo cumprimento da ordem de polícia ou na manutenção das condições que possibilitaram a outorga do *consentimento de polícia*.

119.4. Sanção de polícia

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às *ordens de polícia* e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do *ciclo jurídico* em estudo, com a *sanção de polícia* – que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (*compulsivas*) ou dissuasoras (*suasivas*) impostas pela Administração.

Define-se, nesta fase a *pena de polícia*, do mesmo modo que o fez o clássico Otto Mayer, como a *sanção coercitiva* que se aplica se consumada a *infração* – inconfundível com o instituto afim do *constrangimento de polícia*, que também é uma variedade de *sanção coercitiva*, que, distintamente, é aplicada *contemporaneamente à infração* ou *na iminência de ser consumada*, com a *finalidade imediata de cessar a prática infracional*.

Vale observar que, no desempenho da atividade de *polícia*, dá-se a aplicação de uma *sanção externa*, ou *extroversa*, modalidade que a Administração pode impor a todos os administrados, em geral, em oposição à *sanção interna*, ou *introversa*, que recai apenas sobre servidores públicos. São, ambas, espécies do gênero *sanção unilateral*, imposta *imperativamente* pelo Poder Público, que, por sua vez, se opõe ao gênero *sanção convencional*, que só é aplicável desde que *consensualmente* pactuada.

A *sanção de polícia*, em suma, é ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a *repressão da infração* e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar cometendo uma transgressão administrativa.

120. CAMPOS DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Na conceituação oferecida de *polícia como função administrativa*, indicou-se a extensão de sua atuação a quatro grandes áreas de interesse público: a *segurança*, a *salubridade*, o *decoro* e a *estética*, que foram apresentadas como mera esquematização didática, pois, na realidade, seu complexo entrelaçamento torna, por vezes, inextricáveis os aspectos em que se apresenta e, em certos casos, de difícil classificação.

Para a garantia desses *valores convivenciais* a que se destina o instituto, o Estado atua através de seus três Poderes orgânicos centrais: *legislando* ordens, inibitórias ou condicionantes; *executando-as* administrativamente através da função de polícia, e *julgando* os infratores das transgressões tipificadas como crimes e contravenções, bem como através da ação dos seus órgãos constitucionalmente independentes, notadamente os de fiscalização, promoção e defesa de interesses, que integram as *funções essenciais à justiça*.

120.1. Segurança

O valor *segurança*, além de ser o mais antigo campo de atuação e a principal responsabilidade cometida ao Estado, é condição *sine qua non* para o atendimento dos

demais valores sob sua guarda.

Neste sentido, tanto o Estado como o Direito agem como *instrumentos da segurança*, considerada esta sob dois aspectos fundamentais: da *manutenção da ordem social* e da *manutenção da ordem jurídica*. A *manutenção da ordem social*, entendida como um conceito concreto, referido às pessoas, aos bens e às suas instituições sociais originárias, e a *manutenção da ordem jurídica*, como um conceito abstrato, referido ao Estado e às suas instituições políticas derivadas.

Neste sentido, a *função de polícia de segurança* pode ser definida tanto como uma atividade destinada a manter a *ordem social*, neste caso, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, como manter a *ordem jurídica*, que está referida ao Estado e suas instituições juspolíticas.

120.2. Salubridade

O valor *salubridade*, ao se destacar do gênero *segurança*, constituiu-se em campo autônomo de atuação de polícia, da maior importância nas sociedades contemporâneas. Com efeito, o Estado vem tomando a si, e o faz em medida cada vez intensa, a *defesa sanitária* das pessoas em inúmeros setores, como o *higiênico*, o *bromatológico*, o *médico*, o *farmacêutico*, o *ecológico*, o *zoossanitário*, o *fitossanitário* e, mais recentemente, o *genético*, em lista aberta e em expansão.

Ninguém ignora que o próprio progresso material das comunidades humanas multiplica os perigos de epidemias, epizootias e epifitias, com o surgimento de novos e agressivos agentes patogênicos, o que demanda uma cada vez mais ampla e exigente ação preventiva e repressiva dos órgãos administrativos competentes do Estado.

120.3. Decoro

O valor *decoro* tornou-se, igualmente, em face da crescente exigência de alcançar superiores níveis éticos de comportamento coletivo e da difusão explosiva dos meios de comunicação, um campo que demanda uma cuidadosa manifestação da função de polícia administrativa.

As sanções penais mostram-se insuficientes para garantir um nível razoavelmente ordeiro e respeitoso de convivência social. Multiplicam-se, no turbilhão da caleidoscópica interação humana nas sociedades contemporâneas, os tipos de comportamento que, mesmo sem configurar crimes ou contravenções, são, efetiva ou potencialmente, agressivos aos padrões assentes da moral social e se mostram extremamente deletérios nos segmentos mais desprotegidos da sociedade.

Cometem-se, por isso, à Administração Pública a *prevenção* e a *repressão* dos mais variados tipos de comportamentos antiéticos e indecorosos, atentatórios aos costumes da

sociedade e a valores gregários fundamentais. Sujeitam-se, assim, às ordens, à fiscalização, aos consentimentos e às sanções de polícia os espetáculos públicos, as reuniões em logradouros públicos, certas atividades associativas, cultos, costumes, publicidade, atividades que envolvam a fé pública, serviços funerários e a, não menos importante, disciplina das profissões, sempre que ponham em risco valores sociais conotados à ética e protegidos pela ordem jurídica.

120.4. Estética

Finalmente, a *estética*, posta como valor social, passou também a exigir do Estado contemporâneo uma crescente atuação de polícia administrativa. Não é bastante que a convivência seja segura, salubre e decorosa, pois as sociedades desenvolvem padrões estéticos cada vez mais elaborados e exigentes, cometendo-se ao Estado o dever de garantir-lhes um mínimo de respeito pela harmonia e pela beleza.

Inscrivem-se neste campo de atuação executiva de polícia a *estética urbanística*, a *estética paisagística* e a *estética publicitária*.

Observe-se que não se trata de *desenvolver* o sentido estético da sociedade, pois que esta já seria uma atividade educativa de *fomento público*, como adiante será estudada, mas, tão somente, a de *manter* e de *resguardar* certos padrões mínimos de sensibilidade, harmonia, arte e bom gosto gerais, incluindo-se neste conceito o respeito e a guarda dos valores concretos e abstratos que conformam o acervo cultural da Nação.

121. SETORES DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Os setores específicos de *atuação administrativa de polícia* não correspondem *biunivocamente* aos quatro *campos* estudados no item anterior. Antes, distribuem-se, segundo vários critérios legais, ditados pela política e pelas peculiares conveniências da organização administrativa do Estado.

Assim, a classificação que se segue tem, sobretudo, um sentido exemplificativo, preenchendo a conveniência didática de se examinarem alguns aspectos setoriais específicos, objeto de legislação vigente.

Com esse objetivo, serão examinados os seguintes nove setores de atuação administrativa de polícia: *polícia de costumes*, *polícia de comunicação*, *polícia sanitária*, *polícia de viação*, *polícia de comércio e indústria*, *polícia das profissões*, *polícia ambiental*, *polícia de estrangeiros* e *polícia edilícia*, títulos estes em relação aberta.

121.1. Polícia de costumes

A *liberdade individual* só é protegida até o ponto em que práticas corruptas e nocivas

possam afetar a sociedade. Está-se no vestíbulo da criminalidade, em que os vícios, a condescendência irresponsável e a corrupção dos costumes a predispõem.

Mas o Estado não deve acompanhar inane a decadência da tessitura social. Antes, compete-lhe policiar essas atividades, que afetam pelo exemplo e destroem pela prática o vigor moral dos povos, combatendo o afrouxamento e a desagregação éticos, pela lei e pela atividade administrativa de polícia, ambos com preponderante caráter suasório e pedagógico.

Essas limitações incidem sobre uma extensa lista de males sociais, destinadas à prevenção e repressão, em nível administrativo: do alcoolismo, da pornografia, do decoro no trajar, na linguagem e nos gestos, da mendicância, do uso de estupefacientes, da perversão sexual, do proxenetismo, da vadiagem, da exploração de menores, da crueldade contra animais, do vandalismo, exemplificados entre tantas outras mazelas sociais.

Dos instrumentos de que se vale a Administração para sua ação contam-se *sanções* específicas, como a *censura*, a *interdição de locais*, a *cassação de licença* e a *vigilância*, sendo que, dessa lista, a primeira tem aplicação constitucionalmente restrita, embora aplicável as categorias institucionais fechadas, e a última, de viés pedagógico, é a que se mostra como a mais eficiente forma de prevenção.

A competência para legislar e executar a *policia de costumes*, como espécie de polícia administrativa, se estende a todos os graus federativos, mas cabe, notadamente, à autoridade municipal a responsabilidade de mantê-la, dada a predominância da atuação local.

121.2. Polícia da comunicação

A *comunicação* se arrola entre os direitos imanentes à pessoa, preexistentes ao Estado e, até, à própria civilização, da qual, ela própria, é o principal fator de aculturação.

Erige-se, portanto, a *comunicação*, como *atributo da pessoa humana e condição de liberdade*, dedicando-lhe, a Constituição, inúmeros dispositivos voltados à *salvaguarda da liberdade* quanto ao conteúdo da comunicação e, muito especialmente, quanto aos meios de *comunicação*, pela palavra falada, escrita e pela imagem.

O princípio básico setorial relevante é, pois, o da *liberdade de manifestação do pensamento* (CF, art. 5.º, IV) e, como seus corolários, a *liberdade de consciência e de crença* (CF, art. 5.º, VI), extensiva às *convicções filosóficas ou políticas*, que poderão ser externadas ou praticadas, desde que não sirvam de escusa ao cumprimento de obrigação legal a todos imposta (CF, art. 5.º, VIII).

Importante inovação da Constituição de 1988 se encontra no campo da *informação*, nela afirmada como *direito individual*, com ressalva do *sigilo* apenas em caso de segurança da sociedade ou do Estado (CF, art. 5.º, XIV e XXXIII). A *comunicação* volta a ser garantida pela

Carta no nível gregário, assegurando as liberdades de *reunião* pacífica, sem armas, condicionada, se necessário, a um prévio aviso à autoridade (CF, art. 5.º, XVI) e de associação, salvo as de caráter paramilitar (CF, art. 5.º, XVII).

Quanto à *correspondência* e às *comunicações telegráficas, telefônicas e de dados*, garante-se-lhes a liberdade, mas, do mesmo modo, protege-se o *sigilo*, excepcionado embora, na forma da lei, nos casos de investigação criminal e de instrução processual penal (CF, art. 5.º, XII).

A manifestação da inteligência humana é, também, absolutamente livre nas suas expressões *intelectual, artística, científica* e através dos *meios de comunicação*, independentemente de censura ou licença (CF, art. 5.º, IX). Não obstante inexistir a *censura* (CF, art. 220, § 2.º), à União se reservou uma específica atuação de polícia destinada a regular as *diversões* e os *espetáculos públicos*, cabendo ao Poder Público *informar* sobre a natureza deles, as *faixas etárias* a que não se recomendem, *limitar* locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (CF, art. 220, § 3.º, I), estabelecer os meios legais de *defesa social* contra o abuso, bem como contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (CF, art. 220, § 3.º, II), prestigiando preferencialmente a *autorregulação*, a cargo de específicas entidades sociais intermédias.

Especialmente, quanto aos *espetáculos públicos*, entendidos como forma de comunicação massiva artístico-cultural de todas as modalidades, mantém-se a fiscalização de polícia (vigilância) nos locais e casas onde se produzam, tanto no que respeita à ordem pública quanto aos aspectos administrativos correlativos, como os de trânsito, de ruído, de circulação de pessoas, de emanações etc., constituindo todo um rol de competências tipicamente municipais (CF, art. 30, I), não se confundindo, portanto, a *policia do conteúdo comunicativo das diversões e de espetáculos públicos*, com a *policia de vigilância, do local, da frequência e das condições dos espetáculos*.

Coexistem, assim, funções de polícia administrativa municipal e estadual, esta, a de *manutenção da ordem pública*, que pode ser extensiva às manifestações religiosas, uma vez que os cultos, que são, em princípio, livres e constitucionalmente assegurados, como elevada manifestação da consciência, não devem ser usados como pretexto para encobrir estelionatos, facilitar a prática de contravenções, pregar vícios e dissolução dos costumes e induzir a corrupção de menores, entre outras práticas desviadas das finalidades religiosas.

121.3. Polícia sanitária

É o setor que visa à defesa da saúde humana, coletivamente considerada. Para tanto, desdobra-se em vários subsetores: a *policia higiênica*, a *policia bromatológica*, a *policia médico-farmacêutica* e a *policia zoofitossanitária*, como expressões contemporaneamente mais importantes no campo da *salubridade*.

A *policia higiênica* se faz sentir no controle das moléstias infectocontagiosas, na

obrigatoriedade de vacinações, no combate às epidemias, na erradicação das endemias, no regime de disposição das águas servidas, do lixo, dos dejetos e do cadáver humano e no controle do abastecimento de água às populações. A competência é dos três graus, competindo à União editar normas gerais de defesa e proteção da saúde (CF, art. 24, XII).

A *pólicia bromatológica*, ou polícia dos alimentos, impõe limitações à comercialização de produtos alimentícios, de modo a impedir a venda daqueles nocivos ao consumo e dos que não apresentem índices mínimos de qualidade. Por se tratarem de alimentos básicos, atua no controle do leite, da carne, dos ovos e do pescado, do pão, das verduras, das frutas, dos derivados desses produtos, das conservas e das bebidas, em geral, atuando preferencialmente pelo prévio *consentimento de polícia* e pela concomitante *fiscalização de polícia*.

A União iniciou a normatização compreensiva sobre a matéria no Código Brasileiro de Alimentos, Decreto-lei n.º 209, de 27 de fevereiro de 1967, posteriormente revogado pelo Decreto-lei n.º 986, de 21 de outubro de 1969, que veio a dispor mais extensivamente sobre caracterização do produto alimentar, registro e controle, rotulagem, aditivos, padrões de identidades e qualidade, fiscalização e a específica sanção de polícia, que é, basicamente, a *interdição do alimento*, obedecendo a procedimento administrativo vinculado, inclusive com a exigência de perícias bromatológicas.

Posteriormente, editou-se a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que, ao disciplinar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, veio a conferir à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA a atribuição para regular, controlar e fiscalizar alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários.

A *pólicia médico-farmacêutica* incumbe impor limitações atinentes às instalações e atividades de farmácias, laboratórios, consultórios médicos, gabinetes odontológicos, ambulatórios, hospitais, maternidades e outros estabelecimentos destinados à prática da medicina e das profissões afins, do fabrico e manipulação de drogas farmacêuticas, bem como exercer o controle sobre os produtos farmacêuticos, através de exames e análises químicos e biológicos, e, finalmente, dos receituários médicos.

A *pólicia zoofitossanitária* se dirige à proteção dos animais e vegetais úteis ao homem, pelo controle das epizootias, epifitias, e à erradicação das pragas e doenças de toda sorte que os assolam, bem como promovendo a fiscalização dos produtos de uso veterinário e fitoterapêutico, na defesa indireta da saúde humana.

121.4. *Pólicia de viação*

Os *meios de transporte*, a par de sua ponderável importância na vida das sociedades contemporâneas, trazem contínuos perigos ao homem. Desenvolveu-se, para disciplinar a

sua utilização, uma complexa *policia de viação*, que impõe as necessárias limitações ao direito individual ao uso e exploração dos meios e das vias de transporte, no interesse da segurança das pessoas e dos bens, distinguindo-se, a partir daí, as polícias de *trânsito* e de *tráfego*, em suas modalidades *terrestre, marítima e aérea*.

A *policia de trânsito* disciplina a *circulação de pessoas e veículos*, enquanto à *policia de tráfego* cabe regular o *deslocamento de veículos em missão de transporte*.

Trânsito e *tráfego, aéreo e marítimo*, bem como o *fluvial e lacustre*, são regidos por legislações próprias, de competência federal, conforme as diferentes reservas constitucionais estabelecidas para a navegação aérea, marítima, fluvial, lacustre e aeroespacial.

Por sua especificidade, embora materialmente sejam objetos do Direito Administrativo, esses temas são desenvolvidos por seus sub-ramos, respectivamente, do *Direito Aeronáutico* e do *Direito Marítimo*, bem como, no caso de tratados e convenções internacionais de navegação aérea, marítima, fluvial e lacustre, a que o Brasil haja aderido, também do *Direito Internacional Público*, sendo de se notar a crescente regulação administrativa setorial que vem sendo assumida por *agências transestatais* em específicas manifestações globalizadas dessas atividades.

Quanto ao *trânsito e tráfego nas vias terrestres*, cabe à União a competência para legislar privativamente (CF, art. 22, XI), podendo, entretanto, por lei complementar, autorizar os Estados e o Distrito Federal a legislar sobre questões específicas dessas matérias.

O *trânsito e tráfego ferroviários* têm sua normatividade de polícia regulada infraconstitucionalmente pelo Decreto n.º 15.673, de 7 de setembro de 1922, e o *urbano e rodoviário*, pelo Código Nacional de Trânsito, baixado pela Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Quanto ao *trânsito e tráfego urbanos*, a competência da União não inibe os Municípios de legislarem no atendimento do *interesse local*, como, por exemplo, em matéria de sentidos de direção e de circulação em suas próprias vias e logradouros, paradas e estacionamentos, terminais de transportes coletivos, ruídos urbanos, emissões de gases, restrições de trânsito e tráfego quanto ao tamanho, peso e tipo dos veículos etc., no que seja relevante o interesse local.

O Código Nacional de Trânsito em vigor define matérias de competência federal, tais como condições para a circulação de veículos, suas categorizações, seus equipamentos obrigatórios, registros, licenciamentos, condições para a condução de veículos, deveres, proibições, penalidades e recursos, dispondo especificamente sobre os *sinais de trânsito*, que exprimem ordens simbólicas de polícia.

Os Estados e Municípios têm competência administrativa comum, exercitável harmônica e conjuntamente com a União, para desenvolver as atividades de *fomento público no campo da educação de trânsito*, voltadas à sua segurança, nos termos da lei federal (CF, art.

23, XII, combinado com seu parágrafo único).

121.5. Polícia do comércio e da indústria

Esta modalidade compreende um grande número de funções administrativas disciplinadoras das atividades comerciais e industriais, voltadas, principalmente, à confiabilidade e à garantia do consumidor.

A disciplina de *policia do comércio e indústria* parte das tipificações e padronizações, sob critérios quantitativos e qualitativos, passando pela imposição do sistema oficial de pesos e medidas, até a regulação dos estabelecimentos, das feiras, dos mercados e do comércio ambulante.

À União compete legislar privativamente sobre o sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (CF, art. 22, VI), estabelecendo as bases nacionais da segurança dessas atividades. O Sistema Nacional de Metrologia está definido no Decreto-lei n.º 240, de 28 de fevereiro de 1967, que cria órgãos e estabelece padrões, infrações e penalidades.

Compete, ainda, privativamente, à União dispor sobre o comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, VIII), hoje regulamentado infraconstitucionalmente quanto ao comércio exterior, de importação e de exportação, vigente a Lei n.º 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e legislação posterior, tratando-o em conjunto com aspectos de atividade administrativa de *ordenamento econômico*, razão pela qual se concentra o seu estudo no Capítulo XVII.

Desloca-se, igualmente, para esse mesmo Capítulo, dedicado ao *ordenamento econômico*, o estudo da *defesa do consumidor*, não obstante, no campo do Direito Administrativo, as medidas não possam ultrapassar os limites sancionatórios permitidos para o exercício da função de polícia administrativa, sem chegarem à *intervenção na atividade empresarial*, por falta de expressa previsão constitucional que a suporte.

Também é de competência privativa da União o ordenamento de polícia do setor comercial do transporte (CF, art. 22, IX e XI) e da metalurgia (CF, art. 22, XII), bem como sobre o sistema estatístico (CF, art. 22, XVIII) e sobre a propaganda comercial (CF, art. 22, XXIX).

À União e aos Estados compete legislar concorrentemente sobre *juntas comerciais* (CF, art. 24, III) e *produção e consumo* (CF, art. 24, V), sendo que, tratando-se de competência concorrente limitada, à União cabe editar normas gerais e, aos Estados, legislar especificamente sobre essas matérias (CF, art. 24, §§ 1.º, 2.º e 3.º).

Finalmente, aos Municípios competem todos os ordenamentos de polícia de *interesse local*, tais como os relativos às condições de zoneamento e de localização de estabelecimento de atividades comerciais e industriais, bem como a regulação das modalidades itinerantes,

transitórias e ambulantes (CF, art. 30, I).

121.6. Polícia das profissões

As *profissões liberais e técnico-científicas* são atividades particulares que se submetem a especiais condições legais de exercício, entre as quais o preparo humano, reconhecidamente suficiente e o desempenho profissional, segundo deontologia própria, voltados à preservação da segurança e da confiabilidade públicas.

A União tem reserva para legislar sobre esta matéria, como se prescreve no art. 22, XVI, da Constituição Federal, daí a seguinte legislação especial, que se enumera à guisa de exemplo: de *corretor de imóveis* (Lei n.º 6.530, de 15 de maio de 1978), dos *despachantes aduaneiros* (Lei n.º 4.069, de 11 de junho de 1962), de *leiloeiro rural* (Lei n.º 4.021, de 20 de dezembro de 1961), dos *farmacêuticos* (Lei n.º 3.820, de 11 de novembro de 1960), dos *dentistas* (Lei n.º 4.324, de 14 de abril de 1964), de *geólogo* (Lei n.º 4.076, de 23 de junho de 1962), de *psicólogo* (Lei n.º 4.119, de 27 de agosto de 1962, e Dec. n.º 53.464, de 21 de janeiro de 1964), de *assistente social* (Lei n.º 8.662, de 7 de junho de 1993), de *médico* (Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957), de *economista* (Lei n.º 1.411, de 13 de agosto de 1951), de *engenheiro, engenheiro de operação, arquiteto e engenheiro-agrônomo* (Lei n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966, com a alteração do Decreto-lei n.º 620, de 10 de junho de 1969), de *médico-veterinário* (Lei n.º 5.517, de 23 de outubro de 1968), de *químico* (Lei n.º 2.800, de 18 de junho de 1956), de *aeronauta* (Decreto-lei n.º 18, de 24 de agosto de 1966), e outras.

As diferentes leis que regulam as profissões determinaram a criação de órgãos federais de regulação setorial, outorgando-lhes competência para exercerem as respectivas atividades de *consentimento, de fiscalização e de sanção de polícia*, no tocante ao desempenho das profissões disciplinadas. Exemplificativamente, no tocante ao exercício da profissão de *advogado*, como especial função constitucional essencial à justiça, encontra-se regulada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994.

121.7. Polícia ambiental

A proteção ambiental torna-se tema relevante deste fim de século. A civilização espalhou suas benesses e a Revolução Científica e Tecnológica promoveu maravilhas no campo do bem-estar social. Espera-se notadamente um *progresso sustentável*, o que soturnos pensadores econômicos já consideram impossível. As dádivas do desenvolvimento se multiplicam, a máquina faz o trabalho pesado, veículos motorizados imprimem cada vez maior velocidade e capacidade aos transportes, gigantescas indústrias garantem produtos necessários e supérfluos, os recursos naturais são utilizados em extensão cada vez maior, experiências ousadas são levadas a cabo para manter o ritmo das descobertas e sua utilização

industrial, tudo aparentemente auspicioso e prometedor.

Não obstante, a Terra se cobre de fumaça, de resíduos, de drogas letais, de poeiras, de gases nocivos, de graxas, de óleos, de detritos, e de substâncias venenosas e radioativas. A exploração dos recursos naturais, como vem sendo feita de forma predatória, está poluindo as águas e a atmosfera, devastando florestas, secando mananciais, destruindo a flora nativa, impeçonhando a fauna, exasperando os climas, precipitando a erosão, criando desertos, gerando montanhas de lixo e chegando a envenenar as fontes de alimentação do próprio homem; até às grandes florestas, aos mares e às regiões polares alcança a poluição e degradação ambiental desenfreadas, que estendem hoje suas ameaças desde o clima ao espaço orbital do planeta, onde milhares de artefatos foram lançados.

Em suma, o delicado equilíbrio ecológico está cada vez mais comprometido. Urge que a humanidade adote medidas preventivas, corretivas e repressivas; necessita-se, quiçá, de uma *pólicia ecológica de nível mundial*. Mas, enquanto não se polariza suficientemente a consciência e a ação em eficiente escala global, cabe ao Direito Administrativo de cada País estabelecer as medidas que lhes sejam possíveis, no exercício de suas respectivas soberanias e concertar com efetividade uma ação de polícia global nos foros internacionais, em apoio das, já inúmeras, *entidades transnacionais* em operação.

No Brasil, esta competência para o exercício da *pólicia ambiental* é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CF, art. 24, VI), bem como a de *legislar* sobre a matéria (CF, art. 24, VI, para a União, Estados e Distrito Federal, e art. 30, I, II e VIII para os Municípios).

Com referência aos setores tutelados, pode-se distinguir, didaticamente, a *pólicia da atmosfera*, a *pólicia das águas e dos oceanos*, a *pólicia da flora* e a *pólicia da fauna*.

A *pólicia da atmosfera* cabe atuar contra as restrições de emissões de fumaça e de poeira, as exalações de calor, os vapores e maus odores e também a projeção de ruídos. O problema do controle da poluição atmosférica fica principalmente sob a autoridade municipal.

A *pólicia das águas e dos oceanos* obedece à legislação infraconstitucional existente: Código de Águas (Decreto-lei n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), a Lei n.º 11.959, de 29 de junho de 2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, que disciplina as atividades pesqueiras) e legislação marítima em geral.

A *pólicia da flora* se encontra, basicamente, no Código Florestal, a Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, e em outros diplomas esparsos, protetores de determinadas espécies consideradas em razão de sua importância econômica ou botânica.

A *pólicia da fauna* se disciplina, fundamentalmente, na legislação de pesca, já referida, e no Código de Caça (Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967), existindo, ainda, legislação especial (Decreto-lei n.º 5.894, de 20 de outubro de 1943), que estabelece medidas de

proteção aos animais.

No controle ecológico, deve-se considerar, também, a repressão ao uso dos fertilizantes químicos e dos defensivos perigosos na agricultura, de métodos predatórios no trato da terra e outras providências ligadas à irrigação, e à proteção das sementeiras; um conjunto de atividades afins, a que se pode denominar de *policia rural*.

121.8. Polícia de estrangeiros

Aqui se tem um problema de polícia diretamente referido à *segurança do Estado*, que apresenta, colateralmente, alguns aspectos sanitários e econômicos. A Constituição Federal assegura, em tempo de paz, a qualquer pessoa, entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair (CF, art. 5.º, XV), mas, conforme o preceito ressalva, sob as *limitações de polícia* estabelecidas em lei.

É a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, que dá complementaridade à norma constitucional, disciplinando os *vistos* de entrada, com suas respectivas categorias: de trânsito, turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático. O visto não dá plenitude ao direito de ingresso ao território nacional, pois as autoridades poderão opor *impedimentos* à sua execução, dentre os quais os fundados em motivos de segurança e de saúde.

Regula-se, ainda, o registro, a concessão de passaportes para estrangeiro e sua expulsão, estabelecendo-se os casos em que ela se dará e aqueles em que haverá impedimento à expulsão. A extradição, a deportação e a condição de asilado são, também, institutos tratados, desenvolvendo-se um elenco de direitos e deveres dos estrangeiros. Regula-se, afinal, a *naturalização*, com o seu procedimento administrativo, que culmina com a entrega solene de certidões das portarias de *naturalização*, pelo Poder Judiciário. A fiscalização cabe à Polícia Federal, em sua atribuição de executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (CF, art. 21, XXII).

121.9. Polícia edilícia

Nos meios urbanizados são impostas limitações de toda espécie para tornar mais segura, mais salutar, mais digna e mais agradável a vida nas cidades, regulando as *construções públicas e particulares*.

A *policia edilícia* ou das *construções* é dos instrumentos mais eficientes do *Direito Urbanístico*, importante ramificação do *Direito Administrativo*, hoje erigido a ramo didaticamente autônomo pelo art. 24, I, da Constituição de 1988, distribuindo-se sua competência pelos três níveis federativos.

O tema edifício é predominantemente de interesse municipal (CF, art. 30, VIII), regulado em *Códigos de Obras*, ou legislação similar, no que se refere às construções tomadas

individualmente, e nos *Planos Diretores*, se coletivamente consideradas.

Deixa-se de detalhar os institutos da polícia edilícia por conveniência metodológica, tal como se procedeu com a polícia da fauna e polícia da flora, uma vez que esses assuntos serão considerados em sistema no tratamento específico do *Direito Urbanístico*, no Capítulo XVIII, dedicado ao Ordenamento Social.

Seção II

DIREITO ADMINISTRATIVO DA SEGURANÇA

122. CONCEITOS DE ORDEM PÚBLICA E DE SEGURANÇA PÚBLICA

122.1. A ordem

A *ordem*, considerada em seu sentido pleno, é uma desejável *situação* de harmonia necessária à vida das sociedades, sendo, por isso, objeto do Direito que, para garantí-la, institui uma correspondente *ordem jurídica*.

Ordem jurídica é, todavia, uma expressão que sempre apresenta ambiguidade, por invocar, de um lado, a ideia do *conjunto da ordenação jurídica* aplicada a uma determinada sociedade, como sinteticamente a conceitua Norberto Bobbio, o que a faz sinônima do conceito do *legal system*, como na vertente anglo-saxônica do Direito, enquanto, de outro lado, a palavra igualmente sugere o *resultado* proporcionado por sua imposição, o que vem a ser o sentido da palavra *order*, na língua inglesa, uma distinção que se faz também, com muita nitidez, na doutrina italiana, ao discernir o *ordinamento*, como coleção de normas, da *ordine*, que é a consequência social de sua aplicação, tal como a fez Giuseppe Tarello, nos preciosos ensaios empreendidos sobre a norma.

Para o presente estudo, a *ordem* guarda o sentido de *situação a ser alcançada e mantida*, tanto podendo significar a *ordem espontânea*, gerada pelas sociedades, como a *ordem coacta*, que é a politicamente imposta pelas superestruturas de poder estatal.

122.2. A segurança

A *segurança* é instrumental para a *ordem*, na acepção acima oferecida, e, neste sentido, alça-se a *condição existencial*, tanto dos indivíduos como da sociedade. Os fenômenos sociais estão em constante ebulação e, não raro, passam por imprevisíveis mutações, sendo necessário impor um mínimo de *previsibilidade*, de *estabilidade* e de *ordem*, para que as sociedades possam sobreviver e progredir.

A *segurança* é, portanto, uma *garantia*, e, por extensão, um *conjunto de atividades* que a salvaguardam em favor de indivíduos, grupos, nações, Estados e organizações de Estados, opondo-se contra tudo que lhes possa oferecer perigo à existência e a seu progresso.

Para que exista e prospere essa garantia, as sociedades civilizadas sujeitam-se a disciplinas costumeiras de convivência, que instituem, em seu conjunto, uma *ordem social espontânea*, que, no contínuo processo de sofisticação da cultura e da civilização, se vai desdobrando em aspectos específicos, surgindo então espécies, como as de *ordem política*, *ordem jurídica*, *ordem social*, *ordem econômica* etc.

Assim, a cada conceito setorial de *ordem* que se forme corresponderá um correlato conceito específico de *segurança*, passando a diferenciar-se, por isso, respectivamente: *segurança política*, *segurança jurídica*, *segurança social*, *segurança econômica* etc.

Mas como a *ordem espontânea* nem sempre se mostra apta a produzir, oportuna e convenientemente, o nível de segurança de que necessita uma sociedade, na medida em que se organiza e se desenvolve, impor-se-á, subsidiariamente, instituir uma *ordem coacta*, que é a *juridicamente institucionalizada* e deverá ser mantida pela atuação dos respectivos poderes públicos, para tanto constituídos.

No que toca a essa *ordem coacta*, que é integralmente *definida pelo Direito*, cabe a seu ramo Administrativo o estudo dos fenômenos e dos sistemas normativos que se voltam à manutenção dos seus vários aspectos: tanto relativos aos fins como relativos aos meios que demandem o emprego dos institutos e dos instrumentos administrativos de polícia.

122.3. Fatores de insegurança

Como se observa, a *ordem coacta* é garantida fundamentalmente a partir da atuação do Estado, de modo que a *segurança*, no mundo contemporâneo, nele se centra, disso resultando que, ele próprio, bem como os seus próprios *fundamentos de valor* – como o direito, a dignidade humana, a democracia e os de toda a ordem jurídica imposta – são, simultaneamente, os *instrumentos e os objetos da segurança*.

Com efeito, contra a existência do Estado e de sua ordem jurídica poderão se opor inúmeros fatores diretamente desestabilizantes, de natureza estática ou dinâmica. *Estáticos* são aqueles fatores que criam óbices ao império da ordem, sem que resultem de uma *direta manifestação da vontade humana*, tais como a miséria, as epidemias, os cataclismos naturais, crises econômicas cíclicas, a redução em certas exportações, as flutuações cambiais, as crises internacionais etc. *Dinâmicos*, ou ativos, são, por outro lado, os comportamentos *voluntários*, que visam – seja intencional, mediata ou imediatamente – à subversão da ordem, pela ameaça, agressão ou contestação a seus respectivos valores, neste caso, caracterizados genericamente como *antagonismos*.

Para os fins do estudo que se empreende neste Capítulo, para serem considerados na *atividade administrativa de polícia*, interessam notadamente os *fatores dinâmicos*, uma vez que, para superar os *fatores estáticos*, que impedem que se alcance um desejado grau de segurança, convergirão todas as demais atividades administrativas do Estado: os *serviços*

públicos, o ordenamento econômico, o ordenamento social e, principalmente, o fomento público, exercidas no quadro das funções do Legislativo e do Judiciário, que as balizam, respectivamente, *in abstractu* e *in concretu*.

Serão, portanto, os óbices dinâmicos, por isso mesmo os carregados de intenção, ditos antagonismos, os que demandam a existência de aparelhadas funções de polícia preventiva, para impedi-los ou dificultar-lhes a ação, e de funções de polícia repressiva, para neutralizá-los, conformando o sub-ramo disciplinar que recebe a denominação de *Direito Administrativo da Segurança*.

122.4. Direito Administrativo da Segurança

A segurança de uma nação não se confunde com a totalidade da segurança singular de cada indivíduo, nem mesmo com o somatório da referida aos grupos que a conformam, pois se trata de um conceito amplíssimo, que se estende à *sociedade nacional como um todo integrado*, abrangendo o povo, as instituições e, necessariamente, o próprio Estado, como ente político central responsável pela criação e pela manutenção da *ordem jurídica* e que, por isso, tem sob sua cura os interesses e as aspirações difusos de toda a nacionalidade.

Na passagem do discurso sociológico ao técnico-jurídico, que aqui releva, impõe-se aprofundar o estudo conceptual da segurança e o dos seus institutos básicos, como os estruturantes do ramo setorial do Direito Administrativo a ela dedicado aqui em foco. Este, pois, o *Direito Administrativo da Segurança*, cresce de importância no mundo contemporâneo, no qual as razões de *intranquilidade* e de *risco* se multiplicam e se agudizam, embora seja pouco estudado e a sua sistemática lamentavelmente ainda descurada, quiçá por causa das fortes conexões que o ligam ao Direito Constitucional, ao Direito Penal, ao Direito Processual Penal e ao Direito Penal Militar, que, por serem tão próximas, paradoxalmente terminam por dar espaço a vazios interdisciplinares.

Assim é que, no estudo do Direito Administrativo, constatam-se lacunas doutrinárias sobre o sistema das instituições públicas que convergem para a prestação da segurança em todos os seus níveis e sobre inúmeros de seus aspectos técnicos, não obstante a clamorosa demanda da sociedade nacional para a preservação institucional desde as suas expressões fundamentais, como o Estado, o Direito e a Democracia, às diretamente atinentes à segurança dos indivíduos e de seus bens, singularmente considerados, conotadas aos direitos fundamentais das pessoas.

123. SEGURANÇA EXTERNA, SEGURANÇA INTERNA E SEGURANÇA PÚBLICA

123.1. Segurança externa e interna

Para atender às expressões não setoriais da ordem – a *interna* e a *externa* – articulam-se,

em seus próprios níveis, atividades correspondentes, de *segurança interna* e de *segurança externa*.

O Estado sustenta a *segurança externa* através de atividades políticas de *defesa externa* – a cargo da *diplomacia*, e de atividades operativas de *defesa externa* – a cargo das *Forças Armadas*; cuida da *segurança interna* através das atividades políticas de *defesa interna*, deflagrando, em *ultima ratio*, atividades operativas de *defesa interna* – igualmente cometidas às *Forças Armadas*; e zela pela manutenção da *segurança pública*, através de atividades administrativas de *policia*, por seus desdobramentos institucionais federais e estaduais, com ou sem a aplicação final da coerção pessoal, neste caso, privativa da *justiça pública*.

No que toca à *segurança externa*, a Constituição atribui competência à União para manter relações com Estados estrangeiros, participar de organizações internacionais e celebrar com eles os atos internacionais correspondentes (art. 21, I, e art. 49, I), declarar a guerra e celebrar a paz (art. 21, II), dispor sobre os limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo, sobre sua defesa e guarda (arts. 48, V; 21, III; 21, XXII e 22, XXVIII), permitir, nos casos previstos, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (art. 21, IV), organizar e manter as Forças Armadas, fixá-lhes e modificar-lhes os efetivos e dispor sobre o serviço militar (arts. 48, III e 142) e decretar o estado de sítio e a intervenção federal (arts. 21, V; 34, I e II e 137).

Para atender à *segurança interna*, em seus vários aspectos, segundo o valor tutelado – como a vida humana, os bens, as instituições, a ordem pública, o regime e o próprio Estado – a competência constitucional foi distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, segundo as seguintes regras:

A – Compete à União:

- a) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas; uma disposição genérica compartilhada pelos demais entes políticos (CF, art. 23, I);
- b) legislar sobre *defesa civil* (CF, art. 22, XXVIII);
- c) decretar o *estado de sítio* e o *estado de defesa*, no quadro da segurança interna, quando for necessário preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública e a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional (CF, arts. 21, V, 136 e 137);
- d) decretar a *intervenção federal*, no quadro da segurança interna, quando for o caso de manter a integridade nacional ameaçada internamente, repelir a invasão de um Estado em outro, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública e garantir o livre exercício de qualquer dos poderes estaduais (CF, arts. 21, V e 34, I, II, III e IV);
- e) autorizar a produção e o comércio de *material bélico* (CF, art. 21, VI);
- f) organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 21, XIII);
- g) organizar e manter *policia civil*, a *policia militar* e o *corpo de bombeiros militar* do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 21, XIV);
- h) executar e manter, para operar também em ações de segurança interna, os

serviços de *pólicia marítima, aeroportuária e de fronteiras* (CF, art. 21, XXII);

- i) apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme (CF, art. 144, § 1.º, I);
- j) prevenir e reprimir, em todo território nacional, o tráfico ilícito de *entorpecentes* e drogas afins, o *contrabando* e o *descaminho* (CF, art. 144, § 1.º, II);
- l) exercer a *pólicia judiciária* de sua competência (CF, art. 144, § 1.º, IV);
- m) garantir os poderes constitucionais através da atuação das *Forças Armadas* e, por iniciativa de um deles, da lei e da ordem (CF, art. 142, *caput*);
- n) legislar sobre *Direito Penal* e *Processo Penal* (CF, art. 22, I);
- o) legislar, em nível de normas gerais, sobre a organização, garantias e condições de convocação ou mobilização das *pólicias militares* e dos corpos de bombeiros militares (CF, art. 22, XXI);
- p) legislar sobre entrada, extração e expulsão de *estrangeiros* (CF, art. 22, XV).

B – Ao Estado-Membro e ao Distrito Federal compete:

- a) à exceção dos tópicos acima, organizar e manter a *segurança interna* em seu território (CF, arts. 25, § 1.º, e 144, § 5.º);
- b) legislar complementarmente, quando autorizados, sobre *defesa civil* (CF, art. 22, XXVIII e seu parágrafo único);
- c) organizar o seu *Poder Judiciário* e *Ministério Público* (CF, arts. 125 e 128, II); (quanto ao Distrito Federal, a atribuição é do Congresso Nacional – CF, art. 48, IX);
- d) organizar e manter as *pólicias civil* e *militar*, cabendo àquela o exercício das funções de *pólicia judiciária* e, a esta, a polícia ostensiva e a manutenção da ordem pública (CF, art. 144, §§ 4.º, 5.º e 6.º).

C – Aos Municípios compete:

- a) suplementar a legislação federal e estadual, quando couber sua cooperação em assuntos de interesse local (CF, art. 30, I e II); e
- b) organizar *guardas municipais* destinadas à proteção das instalações e dos serviços municipais, sempre que, por lei local, vier a ser definida essa necessidade (CF, art. 144, § 8.º).

123.2. Segurança pública

A *segurança pública* é setor fundamental da *segurança interna*, voltada à manutenção do aspecto específico da *ordem interna* que é a *ordem pública* – atividade que diz respeito à desejável *situação de convivência pacífica e harmoniosa das pessoas*.

O conceito teórico de *segurança pública* é, pois, o de uma *função estatal* voltada à preservação da *ordem pública* e, como corolário, a da *incolumidade das pessoas e do patrimônio*.

Em síntese, entre *ordem* e *segurança* e, em consequência, entre *ordem pública* e *segurança*

pública, existe uma relação de *finalidade* para *instrumento*, ou seja: a *ordem pública* é o objeto da segurança pública, e, esta, o *instrumento* do Estado, organizado para manter ou restabelecer a *ordem pública*, caracterizando-se pelo exercício da *coerção*, com emprego da força, a vis *absoluta*, que é por ele legitimamente monopolizada.

Mas, mesmo sendo a *segurança pública* um conjunto de *atividades* de natureza preponderantemente *coercitiva*, cometidas ao Estado, isso não exclui o dever jurídico das pessoas de apoiá-las, tanto individual como coletivamente; na verdade, o bom êxito dessa delicada função estatal depende, em grande parte, da colaboração que lhe empresta a *sociedade*, que é a sua beneficiária.

123.3. Prevenção e repressão

As duas formas de atuação, legal e administrativa, afetas ao Estado para enfrentar os comportamentos e as situações adversativas que põem em risco a segurança, são as de *prevenção* e as de *repressão*.

A *prevenção* se caracteriza pela *previsão*, através de medidas que tenham como finalidade *evitar* a violação da ordem jurídica, da incolumidade do Estado, das instituições, dos indivíduos e do patrimônio; tanto pode atender a comportamentos como a situações potencialmente perigosos, o que significa que a prevenção de segurança surge como uma preocupação universal, dever do Estado e de cada um.

A *repressão* se caracteriza pela *provisão*, através da efetivação de medidas e da realização de ações com a finalidade de fazer *cessar* os comportamentos adversativos e de *restabelecer* a normalidade da vida social, em situações que ponham em risco a ordem jurídica, a incolumidade nacional e a segurança individual. Neste caso, a *ação repressiva* é atribuição exclusiva do Estado, não remanescendo para os indivíduos senão certas obrigações específicas definidas em lei.

Por derradeiro, quando a repressão demanda uma *ação militar*, ela se qualificará como uma *repressão operativa*, que passa a reger-se por princípios e normas constitucionais específicos, destinados a enfrentar *estados de necessidade*, como se examinará a seguir.

124. PREVENÇÃO E REPRESSÃO NA SEGURANÇA EXTERNA

A *segurança externa* é tema densamente político, por isso tratado em nível constitucional, do qual se derivam diversas *funções administrativas* a cargo de específicos órgãos do Estado.

No campo da *segurança externa*, a *prevenção* se perfaz pela atuação suasória da *Diplomacia* e dissusória das *Forças Armadas* regulares, ambas, funções atribuídas à União.

A *repressão*, neste campo, poderá ser promovida, até certo grau, pelos instrumentos políticos da diplomacia, tais como o protesto formal, o rompimento de relações diplomáticas e

a declaração de estado de beligerância, mas, uma vez atingido este ponto, ou mesmo antes, se as circunstâncias a isso recomendarem, passará a ser de natureza *operativa*, atuando por instrumentos preponderantemente *militares*.

Quanto à *competência*, a *segurança externa*, em suas modalidades *preventiva* e *repressiva*, cabe, integralmente, à *União*, e a *segurança interna*, de caráter *preventivo*, abrangerá a competência dos três graus políticos. Uma vez assumido o caráter *repressivo*, restringe-se à competência da *União* e dos *Estados*, sendo que, aos últimos, incumbe apenas o desempenho das modalidades *policial* e *judiciária*, e, se necessário passar-se à fase *operativa*, competirá esta exclusivamente à *União*.

Esboçado este quadro, são examinados, a seguir, apenas os *aspectos administrativos* da *segurança interna*, ainda porque a *segurança externa* ultrapassa de muito a atividade puramente administrativa (*policia*) para envolver atividades de ênfase política (*defesa*), marcadamente constitucional.

125. PREVENÇÃO E REPRESSÃO NA SEGURANÇA INTERNA

125.1. Segurança interna e articulações de seus setores

A *segurança interna* é objeto de vários dispositivos constitucionais, sendo que, concentradamente, está tratada no Título V, *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, dividido em três Capítulos, que cuidam, respectivamente: o primeiro, do *Estado de Defesa e do Estado de Sítio*; o segundo, *Das Forças Armadas* e, especificamente, o terceiro, *Da Segurança Pública*; todos, como previsto, rigorosamente articulados entre si.

Em comum, porém, existe, expressamente, de modo explícito ou implícito, a referência à *ordem*, a ser entendida como a desejada *situação* a ser promovida e mantida através das diversas *funções de segurança*, conforme dispostas nos nove artigos em que se desdobra o Título.

Assim é que, no art. 34, III, está prevista, como ação defensiva de natureza política, a *intervenção federal* nos Estados e no Distrito Federal, para pôr termo a grave comprometimento da *ordem pública*.

No art. 49, IV, foi cometido ao *Congresso Nacional* aprovar o *estado de defesa* e a *intervenção federal* e autorizar o *estado de sítio* ou suspender qualquer uma dessas medidas.

No art. 90, I, atribui-se ao *Conselho da República* pronunciar-se sobre essas três situações de exceção: o *estado de defesa*, o *estado de sítio* e a *intervenção federal*.

No art. 137, é instituído o *estado de sítio*, para atender a duas hipóteses extremas: primeiro, no caso do estado de defesa não ter preservado ou restabelecido a *ordem pública*, o que fica implícito no agravamento da ruptura da *ordem interna*, e, segundo, no caso de

declaração de guerra ou de resposta à agressão armada, em que também está implícito o rompimento da *ordem externa*.

No art. 142, são instituídas as *Forças Armadas*, com a missão constitucional de defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da *ordem*, estando implícitas nesta menção a *ordem interna* e a *ordem externa* do País, nos casos previstos nos artigos 34, III; 136 e 137.

É vedado às *Forças Armadas* serem empregadas na *segurança interna*, fora das hipóteses constitucionalmente previstas, pois caracterizaria uma interferência interfederativa, sendo possível, todavia, o eventual emprego *coordenado* de seus meios, consensualmente estabelecido.

No art. 144, *caput*, conceitua-se, corretamente, a *segurança pública*, como função destinada à preservação da *ordem pública*, enfatizando, ainda, a *incolumidade das pessoas e do patrimônio* – instituindo duas missões que devem ser entendidas como expressões complementares e reforçativas do conceito constitucional de *ordem pública*, pois esta é, afinal, a *situação social* que pressupõe que pessoas e bens estejam protegidos.

No art. 144, § 5.º, as *Policias Militares* ficam incumbidas da *policia ostensiva* e da *preservação da ordem pública*, consoante o § 6.º do mesmo artigo, operando nas áreas de seus respectivos Estados e Distrito Federal.

No art. 144, § 1.º, I, e §§ 2.º e 3.º, são instituídos três órgãos federais de polícia de segurança pública: a *Polícia Federal*, a *Polícia Rodoviária Federal* e a *Polícia Ferroviária Federal*, atribuindo-lhes funções de *preservação da ordem pública*, tanto de natureza preventiva como repressiva, em seus respectivos âmbitos de atuação (tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, contrabando e descaminho, polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, a cargo da polícia federal, como ramo geral, e o policiamento ostensivo de rodovias e de ferrovias, respectivamente, a cargo das duas outras instituições, como ramos específicos).

125.2. Polícia administrativa de segurança pública

Estudados os vários setores da *policia administrativa*, que se encontram mais intimamente relacionados à segurança, como no caso dos costumes, das comunicações, da viação, do comércio e da indústria, das profissões, dos estrangeiros e a edilícia, resta apreciar o campo de atuação da *policia de segurança pública*.

As funções de *policia de segurança pública* podem se confinar exclusivamente ao campo *administrativo*, como as de *vigilância, dissuasão* e de *constrangimento*, e podem atuar como instrumento auxiliar executivo no campo *judiciário*, como as de investigação de delitos e as de perseguição e captura de delinquentes.

Tais funções são ordinariamente cometidas a órgãos ou a corporações policiais do Estado, incluídos na estrutura do Poder Executivo, com assento constitucional, e, ancilarmemente, cometidas a outros órgãos, neste caso com nível legal, como as que se destinam a funções de *vigilância interna* nos demais órgãos e funções independentes da estrutura do Estado, tais como o são as *guardas judiciárias, as guardas legislativas* e outras congêneres.

Os fins precípuos da *vigilância* são a *informação* e a *dissuasão*; nem sempre os agentes da

vigilância estarão preparados para a *repressão*, salvo se for emergente, mas devê-lo-ão estar para providenciá-la de maneira oportuna.

A vigilância pode ser feita através de *registros prévios*, como cadastros, inscrições, relatórios, e da *presença ostensiva dissuasória*, manifestada por meio de guardas, rondas ou forças de choque.

O *constrangimento de polícia* só pode ser aplicado quando estiver caracterizada a prática de um delito, a iminência de sua ocorrência ou a ruptura ou fundada ameaça de ruptura (situação de risco) da ordem pública.

São organizações policiais de assento constitucional, a *Polícia Federal*, a *Polícia Rodoviária Federal*, a *Polícia Ferroviária Federal*, as *Polícias Civis* estaduais, as *Polícias Militares* estaduais e as *Guardas Municipais*.

No plano federal, as mais importantes *funções de segurança pública* estão cometidas à *Polícia Federal*, e reguladas pela Lei n.º 4.483, de 16 de novembro de 1964, dentre as quais se destacam: a fiscalização das fronteiras terrestres e da orla marítima; a fiscalização dos passageiros procedentes do exterior ou que se ausentam do País; o registro geral dos estrangeiros; a direção da polícia preventiva de guarda de área portuária e de aeroportos; a expedição de passaportes; a segurança pessoal do Presidente da República, de diplomatas, de visitantes oficiais e de outras autoridades, e a coordenação e interligação, no País, dos serviços de identificação dactiloscópica, civil e criminal.

No plano estadual, as *funções de segurança pública* se concentram nas Secretarias de Segurança Pública, seus desdobramentos ou congêneres, que congregam as corporações que atendem aos vários aspectos e missões de segurança: *Polícia Civil*, *Polícia Militar* e *Corpo de Bombeiros Militar*, onde exista.

No plano municipal, as *funções de segurança pública* se restringem à atividade de vigilância, voltada à segurança patrimonial de bens, serviços e instalações dos Municípios que instituírem suas *Guardas Municipais*.

Essas atividades devem ser *coordenadas*, para que sejam eficientes, para tanto prevista a edição de *lei federal* específica, de vigência nacional, que deverá disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos constitucionais responsáveis pela segurança pública (CF, art. 144, § 7.º), sem, contudo, lhes poder alterar as funções e os respectivos órgãos instituídos.

125.3. Repressão policial na segurança pública

Se a *prevenção* falhar, entram em ação os *institutos repressivos* do Estado. A *repressão policial*, de que ora se tratará, poderá consistir ou na *ação direta e imediata* contra o indivíduo, dispersando multidões, dissolvendo aglomerações, limitando a circulação de pessoas e de veículos, apreendendo objetos e detendo pessoas em flagrante delito, desenvolvendo atividades que caracterizam *constrangimento de polícia*, ou na *ação preparatória* da repressão judiciária.

As *medidas policiais de constrição*, no sentido estrito, estão no campo de ação da *policia administrativa da ordem pública*, e essa última, a *ação preparatória da repressão judiciária*, no campo de atuação da *policia judiciária*.

Caracterizando-se um *estado de necessidade público*, pode dar-se que a repressão deva ser diretamente voltada contra a *pessoa do indivíduo*, como única solução para manter ou restabelecer a ordem violada. Desde logo, tais medidas cabem aos órgãos policiais encarregados da manutenção da *ordem pública*: as milícias estaduais, distritais federais e territoriais. Estas milícias, dos Estados-membros, Distrito Federal e Territórios, constituem as respectivas *Polícias Militares*, organizações de assento constitucional, fundadas na disciplina, estruturadas hierarquicamente, instituídas para exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, e atuar, eventualmente, sob a responsabilidade e direção da União, na *segurança interna*, no âmbito dos respectivos territórios.

Compete à União legislar, em nível de *normas gerais*, sobre organização, efetivos, material bélico e garantias das Polícias Militares, bem como, em nível de normas específicas, sobre a sua convocação e mobilização (CF, art. 22, XXI), vigente, a respeito, o Decreto-lei n.º 667, de 2 de julho de 1969, que teve as suas disposições regulamentadas, por meio do Decreto n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983.

A destinação constitucional das Polícias Militares compreende a *policia ostensiva* e a *preservação da ordem pública*, sem prejuízo da convocação e mobilização coletivas, que as tornam *forças auxiliares*, reservas do Exército, e as submetem a outros encargos definidos em lei. Para esse efeito, essas corporações mantêm correspondência entre postos e graduações, até seu grau hierárquico mais elevado, que é o de Coronel.

No desempenho da *policia ostensiva*, expressão que engloba o ciclo completo de atuação da polícia administrativa – *ordem, consentimento, fiscalização e sanção* – as Polícias Militares atuam como força de dissuasão (*ações preventivas*), mas diante de ruptura da ordem pública, atuam como força de choque, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas (*ações repressivas*) e, finalmente, sob convocação federal, poderão atuar como guarda territorial e em missões de guerra externa ou em caso de grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção (*ações repressivo-operativas*).

À *policia judiciária* cabe a apuração das infrações penais e assegurar o cumprimento das decisões judiciais. É exercida pela Polícia Federal, nas matérias de competência criminal da Justiça Federal, pelas *Polícias Civis* estaduais, no âmbito de competência penal da Justiça dos Estados-membros (CF, art. 144, §§ 1.º e 4.º), e pelas corporações militares, nos crimes de competência da Justiça Militar federal (CF, art. 124) ou estadual (CF, art. 125, § 3.º).

126. REPRESSÃO POLÍTICA NA SEGURANÇA INTERNA

Diante de determinadas violações da *ordem jurídica*, consideradas certas características que apresentem, o Estado deve responder através do desempenho de funções de *repressão política*, podendo importar esta atividade, conforme o caso, em *constrangimento pessoal*, em imposição de *restrições de direitos* ou em *intervenção na propriedade e atividades privadas*.

Essas atividades de *repressão política*, todas de rigoroso assento constitucional, material e formal, são desenvolvidas por instrumentos administrativos e independem da tipificação eventual de delitos, apenáveis pelo Judiciário. São elas:

- 1) a decretação de *perda de nacionalidade* de brasileiro que aceitar de governo estrangeiro, sem licença do Presidente da República, comissão, emprego ou pensão; tiver cancelada a sua naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, ou adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária (CF, art. 12, § 4.º, I e II);
- 2) a decretação de *perda ou suspensão de direitos políticos*, nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta ou condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII; e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º (CF, art. 15, I, II, III, IV e V);
- 3) a decretação de *expulsão de estrangeiro*, nos casos previstos na legislação (CF, art. 22, XV, atualmente com legislação infraconstitucional no Estatuto do Estrangeiro, a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980).
- 4) a decretação do *estado de defesa* e do *estado de sítio*, medidas gerais tomadas nos casos de emergência constitucionalmente previstos que ensejam a imposição específica de restrições extraordinárias a direitos fundamentais (CF, arts. 136 e 137); e
- 5) a decretação de *intervenção federal*, nos casos em que a União considerar a existência de violação da segurança interna, previstos constitucionalmente nos incisos I, II e III, do art. 34: manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra e pôr termo a grave comprometimento da ordem pública.

127. REPRESSÃO JUDICIÁRIA NA SEGURANÇA INTERNA

Excetuando-se os casos estritos de previsão constitucional, incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário a repressão direta contra a pessoa do indivíduo pela aplicação da *pena criminal*.

A tipificação dos *ilícitos penais* e a aplicação das *penas* são matérias do Direito Penal: o Comum e o Militar. Além das formas comuns de criminalidade, tratadas na Lei de Contravenções Penais, no Código Penal e no Código Penal Militar, são previstos delitos especiais, tais como os delitos florestais, os de caça, os de pesca, os de economia popular, os de saúde, os fiscais, os de telecomunicações, os de menores, os eleitorais e outros, constantes de abundante legislação administrativa federal.

Conformam um sistema criminal paralelo aos dos crimes comuns, os *crimes de responsabilidade*, de conotação política. Tratam dos crimes de responsabilidade: a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950 (que os define e regula o respectivo processo de julgamento), a Lei n.º 5.249, de 9 de fevereiro de 1967 (que dispõe sobre a ação pública nos crimes de responsabilidade), o Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 (que dispõe sobre a

responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores), o Decreto-lei n.º 411, de 08 de janeiro de 1969 (que estende, nos arts. 62 e 68, aos Prefeitos e Vereadores dos Territórios as disposições do diploma anterior), e as disposições da Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, além de prescrições das Constituições Federal e Estaduais.

A execução das penas *criminais* e das medidas de segurança *criminais*, que importem em *encarceramento* (prisão simples, detenção ou reclusão), será provida, em cada Estado, no Distrito Federal e nos Territórios, por órgãos locais, e conforme as normas estaduais e federais respectivas; todavia, as *normas gerais*, por reserva constitucional (CF, art. 24, I), são baixadas pela União. A Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, contém essas normas gerais, que formam, juntamente com a legislação local, o *Direito Penitenciário*, ramo especializado do Direito Administrativo, e, assim, limítrofe com as disciplinas penais.

128. REPRESSÃO MILITAR NA SEGURANÇA INTERNA

A *repressão militar* é a *ultima ratio* na ação do Estado contra as agressões à lei e à ordem que não tenham cedido às modalidades policiais de repressão. É o uso da força organizada e monopolizada de que dispõe o Estado, em caráter dissuasório ou eliminatório, sob a autoridade do Presidente da República; trata-se, portanto, de uma modalidade extrema de *repressão política*, caracterizada pelo *emprego operativo* das *Forças Armadas* do País.

Tanto no caso da *segurança interna*, que foi particularmente tratada acima, quanto no caso da *segurança externa*, da qual apenas se fez breve menção, uma vez atingida a situação qualificada como movimento *oppositor ao Estado e às suas instituições*, em grau de tal modo violento e organizado, que os sistemas repressivos estatais da *segurança pública* nada mais possam fazer para detê-lo, neutralizá-lo ou eliminá-lo, a *repressão exigida* passa a ter caráter *operativo-militar* e a ser missão das *Forças Armadas*, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.

As *Forças Armadas* são definidas constitucionalmente como instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. O regime básico das Forças Armadas está estabelecido nos arts. 142 e 143, da Constituição, e legislado, em nível infraconstitucional, nos Estatutos dos Militares, na Lei do Serviço Militar e em outros diplomas federais.

As ações reclamadas, de nível *operativo*, serão empreendidas em intensidade variável, conforme a necessidade de empenho das Forças Armadas para atender àqueles fins constitucionais, podendo chegar a constituir atividades estratégicas típicas da guerra convencional, mesmo sem que exista uma declaração formal. O desencadeamento de operações militares responde, portanto, a uma situação de fato, estimada, em nível da mais alta discricionariedade político-administrativa pelo Presidente da República, em sua competência de Comandante Supremo das Forças Armadas (CF, art. 84, XIII), configurando uma atuação extrema de *defesa nacional*.

A Constituição de 1988 inova quanto à competência para provocar a ação das Forças Armadas, atribuindo *iniciativa* a qualquer dos Poderes constitucionais (CF, art. 142, *caput*), devendo-se entender este dispositivo, que prevê a provação de seu emprego, em sistema com o que atribui ao Presidente da República, na função de comando supremo, a responsabilidade *pessoal* e *direta* por seu emprego (CF, art. 84, XIII), devendo-se concluir, assim, que a *iniciativa* é a competência para a provação, mas o *comando* é a competência exclusiva para desencadear o *emprego* das Forças Armadas.

No contexto federativo, as Forças Armadas são, ainda, instrumentais para a execução da *intervenção federal*, notadamente nos casos de invasão de um Estado-Membro em outro e de grave comprometimento da ordem pública (CF, art. 34, destacados seus incisos II e III).

129. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA REPRESSÃO POLÍTICO-MILITAR

Alcançado o grau de comprometimento da ordem em que a *operatividade* já se impõe, o que caracteriza o *estado de necessidade público*, as atividades militares passam a ter precedência, sem, contudo, dar-se qualquer ruptura do Estado de Direito, uma vez que a ordem jurídica dispõe de todos os instrumentos legais de que o Estado necessita para dar o máximo de eficiência à ação das Forças Armadas, com um mínimo de sacrifício dos direitos fundamentais. São esses instrumentos de dois tipos: *políticos* e *político-administrativos*, como a seguir se expõe;

129.1. Instrumentos políticos da repressão militar

Esses instrumentos compreendem o *estado de defesa*, o *estado de sítio* e a *intervenção federal*.

129.1.1. O estado de defesa

O *estado de defesa*, decretado pelo Presidente da República, com a audiência de seus dois conselhos constitucionais – o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional – é instrumento para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções (CF, art. 136).

Sua aplicação terá vigência em *áreas limitadas*, sobre as quais a ordem jurídica excepcional autorizará a imposição de *restrições sobre certos direitos fundamentais* e a *ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos privados*. O estado de defesa se sujeita, porém, a um duplo controle: o *parlamentar* e o *judiciário*.

129.1.2. O estado de sítio

O *estado de sítio*, decretado pelo Presidente da República, ouvidos os seus dois referidos Conselhos constitucionais e com autorização do Congresso Nacional, é *instrumento político* destinado a preservar a integridade da Pátria e de suas instituições em casos de comoção

grave de repercussão nacional ou fatos que comprovem a ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa, ou em estado de guerra declarada ou em resposta a agressão armada estrangeira (CF, art. 137, I e II).

A decretação do *estado de sítio*, nas hipóteses de *defesa interna*, autoriza a adoção limitada de *medidas restritivas dos direitos fundamentais* e a *intervenção nas empresas de serviços públicos*, e, nas hipóteses de *defesa externa*, o decreto indicará, neste caso, sem restrições, as *garantias que ficarão suspensas até o restabelecimento da paz*, tudo, igualmente, submetido ao *controle parlamentar* e ao *controle judiciário*, nos termos da Constituição.

129.1.3. A intervenção federal

A *intervenção federal*, decretada e executada pelo Presidente da República (CF, art. 84, X), está minudentemente prevista nos casos de *emergência federativa* e devidamente discriminados no art. 34 da Constituição e, naturalmente, sempre sujeita ao *controle parlamentar* e ao *controle judiciário*.

A Constituição contempla, ainda, no art. 35, hipótese de *intervenção* do Estado em seus Municípios, e a da União, nos Municípios localizados em Território Federal.

129.2. Instrumentos político-administrativos da repressão militar

Os *instrumentos político-administrativos* previstos para apoiar as operações militares são: a *mobilização*, a *requisição*, o *uso* e a *ocupação temporária de bens*, a *intervenção nas empresas de serviços públicos* e o *serviço militar*.

Ao contrário dos instrumentos *políticos*, estes, de *natureza administrativa*, embora vinculados a decisões político-constitucionais, *independem do controle parlamentar* obrigatório a que aqueles ficam sujeitos, mas, uma vez que sejam tomadas sem observância das prescrições legais, obrigarão a União a promover a *indenização* pelas perdas e danos que deles decorram.

A seguir, serão examinados os instrumentos político-administrativos específicos acima referidos, destinados a balizar juridicamente a atuação operativa das Forças Armadas.

129.2.1. Mobilização

A *mobilização militar* vem a ser o conjunto das atividades desenvolvidas pelo Estado, para, dentro de determinados prazos, satisfazer as necessidades logísticas imprescindíveis para as operações militares (CF, art. 22, III e XXI, e art. 21, III).

129.2.2. Requisição militar

A *requisição militar*, prevista no art. 22, III, da Constituição e regulada no Decreto-lei n.º 4.812, de 8 de outubro de 1942, atingirá as *coisas móveis e imóveis* e os *serviços pessoais* que forem efetivamente necessários, inclusive ao *aprestamento, provisionamento e transporte* das Forças Armadas.

O requisitante é obrigado a dar ao requisitado um recibo circunstaciado das coisas entregues e serviços prestados, podendo, através deste instrumento, ser feito o *controle judiciário, a posteriori*, cessado o estado de necessidade público, assistindo ao requisitado o direito a plena indenização.

129.2.3. Serviço militar

O *serviço militar* obrigatório é a solução constitucional adotada para garantir um *contingente humano* preparado, necessário para atender às emergências hipoteticamente configuradas no planejamento da defesa nacional (CF, art. 143).

Em caso de *mobilização*, o serviço militar deixa de consistir apenas nas atividades desempenhadas nas três Forças, e passa a compreender, também, todos os encargos relacionados com a defesa nacional. As mulheres e os eclesiásticos estão isentos da prestação de serviço militar em tempo de paz, sem, contudo, estarem eximidos desses outros encargos, necessários à segurança nacional, compatíveis com seu estado e definidos em lei (v. quadro XXIV).

QUADRO XXIV – POLÍCIA ADMINISTRATIVA



130. CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Em *sentido amplo*, todas as atividades estatais poderiam ser consideradas como *serviços públicos*, o que se sustentou na escola francesa clássica, por considerar-se que prestá-los se constituiria na *única* (Gaston Jèze) ou na *primordial* (Léon Duguit) missão do Estado. Adotado, porém, esse sentido amplíssimo, não haveria como distinguir os *serviços públicos* de outras *atividades* como as *legislativas* e as *judicícias*, nem, com mais razão, das outras *atividades administrativas*, de *pólicia*, de *ordenamento econômico*, de *ordenamento social* e de *fomento público*, que são estudadas neste Curso.

Há que se buscar, portanto, um *sentido estrito*, que contribua para discriminar satisfatoriamente a categoria das atividades prestadoras de *serviços públicos*, das demais categorias de *atividades jurídicas* atribuídas ao Estado para desempenhar a expressão do poder que lhe é imanente, qual a de *instituir, preservar e aprimorar sua ordem jurídica*, bem como a de desempenhar as *atividades sociais*, que igualmente lhe cumpre, para a *aplicação concreta da ordem jurídica*.

No Estado Democrático de Direito, todas as funções do Estado devem convergir para a missão precípua que o justifica, por isso que constitucionalmente voltadas à *satisfação dos direitos fundamentais das pessoas*, o importante dado que, na pena de Antonio Perez Luño, é a auspícios marca do neoconstitucionalismo.

Distingue-se essa *atividade jurídica do Estado*, como a denomina Caio Tácito, em oposição à *atividade social*, porque ela se caracteriza por ser *essencial à sua existência*, bem como à da sociedade organizada, sendo, portanto, uma condição *sine qua non* para o desempenho de todas as demais incumbências cometidas ao Estado pela ordem jurídica, enquanto as *atividades sociais* se voltam à *satisfação de necessidades não essenciais da sociedade*, como são os interesses coletivos de fruição divisível, atendidos pelos *serviços de utilidade pública*, postos à disposição dos particulares.

Com efeito, os homens, em sociedade, desenvolvem, além de *necessidades individuais*, que comportam atendimento pelos próprios indivíduos, no âmbito e sob regime privados, algumas *necessidades coletivas*, que só podem ser plenamente satisfeitas se forem asseguradas ou assumidas pelo Poder Público, sob um regime que lhes garanta prestação *adequada*, ou seja, sob certas características e condições, pelo menos as de generalidade, de continuidade e de modicidade de custos.

Esta aproximação conduz à atualíssima *noção funcional de serviço público*, desenvolvida na linha inaugurada por René Chapus, como a *atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, considerados por lei como de interesse público*.

Desnecessário, portanto, insistir-se em distinções propostas sob outros critérios, que foram então vivamente discutidos na doutrina, tais como os critérios *subjetivos*, construídos sobre *quem assegura o serviço*, e os critérios *objetivos*, construídos sobre *que tipo de serviço é o assegurado*, salvo com um sentido de rememoração histórica do instituto.

Com efeito, adotando-se um *critério subjetivo*, referido ao *prestashop*, chega-se não mais que a um conceito tautológico e inútil, pois se estaria apenas afirmando que os serviços públicos se definem como aqueles prestados pelo Estado-administrador.

Do mesmo modo, se adotado o *critério objetivo*, referido ao *conteúdo da prestação*, torna-se necessário precisar, preliminarmente, *qual seria a natureza desse serviço*, que o diferenciaria substancialmente do *serviço privado*, o que sempre conduzirá a árduas, intermináveis e improfícias discussões sociológicas sobre a natureza do que caracterizaria essas necessidades singulares, tarefa que seria, afinal, a busca de uma definição acadêmica da *utilidade pública*.

Por essas razões, a opção por um *critério funcional*, eminentemente *jurídico*, que independe das flutuações conceptuais – que sempre resultarão das recorrentes referências sociológicas e políticas – visa a superar essas velhas deficiências e se apresentar, em acréscimo, como *consentânea com a ideia de Estado Democrático de Direito*, que supõe, por definição, que *toda atividade administrativa pública há de estar, formal, funcional e integralmente, submetida à Constituição* e, por isso, à sua missão de *realização dos direitos fundamentais das pessoas*.

E como, efetivamente, todo *poder estatal* e, por isso, toda *competência funcional* que dele decorre deve estar *formalmente definida e contida na Carta Política fundante*, não podendo, o legislador ordinário, ampliá-los ou reduzi-los sob hipótese alguma, *conceito este instrumental do Estado Democrático de Direito*, que suporta, por sua vez, na mesma linha, a construção de um *conceito instrumental dos serviços públicos*, como aqui adotado.

Assim, no Brasil, os *serviços públicos*, bem como as respectivas *competências* para prestá-los, estão todos expressos como *funções administrativas* na Constituição de 1988, seja *explicitamente*, como nos arts. 21, 25, 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja *implicitamente*, como os que sejam deles derivados e, ainda, todos os demais que necessitem ser prestados em regime de exploração de atividade econômica.

Neste último caso, se for necessário para instituir e prestar um serviço público *realizar-se algum tipo de exploração de atividade econômica* – atividade que está, por princípio, reservada à *sociedade* –, a Constituição, além dos casos expressamente nela previstos, *permite que o legislador o institua apenas nas duas restritas hipóteses previstas no art. 173*, por isso mesmo, ambas admitidas como exceção em seu Título VII, que versa sobre a Ordem Econômica e Financeira: *desde que necessárias aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo*.

Em decorrência do exposto, o *regime dos serviços públicos* apresenta características funcionais próprias, que o estremam do *regime comum* dos serviços privados, estando sintetizadas em oito *princípios jurídicos informativos dos serviços públicos*: a *generalidade*, a *continuidade*, a *regularidade*, a *eficiência*, a *atualidade*, a *segurança*, a *cortesia* e a *modicidade*, que, em conjunto, atendem ao conceito jurídico indeterminado constitucional de *serviço adequado* (CF, art. 175, parágrafo único, IV), tal como constante da Lei n.º 8.987, de 15 de fevereiro de 1995 (art. 6.º, § 1.º) e do mesmo modo expresso como *direito do consumidor*, na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (art. 6.º, X).

131.1. Princípio da generalidade

O *princípio da generalidade* é o mais importante dos princípios setoriais dos serviços públicos e o que, assinaladamente, marca a sua vocação *universal, isonômica e democrática*.

A característica *universal* assegura a maior extensão possível da oferta de serviço aos interessados; a *isonômica* afiança a igualdade de tratamento aos usuários, e a *democrática* garante a participação do usuário em tudo o que se refira ao serviço que lhe é oferecido ou prestado.

A manutenção de serviços públicos, de modo a estarem sempre disponíveis para seus usuários, não constitui um favor, mas um *dever legal*, daí poderem ser exigidos tanto do Poder Público competente para instituí-los quanto, se forem serviços delegados, de quem seja responsável por executá-los.

A violação deste princípio caracterizará favorecimentos, privilégios, discriminações e outros abusos intoleráveis, a serem prontamente corrigidos, sem prejuízo da composição das perdas e danos infligidos, a que derem causa.

131.2. Princípio da continuidade

Por se tratar de *prestações* impostas pela ordem jurídica ao Estado, elas deverão ser *permanentemente* asseguradas aos usuários, o que constitui o *princípio da continuidade*. Todavia, tal permanência não significa, necessariamente, que não possam ocorrer *interrupções*, aceitáveis, tanto por motivos de ordem geral como para certos cuidados de manutenção, como os de *força maior*, que resultam de uma *situação de emergência* ou, ainda, precedidas de prévio aviso, sempre que possível, se for motivada por razões de *ordem técnica* e de *segurança das instalações* (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 6.º, § 3.º, e seu inciso I), e até por motivos de *ordem particular*, desde que justifiquem a paralisação, como, entre outros, seria o caso da inadimplência do usuário (leg. cit., art. 6.º, § 3.º, II).

Se forem *serviços delegados* e invocadas razões de interesse público, o Poder Público pode exigir a continuidade de prestação de serviços, mesmo em caso de seu próprio inadimplemento, devendo, neste caso, ser reajustada a tarifa ajustada para admitir o novo ônus, ou, como alternativa, deverá o próprio Poder Concedente subsidiá-la.

131.3. Princípio da regularidade

Além de *contínuo*, o serviço público deve ser mantido com *regularidade* por quem o execute, seja o Poder Público, seu delegado ou autorizado, o que significa que a execução não deverá apresentar variação apreciável das características técnicas no que toca à prestação devida aos usuários.

Tais características, atinentes ao princípio da regularidade, para serem asseguradas, devem estar expressas em disposições jurídicas – legal, regulamentar ou contratualmente estipuladas – de modo que possam ser exigidas pelos usuários.

131.4. Princípio da eficiência

A eficiência na prestação de serviços públicos constitui-se em aspecto específico do princípio geral instituído no art. 37, *caput*, da Constituição. Como já exposto, este princípio está voltado ao *melhor atendimento possível das finalidades estatuídas em lei*, exigindo-se que a atividade administrativa seja praticada com a satisfação de determinados padrões mínimos de *qualidade*.

Mas, para que esses padrões de *qualidade* para o atendimento do princípio da eficiência sejam juridicamente *exigíveis*, torna-se necessário que se definam os competentes *parâmetros legais*, para que a sua satisfação possa ser *aferida objetivamente*, como, por exemplo, critérios de *tempo*, de *recursos empregados*, de *generalidade do atendimento* ou de *respostas de usuários (feedback)*, pois, como se anotou, o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser *subjetivo*, pois, de outro modo, correr-se-ia o risco do arbitrio do agente controlador.

Entendida a eficiência como a *melhor realização possível* da prestação de serviços públicos em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário*, ela se apresenta, simultaneamente, tanto como um *atributo técnico* da gestão de interesses, como uma *exigência ética* a ser respeitada.

Desde que foi consagrado na Carta Magna, o *dever de eficiência*, extensivo a todo o setor público, passou a ser exigível como um direito difuso da cidadania, ainda porque o próprio constituinte sublinhou-lhe a importância ao determinar, ainda no desenvolvimento do mesmo articulado, que o legislador regulasse especialmente três aspectos de *controle de resultados*: primeiro, quanto à *disciplina das reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral*, segundo, *assegurando a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e*, terceiro, *determinando uma avaliação periódica externa e interna da qualidade dos serviços* (CF, art. 37, § 3.º, I).

131.5. Princípio da atualidade

Antes mais conhecido como princípio do *aperfeiçoamento*, o legislador ordinário o rebatizou como princípio da *atualidade*, indicando o dever da Administração de atender, da melhor maneira e o mais prontamente que possível, as exigências dos serviços de utilidade pública postas pelos permanentes avanços científicos e tecnológicos, mormente tratando-se de atividades de crescente expressão econômica e altamente demandantes de recursos, no que toca à *qualidade das prestações* aos usuários.

Neste sentido, entendido como uma *cláusula de progresso*, o *princípio da atualidade* vem a ser um corolário do *princípio da eficiência*, no sentido de que o *progresso*, em termos de *qualidade* das prestações ao usuário, deve ser considerado no elenco de seus *direitos de cidadania*, de modo que ao Estado, ao assumir qualquer serviço como público, impõe-se o correlato dever de zelar pelo seu contínuo *aperfeiçoamento*, de modo que os frutos dos avanços do conhecimento sejam distribuídos a todos os usuários, o mais rápido e amplamente que possível.

Pode-se, portanto, exigir constitucionalmente do Poder Público que desenvolva todo empenho nessa constante atualização e aperfeiçoamento das técnicas de prestação de serviços públicos, não podendo ser interpretada de outro modo a previsão de *qualidade dos serviços*, constante do art. 37, § 3.º, I, *in fine*, da Carta Magna.

Esta é uma das razões pelas quais a Administração, mesmo que haja *delegado* a execução de um serviço público, jamais se despe da faculdade de alterar unilateralmente as condições e formas da prestação.

Implícito, portanto, no dever estatal de desenvolver esforço e vigilância contínuos, para alcançar *eficiência* no máximo grau possível, está o de constante *aperfeiçoamento* dos serviços a sua cura, compreendendo, como explicita a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 6.º, § 2.º: *a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e a expansão dos serviços*.

131.6. Princípio da segurança

Como mais um corolário do *princípio da eficiência*, correlato ao anteriormente examinado, tem-se o *princípio da segurança*, entendida como *qualidade específica* da prestação, que importa na salvaguarda, a todo transe, da incolumidade das pessoas e dos bens afetos ao serviço.

Mais que qualquer outro aspecto específico da eficiência, a *segurança* se destaca como requisito imprescindível, devendo sempre ser superlativamente exigida, daí sua definição legal, o que inclui, de modo especial, a consideração de seus correspondentes detalhes técnicos inafastáveis e dos respectivos custos, que devem reclamar a atenção do Poder Público desde a licitação dos serviços, se transferidos.

131.7. Princípio da cortesia

O trato urbano e educado, devido pelos prestadores, diretos ou indiretos, aos usuários, não é mera exigência do bom convívio social, mas, igualmente, um *dever legal*, de assento constitucional (art. 37, § 3.º), uma vez que esses destinatários são, em última análise, os legítimos senhores dos serviços públicos.

Como se depreende, não se cogita, com esse *princípio da cortesia*, de enfatuar os usuários, mas de desenvolver a consciência de que prestadores de serviços públicos devem pôr em primeiro plano a *satisfação* das necessidades de cada pessoa que, em última análise, singularmente considerada, é a relevantíssima razão de ser de todas as atividades funcionais, empresariais e profissionais envolvidas.

131.8. Princípio da modicidade

O *preços* dos serviços públicos devem ser administrados de modo a atender, concomitantemente, às *exigências do mercado* e à *capacidade econômica de seus usuários*, devendo, por isso, ser *módicos*.

O *princípio da modicidade* é um corolário do *princípio da generalidade*, de vez que a sua adequada observância deverá proporcionar o *mais amplo acesso ao serviço* por parte de todos que dele tenham necessidade, assim atendendo, harmonicamente, ao da *generalidade*.

Não obstante, há um *equilíbrio financeiro* a ser conjuntamente considerado: por um lado, a *modicidade* deve beneficiar os usuários, mas, por outro, o *custeio* dos serviços deve ser por eles suportado, pois, o encargo dos serviços públicos não deve recair sobre toda a sociedade sob a forma de impostos, pois tal prática seria socialmente injusta, mas, apenas, sobre os seus efetivos usuários, portanto, sob a forma de *taxas* ou de *tarifas*.

Ainda assim, não deverá ser exclusivamente o *valor* dos serviços o dado a ser levado em conta para a fixação do seu custeio por parte dos usuários, pois o legislador constitucional, até mesmo no caso de prestação dos serviços públicos por *concessões* e *permissões*, previu a prática de uma *política tarifária* (art. 175, parágrafo único, III), que acena para a consideração *política* de fatores não apenas econômicos, como sociais.

Destarte, no caso de serviços públicos *diretamente* prestados pelo Estado, será esta consideração *política* que deverá ditar a fixação legal das *taxas* – que constituem a modalidade tributária específica para remunerá-los, comportando a *imposição* de valores formalmente desvinculados dos preços de mercado, cabendo exclusivamente aos legisladores definir o que venha a ser, *in casu*, a *modicidade* possível. Ainda assim, embora a modalidade de prestação *direta* de serviços públicos de natureza econômica não leve à geração de lucros, a serem distribuídos como dividendos, ela deverá apresentar, sempre que possível, alguma margem de *lucratividade*, não só para evitar que o custo dos serviços recaia sobre quem não os utiliza, possibilitando a autossuficiência da organização que os presta, como para dar condições de garantir sua expansão e aperfeiçoamento autossustentados e sem prejuízo da prestação de outros serviços públicos, tanto ou mais essenciais.

No caso de serviços públicos prestados por *delegação*, através de contratos, como os de *concessão* e de *permisão*, prevalecerá a vinculação das respectivas *tarifas* aos preços de mercado, o que se logrará por meio da abertura de *certames licitatórios*, em que se garanta por edital a percepção de um *lucro módico*, porém suficiente para atrair investidores privados para a exploração econômica do serviço; lucro este em valor a ser previamente expresso em termos percentuais sobre a receita líquida, após a cobertura do custo do serviço, a sua manutenção adequada, a depreciação dos equipamentos, os tributos e contribuições incidentes, e o melhoramento dos serviços.

Nesta hipótese, a consideração *política* da *modicidade* ficará limitada a estabelecer *parâmetros de qualidade* mais discretos, embora sem sacrifício da segurança, ou fixar *requisitos de expansão menos ambiciosos*, ou, mesmo, a uma possibilidade de serem *outorgadas subvenções* com destinação específica por parte do Poder Público, o que só deve ser considerado se outra solução não for possível para compensar certas partes ou segmentos do serviço que

devam ser prestados a fundo perdido; tudo, porém, sem se alterar a equação econômico-financeira do contrato, cabendo à Administração definir o que deva ser, afinal, caso a caso, a modicidade possível.

132. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Deve-se distinguir, ao tratar de execução de serviços públicos, a *titularidade* e a *prestação*. A *titularidade* é exclusiva do ente político ao qual a Constituição haja cometido, explícita ou implicitamente, a competência específica. Quanto à *prestação*, tanto poderá ela caber ao titular, dizendo-se *direta*, como pode ser por ele delegada a terceiros, denominando-se *indireta*.

Sob o critério da *titularidade*, estuda-se a *partilha de competências instituidoras* de serviços públicos, tema que assume especial relevância no regime federativo, dedicando-lhe, a Constituição de 1988, várias prescrições a respeito, de vez que, como já se expôs, a qualquer definição legal específica deve sempre preceder sua previsão constitucional explícita ou implícita (art. 173, *caput*).

Sob critério da *prestação*, estudam-se as *formas jurídicas de delegação*, que são, em princípio, livremente definidas pelos entes da Federação no exercício de sua autonomia político-administrativa (CF, art. 18), mas que estarão, todavia, limitadas, quando se tratar das *formas paraestatais*, postas sob regras federalizadas, pelo art. 37, XIX e XX, da Constituição, e das duas formas *contratuais*, a da *concessão* e a da *permissão*, que se sujeitam também às regras centralizadoras dos arts. 175 e 22, XXVII, da Carta Magna.

Por serem tais normas constitucionais *excepcionadoras da autonomia federativa*, por óbvio, elas não comportarão qualquer interpretação ampliativa, o que vale a afirmar que, consoante a construtiva interpretação de Marcos Juruena Villela Souto, a Constituição *não exaure a definição padronizadora de formas de prestação de serviços públicos*, senão que *apenas a limita quanto ao emprego de certos instrumentos contratuais*, ao atuar no exercício de sua competência, que é também excepcional, de legislar sobre normas gerais de contratação pública, posta no art. 22, XXVII, da Constituição.

133. PARTILHA CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA INSTITUIDORA

A *competência constitucional para instituir serviços públicos* se reparte entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os Territórios, cumprindo examiná-la nesses níveis.

133.1. Serviços públicos federais

São de competência da União os serviços públicos que ficaram explícita e implicitamente a ela reservados nos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 21, X – serviço postal;

- Art. 21, XI – serviços de telecomunicações;
- Art. 21, XII, *a* – radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- Art. 21, XII, *b* – serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água;
- Art. 21, XII, *c* – navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura portuária;
- Art. 21, XII, *d* – serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- Art. 21, XII, *e* – os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- Art. 21, XII, *f* – os portos marítimos, fluviais e lacustres; e
- Art. 21, XXIII – serviços nucleares de qualquer natureza.

133.2. Serviços públicos estaduais

A Constituição atribui *competências explícitas* aos *Estados* e ao *Distrito Federal* para a instituição de *serviços locais de gás canalizado* (art. 25, § 2.º) e, apenas aos Estados, quanto aos *serviços públicos de interesse comum* em *regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, criadas por lei complementar (art. 25, § 3.º).

Além dessas, *explícitas*, são reservadas, aos Estados e ao Distrito Federal, *competências implícitas* para instituir outras modalidades de serviços públicos, desde que não lhes tenham sido vedadas pela Constituição (art. 25, § 1.º), no desempenho de sua *competência remanescente*.

133.3. Serviços públicos municipais

Os *Municípios* têm *competência explícita genérica* para organizar e prestar os *serviços públicos de interesse local* (CF, art. 30, V), uma expressão que o legislador constitucional de 1988 preferiu à formula tradicional do “*peculiar interesse*”, empregada nas Cartas anteriores.

Mesmo com essa alteração da qualificação constitucional, o “*interesse local*” deve ser entendido como o *predominante* e não *exclusivo*, para efeito da caracterização da competência em cada caso, máxime ao se considerar as constantes alterações tecnológicas, sempre incidentes na evolução dos serviços públicos, que podem alterar escalas econômicas e transformar, em pouco tempo, um serviço tipicamente local num serviço que só poderá vir a ser prestado eficientemente com extensão regional ou, mesmo, nacional.

Prudentemente, a Constituição abriu uma ampla margem interpretativa, implícita nessa regra do *interesse local*, mas, ainda assim, declarou destacadamente uma modalidade – o *transporte coletivo* – qualificando-o como *essencial*, com o objetivo de tornar sua instituição e manutenção, *obrigatórias* para todas as prefeituras (CF, art. 30, V).

134. FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A prestação de serviços públicos, como já referido, tanto pode caber ao *ente titular* da competência constitucional, o que caracteriza uma *prestação direta*, como pode ser por ele *delegada* a terceiros, o que tipifica uma *prestação indireta*.

Trata-se aqui, na *prestação indireta*, não de uma *disposição dos serviços* que são cometidos a seu titular, mas da mera *disposição sobre a execução do serviço*, ou seja, a faculdade de *delegar* a sua *prestação*, integral ou parcialmente.

Em consequência, também se pode fundar a classificação das formas de prestação na *natureza jurídica dos destinatários* dessa partilha de execução, conforme sejam entes administrativos de direito público (neste caso, com *prestações indelegáveis*) ou entes administrativos de direito privado (neste caso, com *prestações delegáveis*).

134.1. Prestação direta

A *prestação direta* é a executada pelos *entes administrativos políticos*. É, portanto, o próprio Poder Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que as *institui* e *executa*.

Os serviços públicos federais *explicitamente* previstos na Constituição (art. 21): os estaduais (art. 25, § 2.º, gás canalizado) e os municipais (art. 30, de transporte coletivo), tal como ressalvados no seu art. 173, ambas as regras dispondo sobre atividades de exploração econômica, já se consideram *constitucionalmente instituídos*, não necessitando de lei – federal, estadual, distrital federal ou municipal – que os *criem*, mas, tão somente, que os *regulem*.

Distintamente, todos os demais serviços públicos que importem em modalidades de exploração econômica, *implicitamente* admitidos ou que possam ser *instituídos* por quaisquer dos entes da Federação, deverão ser criados por lei específica, que também deverá regulá-los, mas, nesta hipótese, a validade dessa lei específica instituidora estará condicionada à existência de *imperativos de segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo*, como exige o art. 173, caput, da Constituição.

Essas condições, formuladas sob a forma de dois conceitos jurídicos indeterminados, deverão ser declinadas casuisticamente nas leis instituidoras de serviços públicos referidos a algum tipo de *exploração de atividades econômicas*, que, assim, se sujeitarão a controle de constitucionalidade quanto à *motivação legal* apresentada, sendo que apenas a União terá competência para invocar imperativos de segurança nacional (CF, art. 21, II, III e V).

134.2. Prestação indireta

A *prestação indireta* é aquela em que a execução de serviços públicos se faz por outorga legal ou por *delegação*, respectivamente, ou a *entes administrativos de direito público de natureza autárquica* ou a *entes administrativos de direito privado*, que poderão ser, nesta hipótese, tanto *entes paraestatais* como *privados*, mas sempre dependendo de *lei*, da entidade política titular da competência instituidora, que deverá promover a *outorga do serviço* ou a *anuência para sua delegação administrativa*, prevendo, nos dois últimos casos, os competentes instrumentos.

Distinguem-se, instrumentalmente, cinco formas de *prestação indireta*: a *autárquica*, a

paraestatal, a contratual, a unilateral e a complexa.

134.2.1. Prestação autárquica

É aquela em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por *outorga legal a um ente administrativo autárquico*, de criação federal, distrital-federal, estadual ou municipal.

Esta modalidade, que já foi amplamente empregada, entrou em declínio, pois as dificuldades burocráticas inafastáveis, próprias à personalidade de direito público, tornaram-se incompatíveis com as exigências contemporâneas de *exploração eficiente* das atividades econômicas.

134.2.2. Prestação paraestatal

É aquela em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por *delegação legal a um ente administrativo de direito privado*, de criação federal, distrital federal, estadual ou municipal, caracterizado como *entidade paraestatal*, cujo conceito e natureza já foram estudados.

A modalidade de *empresa paraestatal* foi franca preferida, durante grande parte do século XX, para a prestação de inúmeros serviços de utilidade pública, nos níveis federal, estadual e municipal, tendo se tornado uma atividade símbolo dos modelos, então dominantes, do *Estado do Bem-Estar Social* e do *Estado Socialista*, multiplicando-se os seus tipos, até hoje subsistentes: as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as suas respectivas *subsidiárias* e as *fundações públicas*, todos eles com personalidade jurídica de direito privado e as demais características já estudadas.

134.2.3. Prestação contratual

É aquela em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por *delegação contratual* a entes particulares, pessoas de direito privado, que ajustam com o Poder Público competente a execução de serviços públicos sob diversas modalidades de *contratação*.

Em lista não exaustiva, arrolam-se as seguintes modalidades mais empregadas no direito positivo brasileiro: a *concessão de serviço público* (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), a *permissão de serviço público* (Lei citada), a *concessão de serviço e de obras públicas* (Lei citada), o *arrendamento de instalações portuárias* (Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993), a *terceirização contratada de serviços acessórios* (art. 197, CF, para a saúde) e as duas espécies de concessões contratadas com *parceria público-privada* (PPP): a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa* (Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

134.2.4. Prestação complexa

A modalidade de *prestação complexa* de serviços públicos é aquela em que *pessoas se associam para realizar a mesma prestação*, tendo, ao menos uma delas, competência

administrativa para fazê-lo, comportando delegações complexas recíprocas.

Resulta da celebração de um ato *administrativo complexo*, daí as categorizações que poderão adotar, tais como: *prestaçāo por convênio, por consórcio ou por acordo de programa*. Como ficou esclarecido, quanto à natureza dos referidos institutos, na Parte Geral, Capítulo VII, o ato complexo, segundo lição acolhida, se situa a meio caminho entre o negócio jurídico unilateral e o contrato, sendo, também, um *pacto* e, portanto, um *negócio jurídico*.

Adaptados os conceitos já expendidos ao tema agora em exame – que é a *prestaçāo subjetivamente complexa de serviços públicos* – e centrando o critério diferencial entre suas modalidades na titularidade da competência, pode-se conceituá-las como se segue.

O *convênio*, como um ato administrativo complexo, celebrado entre duas ou mais entidades que se associam para executar um determinado serviço público, de competência de uma delas, que deve ser, por isso, um ente administrativo.

O *consórcio*, como um ato administrativo complexo, celebrado entre dois ou mais entes administrativos da mesma natureza, para executar um serviço público, de competência comum.

O *acordo de programa*, como um ato administrativo complexo, celebrado entre vários entes, públicos e privados, sendo público ao menos um deles, e sob a coordenação deste, para executar um serviço público de comum interesse.

As modalidades de prestação complexa de serviços públicos comportam, ainda, a execução através de uma *terceira entidade*, criada ou não pelas partes acordantes, o que permite uma *combinação* entre elas e as modalidades autárquicas, paraestatais, contratuais e unilaterais, acima estudadas. Esta terceira entidade terá que ser instituída por uma ou várias das partes conveniadas interessadas, sempre que exigida a eventual criação de uma *sociedade de fins específicos* para atuar como *operadora do ajuste*.

São exemplos recentes, no direito positivo brasileiro, o *contrato de risco*, o *contrato de gestão com organizações sociais* (Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998) e o *termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público* (Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999) e a modalidade de *consórcios públicos* (Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005), que é outro exemplo de *acordo indevidamente “contratualizado”* pela União a fim de submetê-lo a suas normas gerais, o que gera dúvidas e perplexidades até mesmo sobre a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

134.2.5. Prestação unilateral

É aquela em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por *delegação unilateral* do Poder Público a pessoas de direito privado, que são particulares habilitados através de diversas modalidades de *atos administrativos receptícios*, devendo ser executadas em condições uniformes e unilateralmente impostas.

São exemplos de *prestaçāo unilateral* – aqui também declinados em lista não taxativa – as modalidades de *autorização de serviço público* (exemplos: CF, art. 21, XI e XII), de *prestaçāo credenciada* (exemplos: Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, art. 22, X) e de *prestaçāo reconhecida* (cf. legislação própria, de competência de cada entidade política).

A autorização de serviço público sobressai como a mais importante modalidade unilateral, pois se encontra expressamente prevista para a delegação de execução de serviços públicos de competência da União, nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição.

Não se podendo inferir, meramente em razão da explicitação das autorizações federais, por força do princípio da autonomia federativa dos entes políticos, que o emprego dessa modalidade haja sido vedado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, é certo que o legislador de qualquer nível político igualmente poderá optar pela instituição dessa modalidade de outorga unilateral e precária da execução de serviços públicos, a quem quer que se disponha a prestá-los, sempre em termos e condições uniformes e precariamente, sem qualquer garantia de estabilidade contratual, desde que, para tanto, o particular se habilite regularmente, inclusive, se o caso, em processo licitatório.

A prestação credenciada é também difundida modalidade de delegação unilateral de serviços públicos a particulares, aos quais, o Poder Público se associa por ato administrativo receptício, unilateral e precário e sob cláusula de enquanto bem servir, para o desempenho de atribuições profissionais específicas, como, por exemplo, empresas de inspeção de veículos, médicos, clubes de serviço e outras pessoas na condição de colaboradoras.

A prestação reconhecida é a que também se efetua por particulares, sempre que o Estado, por ato unilateral e precário, entenda conveniente revestir de validade e de eficácia certos atos praticados por entes particulares, que, mesmo sem título prévio habilitante, disponham-se, na qualidade de colaboradores voluntários, a prestar serviços de interesse público, ainda que parcialmente, no atendimento de necessidades públicas passageiras, de reduzida importância ou em pequena escala.

Nesta categoria, encontram-se associações profissionais, associações de moradores de bairros, associações de moradores de favelas e de conjuntos habitacionais, albergues de indigentes, lactários, clínicas, hospitais, asilos, creches, escolas, entidades esportivas e recreativas, bem como inúmeras outras sociedades civis de fins assistenciais ou de fomento, que executem serviços públicos de menor monta ou em caráter eventual, como pode ocorrer em situações de emergência ou de calamidade pública.

135. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

135.1. Histórico

Cumpre estudar agora, destacada e detidamente, as concessões e as permissões de serviços públicos, tanto pelo cuidadoso tratamento constitucional que se lhes imprimiu a Carta de 1988 quanto pela importância que, em boa hora, recobram esses institutos no Estado de Bem-Estar Social, graças ao auspicioso advento das soluções pós-modernas de compartilhamento de esforços entre Estado e sociedade organizada, uma das marcas das transformações em curso, portanto, plenamente na linha aplicativa do princípio da subsidiariedade.

Essa tendência está caracterizada pela preocupação do legislador em aliviar o Poder

Público da execução de tarefas de *exploração econômica* que possam ser mais exitosamente realizadas pelo setor privado; orientação que foi acolhida no ordenamento constitucional brasileiro com a explicitação dos *princípios do primado da livre iniciativa* (CF, arts. 1.º, IV e 170, *caput*), da *restrição à atividade de exploração econômica pelo Estado* (CF, art. 173, *caput*) e da *limitação intervintiva geral restrita às funções de fiscalização, incentivo e planejamento* (CF, art. 174, *caput*).

A primeira observação que se impõe é apenas de natureza terminológica. Como se observa, a ausência de uma desejável sistematização do tema, em nível de *normas gerais*, no Direito Administrativo brasileiro, causa um verdadeiro caos semântico, em que vocábulos afins, como *admissão*, *licença*, *autorização*, *permissão*, *concessão* e outros, que têm sido empregados no direito positivo e lembrados neste Curso, aparecem como os mais sacrificados quanto à sua necessária precisão. Lembrável, a propósito, a título de curiosidade, queixa semelhante de Otto Mayer, no princípio do século XX, deplorando a confusão entre termos tedescos assemelhados (*Erlaubniss*, *Ermächtigung*, *Genehmigung*, *Zustimmung*, *Konsens*, *Konzession* e *Verleikung*).

Assim, até mesmo para obter um pouco mais de precisão conceptual, onde faltante o emprego de boa terminologia, convém situar-se o instituto na tradição jusadministrativa do País, com uma breve recordação de seu histórico.

As concessões, embora praticadas desde o início do Estado Moderno, tiveram o seu primeiro momento de fastígio no final do século XIX e no início do século XX, época em que os capitais à disposição do Governo brasileiro eram ainda reduzidos, de modo que a modalidade logo se expandiu para o atendimento dos mais importantes e dispendiosos serviços públicos de então, como os de luz, gás, telefone, água, esgotos, transportes urbanos e ferroviários; todos, em regra, demandando investimentos no País de vultosos capitais externos.

Porém, com a hipertrofia política, social e econômica do Estado experimentada a partir da Primeira Guerra Mundial e com a mudança de certas concepções políticas, então centradas na afirmação de um conceito radical de soberania, revelada, notadamente, numa intensa preocupação com a *segurança nacional*, que marcou o período da chamada Guerra Fria, as concessões foram perdendo aos poucos sua importância em benefício daqueles setores tradicionais, de modo que os serviços públicos passaram a ser

Mas nem por isso o instituto chegou a desaparecer, mantendo-se, timidamente embora, com uma expressão mais discreta, concentrada em alguns setores dos transportes públicos. Quando já se prenunciava o seu ocaso, eis que o fim da Guerra Fria, com o término da tensão armamentista e o esgotamento das possibilidades de capitalização pública pela via tributária como solução para custear elevados investimentos em empresas estatais, e os cada vez mais demandados reinvestimentos destinados à renovação tecnológica dos serviços públicos, determinaram o retorno, renovada e robustecida, da concessão.

Este reaparecimento, simultaneamente em diversos países, voltou a ser considerado como a melhor solução para a exploração de vários serviços públicos, que, reconhecidamente, podem ser entregues, com vantagem e sem comprometimento de seus princípios regedores, à execução das empresas privadas, foi o exemplo exitoso para

reentrar o instituto, rapidamente e em escala global.

Afinal, passava-se a reconhecer, depois de um longo período hegemônico do conceito de Estado-Providência, a superior capacidade da iniciativa privada para imprimir elevado grau de eficiência às atividades econômicas e, o que é mais importante, liberando o Poder Público de preocupações empresariais para concentrá-lo *en suas atividades primárias e na solução de problemas administrativos de maior demanda, premência e envergadura na pós-modernidade, tais como o são os da segurança, da educação e da saúde e, em escala crescente, no desenvolvimento da atividade reprodutiva do fomento público*, todas essas delicadas tarefas de Estado que requerem elevado custeio, cuidadoso planejamento e rigorosa execução em longo prazo.

Ressurgiu, assim, o instituto de concessão, em quadra marcada pelo fracasso do Estado como agente produtor e empresário econômico, tendo ficado evidenciado, em todos os quadrantes, e, mais agudamente, na área socialista, do então chamado segundo mundo, em que o culto do estatismo havia alcançado o seu clímax histórico e, para alívio da humanidade, marcado por suas desastrosas mazelas autocráticas e totalitárias.

Por outro lado, o *desenvolvimento científico e tecnológico*, ao ampliar as opções de bens e de serviços, e a crescente concorrência de grandes empresas nacionais e estrangeiras altamente capitalizadas, disputando mercados e reduzindo custos para o consumidor, foi tornando mais interessante diversificar a transferência de execução de atividades do exaurido Estado do Bem-Estar Social para os empreendedores particulares, tais como, para mencionar apenas alguns exemplos mais exitosos, nas concessões de autoestradas, de instalações portuárias e aeroportuárias, de transportes urbanos de massa, de garagens subterrâneas, de pavilhões de feiras e congressos, de complexos turísticos e de lazer, de marinas, de estádios, de penitenciárias, de telecomunicações, de energia etc., em lista em contínua expansão.

Para sublinhar toda a potencialidade da nova opção que se abria, tome-se como um bom exemplo, válido, *mutatis mutandis*, para as demais modalidades afins, a concessão de construção e de exploração de autoestradas, tal como de há muito intensamente exitosamente empregada na Comunidade Europeia, uma infraestrutura tão importante para o desenvolvimento, notadamente em países que se ressentem de escassez de recursos disponíveis para atender às crescentes demandas no setor viário. Com efeito, nesta modalidade, o concessionário constrói a nova autovia, com todos os requisitos de conforto e segurança, e, durante o prazo contratual, aufere sua remuneração pelo *pedágio*, cobrado dos usuários, fixado em bases tarifárias mistas, legais e consensuais, calculadas para cobrir o custo da construção e da manutenção, podendo explorar, conforme o contrato celebrado, rendas extraordinárias, como o comércio marginal das rodovias, tais como postos de gasolina, oficinas, restaurantes, bares, lojas de conveniência etc., ou com a execução de desapropriações extensivas em certas áreas para futura revenda, postas como soluções complementares para a geração de receitas complementares de modo a reduzir a tarifa cobrada do usuário.

Terminado o prazo contratual da concessão, durante o qual o Estado não precisou empregar recursos tributários gerais, injustamente onerando os que não são usuários diretos dos serviços rodoviários, todo o serviço de utilidade pública concedido retorna ao Poder

Concedente, dando-se a devolução do acervo dos bens *afetos ao serviço* ao Poder Público Concedente, que poderá, então, já com todas as obras realizadas e o empreendimento funcionando, optar entre passar a explorá-lo diretamente ou continuar a fazê-lo indiretamente, seja pela modalidade paraestatal, ou pela licitação de nova concessão.

Se, hoje, a intenção é a de aliviar o Estado da execução de dezenas de serviços públicos, que são prestados de modo burocrático, oneroso e ineficiente, esta solução, de *revitalização da concessão*, que, em acréscimo, também revigora a *competitividade* e a *empresa privada* no País, gera rendas e empregos e não traz prejuízo algum quanto à responsabilidade e à vigilância do Estado sobre a regularidade e a qualidade do serviço concedido.

Enfim, soluções dessa natureza são indefinidamente multiplicáveis através de parcerias entre entes do Poder Público e da sociedade civil, nada mais sendo necessário que a existência de uma *legislação motivadora* e, em alguns casos, de alguns mecanismos criativos de *fomento público*. Um excelente exemplo de legislação motivadora se pode apontar na Lei n.º 1.481, de 21 de junho de 1989, do Estado do Rio de Janeiro, pioneira no País, que só depois de quase seis anos inspiraria a adoção de uma necessária normatividade nacional, que veio com a edição da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que, de resto, seguiu-lhe as linhas mestras.

135.2. Natureza

A concessão pode ser conceituada como um *contrato administrativo* através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares, sob regime misto: público e privado.

Como o destinatário da concessão é o público usuário, a concessão guarda certa semelhança com o instituto privado da *estipulação em favor de terceiros*. Existem, em comum, nos dois instrumentos, três partes na relação negocial que se trava, sendo que, na concessão, elas se denominam: *Poder Concedente*, o que delega o serviço; *concessionário*, o que irá executá-lo; e *usuário*, o beneficiário da prestação.

Poder Concedente e *concessionário* são contratualmente solidários na prestação pública em face do usuário do serviço, que é a parte indeterminada, mas determinável, na tríplice relação estabelecida e a favor de quem se erige um *direito subjetivo público*, indistintamente contra ambos, de exigir a execução do serviço.

135.3. Características

A concessão, como *contrato administrativo*, tem por características: a *imperatividade*, apenas em potencial e para casos extremos; a *validade*, construída sobre as presunções de veracidade e de juridicidade dos pressupostos fáticos e jurídicos sobre os quais foi acordado; a *eficácia* decorrente de sua presumida validade; a *equitabilidade*, abrindo a possibilidade de operação imediata; a *executoriedade*, própria dos atos em que a Administração deve zelar pela integridade do interesse público a seu cargo; a *bilateralidade*, referida à produção dos efeitos desejados; a *comutatividade*, que se expressa na equivalência das prestações recíprocas; a *onerosidade*, dada a existência de obrigações de valor econômico; e a *instabilidade*, que se

refere tanto ao conteúdo obrigacional de interesse público quanto à própria permanência da relação contratual.

135.4. Cláusulas contratuais

O contrato de concessão apresenta, basicamente, as seguintes cláusulas: das obrigações do concessionário, da reserva de atuação do Poder Concedente, da enumeração dos direitos do concessionário, em especial de sua remuneração, e da regulação da extinção do vínculo com a devolução do serviço concedido.

As cláusulas obrigacionais, que envolvem o *equilíbrio econômico do contrato*, tais como as relativas a juros e amortização do capital, reversão de bens, com ou sem indenização, valor relativo dos lucros do concessionário e multas pecuniárias, são *inalteráveis*, tendo nelas plena aplicação o respeito ao princípio da *autonomia da vontade* das partes. Em razão dessa peculiaridade, os autores que negam à concessão a categoria de contrato de direito público ressalvam que apenas nessas cláusulas existiria uma *parte contratual* do instituto.

De outro lado, as cláusulas que concernem à *organização, funcionamento e extinção do serviço público concedido*, tais como as que especificam as prestações do concessionário e dispõem sobre materiais e técnicas empregados, condições de segurança, abrangência, frequência e relações com os usuários, são todas *alteráveis* por ato imperativo da Administração, ainda que, das alterações assim introduzidas, advenha prejuízo ao concessionário, caso em que se imporá indenizá-lo. Igualmente, por esse motivo, os autores, já lembrados, que distinguem na concessão uma natureza *contratual* apenas parcial, denominam essas cláusulas de *parte regulamentar* do instituto; todavia, diante do hibridismo de cláusulas apontado, com vistas a manter íntegro o conceito de *contrato administrativo*, convém apenas distinguir, em seu contexto, tal como entende a doutrina majoritária, de um lado, a existência de *cláusulas privadas*, imutáveis unilateralmente, e, de outro, as *cláusulas de serviço*, alteráveis apenas pelo Poder Concedente.

135.5. Princípios constitucionais setoriais atinentes à concessão de serviços públicos

Definem-se, no art. 175 da Constituição, cinco *princípios informativos* específicos do instituto da concessão de serviços públicos no direito brasileiro (bem como da *permissão de serviços públicos*, que será logo a seguir estudada): o da *licitação*, o da *contratação*, o da *participação dos usuários*, o da *tarifa política* e o do *serviço adequado*.

135.5.1. Princípio da licitação

Este *princípio constitucional setorial da concessão* se encontra expresso no *caput* do art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A primeira vista, considerando o amplo enunciado anterior do *princípio licitatório* (CF, art. 37, XXI), que lhe atribui condição de validade da contratação administrativa, e que tem natureza geral, referido a obras, serviços, compras e alienações, o entendimento desse

segundo e mais *restrito* enunciado, do mesmo princípio licitatório, valeria como um reforço ou uma explicitação da inadmissibilidade de ressalvas legislativas, que são, todavia, admitidas adiante, no art. 37, XXI, da Carta Magna.

Não obstante, não é esse o entendimento que levou à *reedição* do princípio, no art. 175, *caput*, da Constituição, com uma amplitude restrita e dirigida aos *contratos de concessão e de permissão de serviços públicos*. E tanto não é essa a interpretação a ser dada, que o legislador ordinário, no Capítulo V – Da Licitação, da Lei n.^o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, faz expressa remissão aos “critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos” (leg. cit., art. 18, *caput*) que, por sua vez, admite a *contratação direta* em casos expressos de *dispensa* e em hipótese de *inexigibilidade* por impossibilidade de abrir-se a competição.

Não se deve entender, com efeito, que o comando constitucional do art. 175, *caput*, vede a contratação direta, ainda porque a interpretação sistemática dá primazia ao *princípio da continuidade* do serviço público. Assim, por exemplo, em caso de urgência, pode ser necessário celebrar-se uma contratação direta para evitar uma paralisação irremediavelmente danosa ao interesse público; do mesmo modo, outros importantes *princípios dos serviços públicos*, como os da *eficiência* ou da *segurança*, dadas as circunstâncias, ou a natureza do próprio serviço, poderão ser suficientes para justificar a contratação direta de empresa detentora de uma patente, cujo emprego se apresente tecnicamente insuperável para uma adequada satisfação do interesse público, tudo, enfim, dependendo de cuidadosa e explícita ponderação de valores envolvidos.

De qualquer forma, todas essas opções que afastam a licitação, além de deverem ser *cumpridamente justificadas*, como prescreve a Lei n.^o 8.666, de 21 de junho de 1993, necessitam ser *demonstradamente razoáveis*, no sentido de que se comprove que a abertura de uma eventual exceção ao princípio licitatório estará sendo *proporcionalmente* compensada com um superlativo atendimento aos usuários, em termos quantitativos, qualitativos ou em ambos.

Quanto à aplicação institucional desse princípio, que, a partir do art. 15 da Lei n.^o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, rege o julgamento da licitação especial por ela criada, só são admitidos três critérios: o de *menor valor da tarifa* do serviço público a ser prestado; o da *maior oferta*, nos casos de pagamento pela outorga da concessão ao Poder Concedente, e no da *combinação* de ambos.

Vale observar que o critério da *maior oferta* “*in specie*” ao Poder Concedente, pela outorga da concessão (art. 15, II, III, VI e VII da legislação citada), há de ser considerada como uma *contraprestação única*, não podendo constituir-se numa fonte exagerada ou permanente de rendimentos para a Fazenda Pública, pois, neste caso, tal prática levaria a uma sobreoneração das tarifas a serem pagas pelos usuários, e, para o Poder Concedente, representaria a obtenção de uma receita fazendária sem causa legal, o que caracterizaria um *desvio de poder*.

O *princípio constitucional setorial da licitação* se desdobra, ainda, segundo a Lei n.^o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seis princípios infraconstitucionais: da *legalidade* (estrita), da *igualdade*, da *publicidade*, da *moralidade*, do *julgamento objetivo* e da *vinculação ao instrumento*.

convocatório.

135.5.2. Princípio da contratação

Este segundo *princípio constitucional setorial da concessão* vem expresso no inciso I, do parágrafo único, do art. 175, nos seguintes termos: “a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”.

Como se observa, o *contrato* está previsto como *instrumento da transferência de execução do serviço público*, tanto para a *concessão* quanto para a *permissão*. Em consequência, deixou de existir no direito brasileiro o instituto da *permissão unilateral* de serviço público, que com esta denominação tradicional foi utilizado com frequência para delegar a execução de serviços públicos de menor complexidade e de menor monta de investimentos, como, por exemplo, nos serviços de táxis.

Todavia, essa assimilação parcial da *permissão à concessão*, como é sabido, arquitetada apenas para submeter também as permissões ao processo licitatório, além de não oferecer qualquer nitidez institucional que a justifique, tampouco apresenta maior vantagem prática, pois o legislador ordinário acabou por configurá-la, ainda mais estranhamente, como um “*contrato de adesão*” (art. 40 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) “*a título precário*” (art. 2.º, IV, da mesma Lei), o que é, no mínimo, contraditório, já que, por ser *contrato*, estaria afastada a precariedade, que, como se sabe, está conotada à *discretoriedade administrativa*, sendo, por isso, incompatível com o instituto da *estabilidade dos contratos*.

O *princípio constitucional setorial da contratação* está manifesto na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em três outros princípios setoriais infraconstitucionais adotados: o do *risco privado*, o da *terceirização* e o da *reversibilidade*.

135.5.3. Princípio da participação dos usuários

Este *princípio constitucional setorial da concessão* decorre diretamente do *princípio constitucional fundamental da participação democrática*, insculpido no art. 1.º, parágrafo único, da Carta Magna, e diz respeito às diversas modalidades de atuação do público usuário em face da concessionária e do Poder Concedente, em razão dos serviços que lhe são prestados.

Participar de decisões de interesse público é tanto ou, por vezes, mais importante para a vida democrática do que a participação, pelo voto, da escolha de mandatários políticos. O sufrágio eleitoral é a modalidade participativa destinada a *legitimar a representação popular*, enquanto as demais formas de participação, diretas e semidiretas, visam a *legitimar as decisões públicas* que, conforme a hipótese de que se trate, poderão ter alcance muito mais amplo sobre os interesses da sociedade.

Na linha mais atualizada, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, busca aproximar, o máximo possível, o *público usuário* das *prestações de serviços públicos*, com vistas a que estas lhes sejam cada vez mais úteis e de modo a que todos se vejam cada vez mais motivados a zelar pelos equipamentos públicos e a exigir qualidade dos serviços prestados.

Este princípio constitucional setorial se expressa, por sua vez, no nível infraconstitucional, por quatro princípios operativos: da *publicidade*, da *fiscalização*, da *cooperação* e da *liberdade de escolha*.

135.5.4. Princípio da tarifa política

Este quarto *princípio constitucional setorial* é também diretamente decorrente de princípios constitucionais fundamentais e de princípios gerais, da ordem econômica, bem como o da isonomia, informando a fixação da *remuneração* dos serviços públicos, por parte dos usuários.

Segundo o art. 175, III, da Constituição, essa definição deverá ser *política*; vale dizer, não será meramente informada por uma orientação econômica, de modo que não serão considerados apenas certos aspectos, como cobertura de custos, remuneração da concessionária e aperfeiçoamento e expansão dos serviços, mas também como se deverá garantir a máxima *generalidade* possível de cobertura, um *custo acessível* e a *harmonização* de todos os interesses econômicos e sociais em jogo.

Este princípio geral se desdobra, ainda, em três princípios infraconstitucionais operativos: o do *equilíbrio econômico-financeiro*, o da *modicidade* e o da *lucratividade*, como também sobre ele influi, ponderavelmente, o princípio constitucional da *eficiência*.

135.5.5. Princípio do serviço adequado

O quinto *princípio constitucional setorial* específico da *concessão*, também extensivo à *permissão* dos serviços públicos, é o do *serviço adequado*, possivelmente o de maior expressão prática.

Sobre ele já se discorreu neste Capítulo, por ser atinente a qualquer modalidade de prestação de serviços públicos. A Constituição o expressa como uma *obrigação genérica* de *manter serviço adequado*, cometendo ao legislador ordinário definir quais devam ser os parâmetros para que se caracterize esse *serviço adequado*, o que demandará a fixação de *índices de desempenho*, que tornem precisos e objetivos os controles jurídicos disponíveis pelo Estado e pelos usuários.

Com efeito, este princípio, bem entendido, tem como destinatários os *usuários*, tomados individual ou coletivamente, buscando expressar qualidades ou quantidades atinentes às prestações, capazes de produzir a maior satisfação possível, pois, afinal, esta é, em última análise, a razão de submeter-se um serviço de qualquer natureza à disciplina administrativa pública.

Este quinto princípio geral projeta-se infraconstitucionalmente em nada menos do que oito *princípios operativos* derivados, encontrados na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995: o da *generalidade*, o da *continuidade*, o da *regularidade*, o da *atualidade*, o da *eficiência*, o da *segurança*, o da *cortesia* e o da *competitividade*.

135.6. A tarifa

Mesmo no âmbito restrito de um Curso, não se poderia oferecer um delineamento satisfatório do importante instituto da concessão de serviços públicos, sem uma específica referência à tarifa. Está-se diante de um conceito fronteiriço ao Direito Tributário, pois que lavra, ainda, acesa dissensão em torno de sua natureza jurídica, pois, para alguns, a tarifa seria um preço público; para outros, um preço quase público, e, ainda, para outros mais, apenas um tributo *sui generis*.

Descartando, de logo, a classificação estrita de tributo, por lhe faltarem tanto a expressa tipificação constitucional, no art. 145, como as características que permitiriam incluí-la em uma das três únicas espécies admitidas – o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria – resta examinar as duas outras: a classificação como preço público e como preço quase público.

Acolhida a distinção fundada na natureza do interesse em jogo, tem-se que o preço quase público é o arrecadado tendo em vista a existência um interesse exclusivo do particular, ao passo que o preço público sê-lo-ia, tendo em vista um interesse predominante do particular, considerando, neste caso, a existência de um ponderável interesse público na atividade.

Essa distinção, dada a própria índole do Direito Administrativo, como ramo do Direito voltado à realização direta, concreta e imediata do interesse público, aponta, como a mais adequada, a classificação de preço público.

Um exemplo, todavia, ajudará a esclarecer esta opção: tome-se o serviço telefônico, um típico serviço de utilidade pública, posto à disposição de usuários de suas vantagens. Mesmo que se abstraisse o cômodo individual proporcionado, ainda assim, o serviço telefônico seria um serviço de inegável interesse coletivo. A remuneração, portanto, não visa a atender apenas a considerações econômicas de ordem particular, como o pagamento do serviço singularmente prestado, mas a razões de amplo interesse público, como, entre outras, a manutenção, o aperfeiçoamento e a extensão dos serviços, a generalização de sua utilização e o aperfeiçoamento da rede de comunicação à disposição da sociedade.

Goza, portanto, a tarifa, de uma situação singular no contrato de concessão, pois ela coparticipa tanto da natureza privada, como da natureza pública.

No que se refere à justa remuneração do capital e ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, ambos constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma contraprestação de natureza privada, por isso, imutável, expressando-se esta qualidade na razão de remuneração do capital e do trabalho do concessionário, que, não fora essa garantia, estaria sendo sacrificado individualmente pelo bem-estar geral, violando o princípio da justiça distributiva.

No que se refere ao melhoramento, à expansão dos serviços e aos superiores interesses de segurança pública, ambos também constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma contraprestação de natureza pública, por isso, alterável conforme o custo do atendimento do interesse público, importando, esta mutabilidade, no incremento ou na redução das parcelas não remuneratórias de capital, que são integradas no quantum total da tarifa.

José Cretella Júnior arrola, a respeito, três princípios setoriais irretocáveis, que informam a tarifa: 1.º – o custeio do serviço; 2.º – a justa retribuição do capital; e 3.º – a economia popular; todos a serem considerados para que se obtenha como resultado, uma fórmula tarifária, obtida por ponderação dos interesses em jogo.

No *custeio do serviço*, constarão as despesas de operação e de conservação, os impostos e taxas (que poderão ser isentados) e os desembolsos necessários para a renovação do aparelhamento; na *justa retribuição do capital*, incluir-se-ão os lucros ajustados contratualmente, de acordo com a vontade das partes, e a amortização do capital investido, no prazo também acordado; e, finalmente, quanto à *economia popular*, considerar-se-ão as condições conjunturais dos usuários prováveis, a situação econômica do País, a relevância do serviço em causa para a sociedade e as perspectivas para o seu desenvolvimento, bem como outros dados externos, de índole política, econômica e social.

Na hipótese de estarem previstas nos contratos *fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias*, bem como fontes outras, provenientes de projetos associados, todos esses valores auferidos pelos concessionários serão levados em conta no cálculo das tarifas a serem cobradas, sempre com o objetivo de torná-las mais módicas.

135.7. A retomada do serviço público concedido

A *retomada do serviço público* pelo Poder Concedente poderá ocorrer *transitória* ou *permanentemente*.

Será *transitória*: 1.º – se o Estado intervir para garantir a prestação do serviço, em casos de força maior, como greves, calamidades públicas etc., e 2.º – por motivos de segurança, decretado o estado de defesa ou o estado de sítio, na forma dos arts. 136, § 1.º, II, e 139, VI, da Constituição Federal.

A retomada do serviço público será *permanente*, nos casos de *extinção da concessão*, que são os seguintes: *reversão, anulação, encampação, caducidade, rescisão, distrato, renúncia e por força maior*.

135.7.1. Reversão

Expirado o prazo da concessão, os bens vinculados ao serviço se integram ao patrimônio público. É a *solução normal do contrato* pelo advento do seu termo (art. 35, I, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

Nesta hipótese de desfazimento do vínculo contratual em razão do fim regular do contrato, ou, se o caso, pelo implemento de condição resolutiva, os bens *afetos ao serviço público*, que eram de domínio resolúvel enquanto no patrimônio privado do concessionário, *retornarão ao domínio do Poder Concedente*, com ou sem indenização, conforme tenham ocorrido os pressupostos contratuais da amortização do capital investido pelo concessionário.

135.7.2. Anulação

A declaração de *nulidade* é forma de desfazimento contratual genérica, aplicável quando os elementos do contrato administrativo *não se conformam aos ditames legais*. Tanto cabe à Administração quanto ao Judiciário essa declaração, que atuará *ex tunc*, devolvendo as partes à situação anterior ao contrato desfeito.

Por outro lado, em razão da existência de cláusulas privadas insertas no contrato

administrativo, postas no campo da autonomia da vontade, caracterizam-se também hipóteses de *anulabilidade*, nos casos capitulados na lei civil, por *incapacidade da parte privada* ou *expressão viciada da sua vontade*. A Lei n.^o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, registra, embora superfluamente, esta forma de extinção de concessão.

135.7.3. Encampação

Trata-se do desfazimento contratual provocado por *denúncia* da Administração; modalidade unilateral que, em tema de concessões, toma a denominação de *encampação* ou *resgate*.

Opera-se por ato *administrativo discricionário*, pelo qual o Poder Concedente, pelo recurso do *prazo concessionário*, põe fim à delegação e retoma o serviço, por considerações de interesse público. Conforme já se expôs, ao conceituar a denúncia de contrato administrativo, em geral, deve-se observar que se trata de ato imperativo, contra o qual não se pode opor o concessionário, que, não obstante, terá assegurado seu direito de natureza patrimonial à *plena indenização*.

Observe-se, porém, que, se o Poder Concedente *motivar* o seu ato, embora discricionário, a validade da encampação poderá ser questionada nas hipóteses de *inexistência ou insuficiência dos motivos* declinados.

A Lei n.^o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, contempla a figura da *encampação*, exigindo, todavia, duplo acautelamento contra erros e abusos: o prévio controle parlamentar da discricionariedade administrativa, através de *lei autorizativa específica*, e a reposição antecipada dos direitos patrimoniais do concessionário, através de *prévio pagamento da indenização*, na forma dos seus arts. 36 e 37.

A *encampação*, não obstante ser um ato principal e suficiente em si mesmo para operar a retomada do serviço, por vezes virá acompanhada de medidas expropriatórias, mas o emprego *acessório* do instituto da desapropriação só será necessário, quando a Administração não se quiser limitar à mera *retomada do serviço* e pretender obter a plena disposição de *outros bens e direitos* vinculados, como ocorre, por exemplo, ao desapropriar as *ações* de uma empresa concessionária.

135.7.4. Caducidade

A *caducidade* é a extinção do contrato durante sua vigência, decretada por *ato administrativo vinculado* da Administração, motivado, necessariamente, por uma *falta grave*, que, estando legal ou contratualmente prevista, haja sido comprovadamente cometida pelo concessionário.

Esta modalidade vinculada e executória, denominada de *caducidade*, ou de *rescisão administrativa*, de competência do Poder Concedente, é a que mais interessa aos estudos de Direito Administrativo, por se tratar, indubitavelmente, de medida drástica, com profundas repercussões, desde logo, para o concessionário, que poderá arcar com graves prejuízos materiais e morais; para a Administração, que deverá prover a continuação do serviço a todo

custo, e, não menos grave, também para os usuários, que poderão sofrer as consequências de eventuais transtornos e paralisações no serviço.

Por essas razões, a decisão de decretação de caducidade só deve ser tomada se, além do motivo vinculado, conforme o elenco do art. 38, § 1.º, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, coincidirem *conveniência* e *oportunidade* de interesse público na aplicação da *penalidade rescisória* e na *extinção do contrato*, vale dizer que a Lei garante certa margem de discricionariedade da Administração para decidir se decreta ou não a rescisão, o que não a eximirá de *motivar* sua decisão.

A Administração Pública, distintamente do Poder Judiciário, *não está obrigada a decretar-lhe a anulação*, ainda que sobejamente patente tenha sido o inadimplemento do concessionário a cláusulas do contrato, uma vez que é *também de seu dever assegurar a continuidade do serviço público*, o que, por vezes, não será possível garantir satisfatoriamente sem *transigir*, ponderando princípios que expressam distintos valores, finalidades e interesses em jogo.

A extinção vem acompanhada de *sanções* vinculadas contra o inadimplente, mas sem que importem em qualquer sorte de *confisco* dos bens afetos ao serviço.

135.7.5. Rescisão

Esta expressão, embora tecnicamente ambivalente, é utilizada limitadamente na sistemática das concessões para designar a extinção do contrato *por iniciativa do concessionário*, no caso de descumprimento das normas legais e contratuais por parte do Poder Concedente.

Esta modalidade de desfazimento, porém, só pode ser aplicada pelo Poder Judiciário (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 39), perante o qual a pretensão deverá ser postulada.

135.7.6. Distrato

Na Parte Geral, estudou-se que o desfazimento de contrato administrativo fundado na *ulterior vontade das partes*, poderia ocorrer de dois modos: por *distrato* e por renúncia.

O *distrato* é modalidade *bilateral* resultante de *acordo* entre as partes, tendo por fim extinguir a relação jurídica que elas próprias constituíram. É o *mútuo consenso desconstitutivo*, em oposição ao *mútuo consenso constitutivo* criador da relação concessional.

Essa espécie de desfazimento pode ser empregada para extinguir *amigavelmente* a concessão, sem necessidade da aplicação mais drástica da *caducidade*, sempre que o concessionário, embora faltoso à lei ou ao contrato, não tenha agido com dolo ou má-fé e mantenha um bom entendimento com o Poder Concedente.

Ocorrendo o distrato, não são cabíveis *sanções*, e a *indenização* atribuída a qualquer das partes, se for o caso, também será fixada consensualmente, mediante *negociação* ou *arbitramento*.

135.7.7. Renúncia

A *renúncia* é modalidade unilateral de desfazimento fundada na *ulterior vontade do concessionário*. Embora, em princípio, da vontade do concessionário, isoladamente manifestada, não resulte eficácia jurídica, será sempre possível que contratualmente se venha atribuir-lhe efeitos e disciplinar-lhe as consequências.

A Administração, esteja ou não previsto contratualmente o instituto da *renúncia*, se não houver inconveniente ou, ao revés, apresentar, ao exame discricionário da situação, alguma vantagem para o serviço, poderá aceitá-la, procedendo-se, daí em diante, como na hipótese do *distrato*.

135.7.8. Desfazimento por força maior

O acontecimento *imprevisível* ou aquele que, embora previsível, esteja *além das possibilidades de vir a ser evitado* por qualquer das partes, também poderá ser causa da extinção do contrato de concessão.

Cabem, nesta categoria, as hipóteses gerais, clássicas da *vis major*, como sejam as epidemias, greves, revoluções, guerras, cataclismos, mas, igualmente, aquelas específicas que recaiam sobre a pessoa do concessionário, impedindo-o inelutavelmente de prestar o serviço, como o falecimento ou a interdição, se pessoa física (não obstante ser mais rara a concessão de serviços públicos a pessoas físicas, sua necessária característica de contrato *intuitu personae* determinará a imediata ruptura do vínculo).

Quanto às pessoas jurídicas, a sua extinção, a falência e, se assim se estipular, o iminente estado de insolvência, que as faça perder as condições originais para contratar com a Administração ou de cumprir o pactuado, são causas de perda de direito subjetivo à concessão, podendo, no entanto, o concordatário ou a massa falida prosseguir prestando o serviço público, desde que o Poder Concedente entenda que esta solução melhor atenderá ao interesse público, como alternativa de declarar extinto contrato assumindo o risco da paralisação ou do comprometimento do serviço que, não obstante, continuaria a ser prestado a contento.

Não se deve, portanto, interpretar o art. 35, VI, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como um comando à *outrance*, que possa sobrepujar e até se opor ao *real interesse público*, que é definível *in casu* apenas administrativamente, pois, de outro modo, seria sobrepor a forma ao fundo.

135.8. Agências reguladoras de serviços públicos

A *desestatização* de serviços públicos, através de formas *indiretas* de execução, não importa em sua *despublicização*, senão que, muito ao contrário, a transferência ou devolução da execução dessas tarefas à iniciativa privada exige, antes, a *republicização* dos mecanismos de controle do Estado sobre elas e, até mesmo, em certos casos, a introdução de um categórico reforço.

É com este sentido que, para superar os antigos e fracos controles burocráticos então existentes sobre os serviços públicos estatizados, nos quais os *interesses e argumentos político-*

partidários prevaleciam sobre os *interesses e argumentos técnicos*, se introduziu o instituto das *agências reguladoras autônomas* no Direito Administrativo brasileiro, com vistas a melhor instrumentar o Poder Público para o desempenho de suas tarefas como Poder Concedente e *em todo o ciclo jurídico dos serviços públicos concedidos*: desde a licitação, passando pela contratação e pela fiscalização, até o desfazimento das concessões (ou permissões) outorgadas.

Essas *agências governamentais autônomas* (o conceito de *autonomia* é aqui mais apropriado, por ser de índole administrativa, do que o de *independência*, pois que esta expressão guarda sentido político-constitucional) são entendidas como *entes fracionários do aparelho administrativo do Estado* e, assim, não constituem tema novo no Direito Administrativo. Ao contrário, no século XX foram exaustivamente estudados e experimentados, em inúmeros países vários de seus aspectos, políticos, técnicos e jurídicos, notadamente quanto à sua natureza – de *executoras de atividades estatais por outorga legal de competências, com funções reguladoras, fiscalizadoras e sancionadoras* e, por vezes, *parajurisdicionais*.

Tampouco é novo o conceito específico de *função reguladora*, enquanto produto da *deslegalização*, ou seja, do *exercício de competência normativa por direta delegação legislativa*, outorgada com a finalidade de sujeitar determinadas atividades a *regras predominantemente técnicas*, de interesse público.

Tais agências, que no Brasil têm assumido a forma de *autarquias especiais*, devem obedecer aos seguintes *princípios* setoriais, necessários para assegurar sua *autonomia funcional* e a cabal satisfação de suas respectivas missões:

- 1.º) *autonomia política dos dirigentes*, a serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas sob aprovação do Poder Legislativo, com *mandatos estáveis*, durante um prazo determinado, e preferentemente defasado dos períodos dos mandatos políticos do Executivo;
- 2.º) *autonomia técnico-decional*, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo;
- 3.º) *autonomia normativa* necessária para a disciplina autônoma dos serviços públicos e das atividades econômicas que estão submetidos à sua regulação e controle;
- 4.º) *autonomia gerencial, orçamentária e financeira*, que pode ser ampliada com a celebração dos impropriamente denominados *contratos de gestão* (pois que, como visto, não são mais que simples *acordos de programa*), ajustados entre a autarquia e o órgão supervisor da Administração Direta.

No Brasil registram-se como pioneiras, no campo da *regulação de serviços públicos*, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997; a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997; a Agência

Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e a Agência Nacional de Transporte Aquaviários – ANTAQ, essas duas últimas criadas pela MP 2217, de 4 de setembro de 2001 (convertida na Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001); a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, criada pela MP n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000; a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005; além das inúmeras agências reguladoras de serviços públicos criadas nos Estados, sendo que, no Estado do Rio de Janeiro, o seu *ente regulador* pioneiro, a Agência Estadual de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP, que fora criada pela Lei Estadual n.º 2.686, de 13 de fevereiro de 1997, veio a ser posteriormente desdobrada em duas outras, o que é, afinal, uma escolha política, mas com sacrifício de suas características de independência técnica, o que é um retrocesso.

136. PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A doutrina tradicional definia a *permissão de serviço público* como ato *administrativo* de características discricionárias e precárias, pelo qual a Administração delegava a particulares a prestação de serviços de utilidade pública; distintamente, portanto, do instituto afim da concessão de serviço público, como acima estudada, que tem natureza *contratual*. A Constituição de 1988 tratou, porém, da *permissão de serviço público* no seu art. 175, submetendo-o, *do mesmo modo que a concessão de serviços públicos*, a uma indispensável licitação e, estranhamente, a um *regime contratual*.

Havia, entretanto, uma perplexidade, no inciso I do parágrafo único do referido artigo 175 da Constituição, criada pela menção ao *contrato*, que, à época, diante do que parecia ser uma deficiência técnica da redação, incluiria a *permissão*. Ora, se tanto a concessão como a *permissão* fossem, ambas, modalidades *contratuais*, não haveria distinção alguma a ser feita, e o legislador constitucional teria sido superfetatório. A única exegese constitucional razoável seria, portanto, aquela que *preservasse a autonomia do instituto*, enquanto *ato unilateral* da Administração.

Porém, toda essa construção, destinada a resgatar o instituto da permissão originária, com suas características doutrinárias tradicionais, perdeu sua razão de ser com o advento da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que, em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40), caracterizou-a como um “*contrato de adesão*”, confirmando, assim, a sua submissão à mesma disciplina constitucional prevista para as concessões.

Não obstante a nitidez da investida, empreendida pelo legislador federal, sobre a autonomia das unidades políticas da Federação, ao forcejar a ampliação do conceito de *contratação* para a administração pública (CF, art. 22, XXVII), para incluir as *permissões* de serviços públicos entre os *contratos*, e, assim, poder submetê-las às suas *normas gerais*, somente uma declaração de inconstitucionalidade lograria corrigir essa situação.

Ainda assim, a violenta investida à tradicional doutrina felizmente foi parcial, atingindo apenas as *permissões de serviços públicos*; remanescendo, portanto, intocadas, com sua

natureza tradicional de atos administrativos precários, as modalidades tradicionais da permissão de obra pública e da permissão de uso de bem público, sob as definições e regramentos que lhes atribuírem os legisladores estaduais e municipais da Federação.

137. EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS INTEGRADAS

As obras públicas constituem modalidades especiais de serviços prestados em benefício público. Diferem dos serviços públicos, tal como aqui até então estudados, por não serem permanentes, por não atenderem direta e singularmente aos indivíduos e por não importarem em delegação administrativa.

As obras públicas são, por vezes, condição de fato necessária para a prestação de serviços públicos e, por isso, em alguns casos, deverão ser contratadas conjuntamente. Na verdade, com a expansão e diversificação da concessão de serviços públicos, tende, até, a ser cada vez mais utilizada essa modalidade mista, de contratação de obras e serviços públicos celebrada através de um mesmo instrumento, pela qual o futuro prestador de serviços públicos assume também o ônus total ou parcial da realização das obras necessárias à sua implantação.

A recente Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, arrolou a modalidade no seu art. 2.º, III, como concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

Considera-se obra pública a alteração física introduzida pelo trabalho humano, destinada a satisfazer de modo mediato, certos fins de interesse público. Além dessa acepção, de atividade, existe, ainda, a de resultado da atividade.

Para a obtenção de imóveis adequados para atender às obras públicas, a Administração poderá optar entre utilizar-se dos existentes sob domínio privado, que lhe pareçam essenciais ou úteis ao futuro serviço público, empregando a via expropriatória, ou realizá-las em imóveis já existentes em seu domínio.

Se optar pela última solução, para a realização das obras, a Administração poderá escolher, ainda, entre a execução direta e a indireta, conforme tome a si a tarefa ou a delegue a terceiros.

A execução direta, pela própria entidade interessada, não oferece dificuldades: a Administração adquire os materiais necessários e utiliza seu próprio pessoal e capacidade administrativa.

Quanto à execução indireta, poderá ser feita pela modalidade contratual (art. 10, II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), admitindo-se os regimes de empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral.

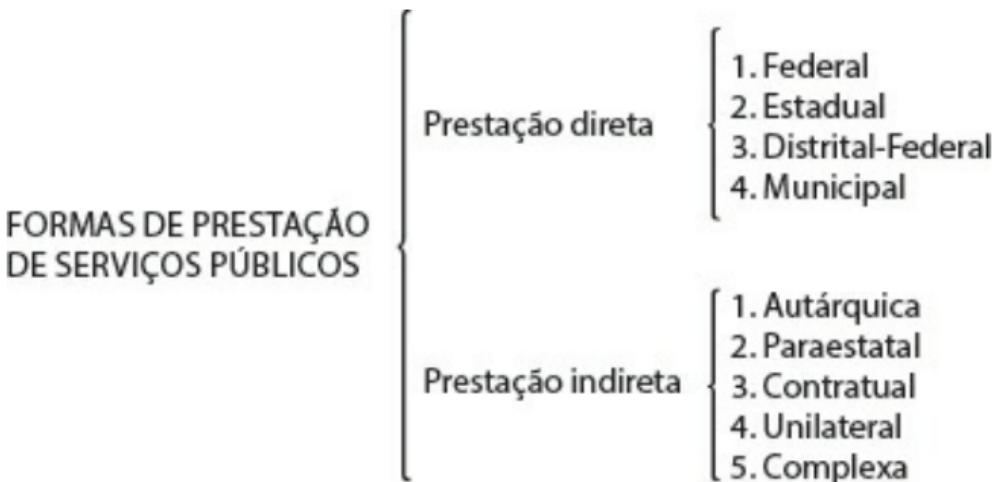
Pelo contrato de obra pública a Administração obtém de particulares a execução de vultosos serviços técnicos, em geral de engenharia e de arquitetura, mediante remuneração, prazos e cláusulas bilateralmente fixados. São respeitadas, entretanto, as condições preestabelecidas em edital.

O executante da obra pública, em qualquer caso, não adquire nenhum direito sobre os materiais ou o resultado do trabalho, nem mesmo o de levá-la a cabo. A qualquer tempo, a Administração poderá avocar a si a execução, alterar plantas e especificações, suspender os

trabalhos ou abandonar o projeto; o executante privado não poderá se opor, paralisar o serviço, reter a obra para receber o que lhe seja devido ou dela dispor de qualquer outra forma, *pois isso constituiria uma indevida disposição particular de bem público*, de modo que qualquer pretensão contra a Administração resolver-se-á em perdas e danos.

A execução de obra pública poderá ser feita, igualmente, pela *modalidade permissional*, desde que *não haja contraprestação financeira por parte do Poder Público*, embora o permissionário possa ser compensado pelo uso de um bem público, com ou sem direito real e sob prazo e outras condições definidas pela legislação adequada: federal, estadual, distrital federal ou municipal (v. quadro XXV).

QUADRO XXV – FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS



138. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A *economia*, nos Estados contemporâneos, democráticos e de direito, é expressão da *liberdade de trabalho* e da *liberdade de iniciativa*, atributos indissociáveis da pessoa humana, que, em conjunto, conformam sua *liberdade econômica*.

Esses dois *princípios fundamentais*, como tal expressos na Constituição de 1988 (art. 1.º, IV), informam, por sua vez, *princípios gerais da ordem econômica*, definidos em seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – especialmente no art. 170 e todos os demais princípios e preceitos específicos de conteúdo econômico que o complementam.

Dessas constatações, retira-se uma importante conclusão vestibular ao estudo da atuação do Estado no campo econômico e financeiro: somente a própria Constituição, pois que nela se entroniza o *regime de livre-iniciativa* e *economia de mercado*, poderá excepcioná-lo, vedado ao legislador, sob qualquer pretexto, prescrever *modalidades intervencionistas* que não tenham sido nela expressamente previstas. Com esta orientação, o País acompanha a tendência universal que – tanto por tradição, como à custa de malogradas experiências de regimes dirigistas e intervencionistas em toda a história recente – reconhece na *liberdade econômica* a via natural da prosperidade das nações.

O regime constitucional da *economia de mercado* parte de uma constatação extremamente simples: a de que os processos econômicos seguem uma *ordem espontânea* decorrente do livre jogo dos mercados; uma ordem que deve ser preservada, até mesmo por ser corolário da liberdade das pessoas; mas reconhece, igualmente, que essa ordem espontânea *não está imune a deformações e a distorções*, endógenas e exógenas, razão pela qual cumpre também *preservá-la e defendê-la* pela ação de uma *ordem impositiva* paralela, que disponha de instrumentos juspolíticos preventivos e repressivos contra os *abusos* que a comprometam e a deformem.

Com efeito, a *concentração do poder econômico*, não obstante o papel positivo, de proporcionar *economias de escala*, também tem aspectos negativos, propiciando a inescrupulosos o abuso das condições de influenciar o mercado e de fazer prevalecer interesses de tal forma egoístas que acabam por aniquilar qualquer iniciativa, por sufocar toda concorrência, por impor sacrifícios aos consumidores e pôr em risco não só a própria economia, como vulnerar elevados valores convivenciais fundados na dignidade e na solidariedade humana.

Por isso, para a *prevenção* dessas inevitáveis *disfunções* e para a eventual *correção* das sérias *distorções* que carreiam, é dever do Estado *interferir na ordem econômica* através de princípios, de normas e de instituições legisladas, que conformam, em seu conjunto, um específico *ordenamento econômico*, com características impositivas, cometendo à Administração Pública,

sob a disciplina do Direito Administrativo, as correspondentes *funções executivas*.

138.1. Princípios gerais da ordem econômica

Os *princípios gerais*, que orientam essa atuação do Estado, enquanto administrador dos interesses públicos econômicos e julgador dos conflitos de interesses deles derivados, têm sido tradicionalmente expressos nas Constituições brasileiras, desde 1934, encontrando-se, na de 1988, analiticamente definidos nos seguintes termos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

A redação deste artigo se ressente do vício típico de textos negociados em colegiados políticos, nos quais transigências recíprocas sacrificam a lógica e, por vezes, até o bom senso: com efeito, embora a linguagem utilizada seja compreensível sem grande esforço, o texto, lamentavelmente, baralhou *fundamentos* com *princípios* e com *finalidades*.

Realmente, em teoria, existem três aspectos da *ordem econômica* a se considerar: o *ontológico* (o que ela é), o *axiológico* (que valores adota) e o *teleológico* (os resultados que persegue).

O aspecto *ontológico* da *ordem econômica* comprehende os seus *fundamentos fáticos*: o *trabalho*, os *meios de produção* e a *iniciativa econômica*.

Assim, a sequência lógica tem a seguinte leitura: *aspecto axiológico da ordem econômica* define os *princípios* que atuam como reitores da atividade intervintiva do Estado e que são: a *soberania*, a *função social da propriedade* e a *livre concorrência*. Por fim, o aspecto *teleológico* da *ordem econômica* elenca as *finalidades* a que visa o Estado através de sua intervenção, ou seja, indica os resultados a serem idealmente alcançados em função da *atividade* intervintiva, assim expressos: a *existência digna* da pessoa humana, a sua *defesa enquanto consumidor*, a *proteção do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e sociais*, a *busca do pleno emprego* e o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que*

tenham sua sede e administração no País.

138.2. Conceito de ordenamento econômico

A partir dessas observações metodológicas, pode-se conceituar o *ordenamento econômico* adotado como a *função administrativa que, através de um conjunto de atribuições de caráter ordinatório, fiscalizador e sancionador, torna efetiva uma ordem juridicamente imposta aos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, visando a finalidades de interesse público pela correta realização dos princípios econômicos constitucionalmente adotados*.

Destacam-se no conceito os seguintes elementos: o *de que se trata* – atividades administrativas cometidas ao Estado; o *de que modo se realiza* – atribuição de competências para a prática de atos interventivos sobre os processos econômicos; o *para que se realiza* – a finalidade sintetizada no *interesse público à cura do Estado*; e o *como se realiza* – a aplicação dos *princípios econômicos* constitucionalmente adotados e complementados pela legislação infraconstitucional.

O *ordenamento econômico*, bem como a sua função congênere, o *ordenamento social*, são, ambos, *funções estatais*, que atuam *excepcionando tanto a ordem espontânea da sociedade como os direitos fundamentais que a suportam*, e, por isso, é necessário que sejam entendidas como *ordenamentos coercitivos de exceção*, devendo, por isso, ser sempre *interpretados restritivamente*.

Distintamente da *função de polícia*, que consiste no desempenho de atividades estatais *essenciais à existência da sociedade organizada e do próprio Estado*, as duas atividades referidas, estudadas neste e no próximo Capítulo – as de *ordenamento econômico* e de *ordenamento social* – não o são. Do mesmo modo que as atividades executoras de *serviços públicos* examinadas, elas são atividades *assumidas pelo Estado*, não por serem *essenciais*, mas por serem *úteis à sociedade*.

Dessa afirmação decorre a *fundamental diferença* existente entre essas duas atividades, a *atividade ordinatória*, de um lado, e a *atividade de polícia*, de outro, não obstante tantas vezes confundidas, já que, para atingir as finalidades adscritas à *função de polícia*, a Administração Pública não só pode como deve valer-se de um espaço *discricionário* de atuação, enquanto que, no exercício do *ordenamento econômico*, tanto quanto no do *ordenamento social*, por serem, ambos, *campos de ação excepcional cometida ao Estado*, o Poder Público só estará constitucionalmente autorizado a atuar *vinculadamente*.

138.3. Modalidades de atuação

A atuação do Estado no *ordenamento econômico* poderá ser: ou uma *modalidade disciplinadora*, que atua pela imposição de um *regime especial* para as *finanças* ou para certos *bens de importância para o desenvolvimento, para a segurança, ou para o equilíbrio social de determinadas regiões*, ou uma *modalidade intervintiva*, que atua pela imposição de *intervenções no mercado*: em ambos os casos, sempre voltadas a assegurar o império dos princípios e das normas constitucionalmente adotadas para tornar efetivo o *ordenamento econômico*.

As duas primeiras modalidades, disciplinadoras, consistem na *imposição de regimes*

especiais para certos bens e para as finanças e são preponderantemente *preventivas*, enquanto a segunda, a de *intervenção econômica*, é preponderantemente *repressiva*. Esta essencial distinção corresponde às três Seções em que se divide o presente Capítulo: as duas primeiras estudarão, respectivamente, os *regimes administrativos especiais de bens* e o da *ordem financeira*; e a terceira, a *intervenção administrativa nas atividades da empresa*.

Quanto à atividade administrativa de *fomento econômico*, por não apresentar nem características *disciplinaatórias* nem *interventivas* que justifiquem sua inclusão na categoria, aqui estudada, da *atuação administrativa ordinatória*, será, por este motivo, tratada adiante, no Capítulo XIX, juntamente com as demais modalidades congêneres de incentivos públicos dirigidos à sociedade.

Seção I REGIMES ESPECIAIS DE BENS

139. REGIME DOS RECURSOS MINERAIS

A Revolução de 1930 publicizou as relações econômicas relativas aos *recursos minerais* e instituiu o *Direito Mineiro* ou *Direito da Mineração* brasileiro, vindo a adotar o sistema que, inaugurado em 1934, com sucessivas alterações, ainda está em vigor, com as modificações constitucionais de 1988, depois de se haver experimentado, nesse período, outros sistemas constitucionais para as riquezas minerais.

139.1. Sistemas de riquezas minerais

Distinguem-se, em teoria, três sistemas básicos para reger as riquezas minerais: o *fundiário*, o *regaliano* e o da *res nullius*, este último, comportando variações.

O sistema *fundiário*, ou *sistema privatista*, ou, ainda, da *acessão*, é o mais antigo e de inspiração romanista, atribuindo o domínio sobre a riqueza mineral ao *proprietário do solo*. Foi o vigorante entre nós durante o Império e a Primeira República, até o advento do revolucionário Código de Minas Juarez Távora (Decreto n.º 24.642, de 10 de julho de 1934), quando foi, então, derrogado para o setor, o art. 526 do Código Civil, de 1916, que dispunha que a propriedade do solo “abrange a do que lhe está superior e inferior em toda altura e em toda profundidade úteis a seu exercício”, conceito que se manteve no art. 1.229 do Código Civil de 2002, agora sob os atuais temperamentos constitucionais. A este sistema também se denomina *regime da acessão*, uma vez que nele a ocorrência mineral é considerada um *acessório do solo* e, como tal, seguindo-lhe a natureza e a destinação.

O sistema *regaliano*, ou *sistema dominial*, ou, denominado ainda, *sistema estatal*, separa o *domínio da riqueza mineral* da *propriedade fundiária* em que ela se encontre, para, destacá-lo como um *bem acessório, distinto do solo*, para atribuí-lo com exclusividade ao *Estado*.

Justifica-se esta secessão do domínio, pela consideração de que os proprietários do solo nada teriam contribuído para a existência da riqueza mineral, razão pela qual seus frutos devem ser *públicos*, daí a simples solução da pura *dominialidade estatal*. Este foi o sistema

colonial brasileiro, no qual a *riqueza mineral* passou a ser considerada bem da Coroa Portuguesa.

O terceiro, denominado *sistema da res nullius*, igualmente destaca a *riqueza mineral* da propriedade do solo onde jaz, mas, como a denominação já o indica, não a considera nem um *bem privado*, nem um *bem público*, mas uma *res nullius*, coisa de ninguém, sujeita, por isso, apenas a um *regime público especial de exploração*, no qual compete ao Estado harmonizar os três interesses econômico-sociais a serem compostos na relação: o *interesse do minerador*, o interesse do proprietário do solo e o interesse público na efetiva exploração das riquezas minerais do País.

139.2. Sistemas adotados no Brasil

Este último regime, por isso denominado da *res nullius*, é o que passou a vigorar desde o Código Juarez Távora, com alterações posteriores apenas quanto ao critério legal de equilíbrio entre os três interesses em jogo acima referidos.

Assim é que a Constituição de 1946 estabeleceu em favor do proprietário do solo, um *direito de preferência* para a exploração dos recursos minerais, uma solução que então se revelou desincentivadora e complicada, e, por isso, foi substituída, na Constituição de 1967, pelo *direito de participação*, outorgado ao dono da terra, sobre os resultados da lavra, uma solução técnica exitosa, que veio a ser mantida na de 1969 (art. 168, § 2.º).

Finalmente, com a Constituição de 1988, retornou-se ao *sistema regaliano*, passando todos os recursos minerais ao domínio da União (CF, art. 20, IX), temperado, embora o seu rigor, com a adoção do *regime concessional* ou de *autorização*, que já havia sido inovado em 1934 (art. 82, desta Constituição), pelo qual se garante a concessionários e autorizados a *propriedade do produto da lavra*, operando-se, com ela, a *desafetação da dominialidade estatal* sobre o minério como consequência do *fato especificador do trabalho*, à pessoa qualificada pela outorga de um *título de lavra*.

Hoje, vigora um *sistema jurídico administrativo da mineração*, de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, XII), instituído pelo Código de Mineração, o Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967, e pela Lei n.º 9.314, de 13 de novembro de 1996, com as alterações que foram sucessivamente introduzidas, conformando, esta legislação, o sub-ramo administrativo do *Direito de Minas*, ou *Direito da Mineração*, cujo ordenamento sistemático justifica o destaque disciplinar, como ocorre com os demais destaques especializados, como igualmente, adiante tratados, se dá com importantes manifestações setoriais, tais como o *Direito das Águas*, o *Direito da Eletricidade*, o *Direito Urbanístico* e o *Direito Ambiental*, que conformam esgalhamentos didáticos do Direito Administrativo brasileiro. Não cabe, todavia, na estrutura deste Curso, no que concerne à *mineração*, mais que fixar conceitos elementares e expor os institutos básicos da legislação mineira, tal como se procederá quanto aos demais sub-ramos referidos.

139.3. Institutos básicos do Direito da Mineração

139.3.1. Conceitos técnicos

Os conceitos básicos do Direito da Mineração são os de *jazidas*, *pesquisa mineral*, *lavra* e *mina*.

A *s jazidas* são massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, que apresentam valor econômico, encontradas na superfície ou no interior da terra, conformando o potencial de riqueza mineral do País.

A *pesquisa mineral* é o conjunto dos processos técnicos e administrativos necessários à definição da jazida, à sua avaliação e à determinação de sua exequibilidade econômica.

A *lavra* é o complexo das operações coordenadas que objetivam o aproveitamento da jazida, desde a extração das substâncias do solo até seu beneficiamento bruto.

A *mina*, finalmente, é a jazida em lavra, ainda que suspensa.

139.3.2. Pesquisa mineral

A operação de *pesquisa mineral* obedece a regime de *autorização* e o título jurídico para realizá-la será o respectivo *alvará*, que deverá ter ampla publicidade e ser transscrito em livro próprio do órgão administrativo competente. Esta *autorização de pesquisa* fixará a área dos trabalhos e conferirá direito de realizar obras e serviços diversos em terrenos públicos ou particulares, devendo ser fixadas, administrativamente, uma *renda* e uma *indenização* em favor dos proprietários ou posseiros, arbitradas judicialmente, se necessário, em ação específica.

A *autorização* vigorará por dois anos, podendo ser renovada por mais um. Os trabalhos deverão ser iniciados 60 dias após a publicação do alvará, mas o titular fica obrigado a não interrompê-los sem justificativa por mais de três meses consecutivos, ou por 120 dias cumulados e não consecutivos, depois de iniciados. A autorização fica sujeita à *revogação* (caducidade), nos casos previstos em lei.

139.3.3. Exploração e seus regimes específicos

O Código de Mineração classifica as *jazidas* em nove categorias, de acordo com a natureza das substâncias nelas encontradas, excetuadas as de combustíveis líquidos e gases naturais, as de substâncias minerais de uso na energia nuclear, as substâncias minerais ou fósseis de valor arqueológico, as águas minerais e as águas subterrâneas, todas estas riquezas, sujeitas a *regimes próprios*.

São os seguintes os *regimes específicos empregados para a exploração mineral*:

I – *Regime de concessão*, instituído e instrumentado por portaria ministerial (neste caso não se cogita de celebração de contrato administrativo).

II – *Regime de autorização*, instrumentado por alvará.

III – *Regime de licenciamento*, instituído por ato administrativo vinculado, praticado de conformidade com os regulamentos administrativos locais, e acompanhado de *registro* do produtor no órgão próprio federal. É regime optativo de natureza especial para quem pretenda explorar as jazidas de substâncias minerais para emprego imediato na construção civil, desde que tais materiais sejam utilizados in

natura e não se destinem à indústria de transformação. O licenciamento, regendo-se pelas leis administrativas locais, terá sua outorga, fiscalização e extinção a elas sujeito.

IV – *Regime de permissão de lavra garimpeira*, outorgada por portaria ministerial para a garimpagem, faiscação e cata, como variedades de exploração individual e rudimentar de recursos minerais, válidas enquanto subsistir interesse público em mantê-las, ou não vier a ser outorgada sobre a jazida uma autorização ou concessão de lavra.

V – *Regime de monopólio*, modalidade intervintiva, excepcionadora do regime geral de livre concorrência, que tem estrita previsão constitucional no art. 177, exclusivamente para a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo, nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos previstos nos incisos anteriores, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados combustíveis de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, e a pesquisa, a lavra e o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. Aos Estados coube o *monopólio constitucional* dos serviços locais de *gás canalizado*, sem distinção entre o uso residencial ou industrial, na forma de lei federal regulamentadora, vedada a edição de medida provisória para este efeito (CF, art. 25, § 2.º).

139.3.4. Minas

A mina constitui uma *universitas juris*, abrangendo a jazida, a respectiva concessão e as servidões administrativas que se instituem destinadas à construção de edifícios, instalações, equipamentos e vias de apoio aos trabalhos da lavra.

139.3.5. Direito do proprietário do terreno

Ao proprietário do terreno são assegurados os direitos de *indenização*, em razão da redução do valor econômico do imóvel como resultado da ocupação das áreas para a pesquisa e servidões de minas: a *renda* pela ocupação do terreno, e a *participação* nos resultados da lavra (CF, art. 176, § 2.º). O direito de participação tem natureza real e acede ao imóvel no qual se localiza a mina.

139.3.6. Empresas de mineração

Para efeitos do Código de Mineração e de acordo com a Constituição, *empresas de mineração* são aquelas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 176, § 1.º), qualquer que seja a sua forma jurídica, destinadas à pesquisa ou à lavra de recursos minerais no território nacional, tudo na forma da legislação, que estabelecerá as condições específicas que deverão satisfazer quando as atividades

mineradoras se desenvolverem em faixa de fronteira ou em terras indígenas.

140. REGIME DOS POTENCIAIS DE ENERGIA HIDRÁULICA

Da mesma forma que dispôs para os *recursos minerais*, a Constituição destacou os *potenciais de energia hidráulica* da propriedade fundiária para efeito de aproveitamento econômico (art. 176, *caput*), submetendo-os também ao regime regaliano, passando, portanto, a constituir *bens públicos da União* (art. 20, VIII).

A matéria, de competência federal (CF, art. 22, IV), está amplamente legislada e considerada como um sub-ramo didático, identificado como *Direito da Eletricidade*. Também tratam da matéria o Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, no seu Livro III, alterado pelo Decreto-lei n.º 3.763, de 25 de outubro de 1941 e pelo Decreto n.º 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulam os serviços de energia elétrica.

Entretanto, como resultado do processo identificado como de *desverticalização*, levado a efeito no setor nos idos da década de 90 – com o objeto de impedir que o mesmo agente econômico atuasse em todos os segmentos econômicos desta riqueza –, foram editados os seguintes diplomas normativos, que disciplinaram, de forma independente, os segmentos de geração, transmissão, distribuição e de comercialização de energia elétrica: a Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos de energia elétrica; a Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, que autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da empresa Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRAS e de suas subsidiárias; a Lei n.º 9.991, de 24 de julho de 2000, que dispõe sobre a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica; a Lei n.º 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa) e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE); e a Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica.

O órgão federal incumbido do planejamento, regulação, execução da política de energia elétrica é a *Agência Nacional de Águas e Energia Elétrica – ANEEL*, instituída pela Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Ficaram revogadas, na legislação vigente, todas as normas inconciliáveis com o estabelecimento do domínio da União sobre todos os potenciais hidráulicos do País (CF, art. 20, VIII). O potencial de energia renovável de *capacidade reduzida* independe, todavia, de concessão ou de *autorização* para sua utilização (CF, art. 176, § 4.º). Quanto à *autorização* e à concessão, ambas, por expresso comando constitucional, só podem ser outorgadas a brasileiros ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 176, § 1.º).

Em tema de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica para geração elétrica, distinguem-se quatro regimes legais: o *livre*, o *de autorização*, o de *concessão* e o *paraestatal*.

140.1. Regime livre

É assegurado, como se assinalou, o *regime livre*, em que poderá dar-se o aproveitamento de energia elétrica de potencial de energia renovável e de *capacidade reduzida*, como estímulo ao desenvolvimento da eletrificação, notadamente em área rural; entendendo, o Código de Águas, por *capacidade reduzida*, a geração inferior a 50 kw, mantido pelo art. 176, § 4.º, da Constituição.

140.2. Regime de autorização

Também, segundo o Código de Águas, esta modalidade unilateral – o *regime de autorização* – não confere delegação de Poder Público ao outorgado, sendo admitida apenas quando o *potencial for considerado pequeno* (inferior a 150 kw) ou quando a energia for destinada ao uso exclusivo de quem a explora. Impropiamente, os textos legais se referem, reiteradamente, a *permissionários* deste regime, um equívoco, já que a própria definição legal exclui uma *delegação de serviço público*.

Muito importante, também, é o esclarecimento encontrado no art. 140 do Código de Águas, de que a *autorização* poderá transformar-se em *concessão*, quando permitida a destinação da energia produzida a serviços de utilidade pública, ao comércio de energia, e aumentada à potência além de 150 kw; dele se infere que a *autorização* não facilita o comércio da energia produzida.

140.3. Regime de concessão

O *regime de concessão* é a modalidade bilateral, de natureza contratual, precedida de decreto do Presidente da República, através da qual a União delega a particulares a exploração de quedas-d'água e de outras fontes de potência energética superiores a 150 kw, ou mesmo de outras, de qualquer potência, desde que destinadas a serviços de utilidade pública ou ao comércio de energia.

As concessões poderão se estender a trechos determinados de um curso d'água, a um conjunto de quedas de diversos cursos d'água, para abastecimento de uma zona predeterminada, ou para transmissão de energia (somente para as empresas que forem concessionárias de produção ou distribuição).

Nos contratos dessa natureza, a *reversão* dos bens afetos à exploração é obrigatória, sendo também aplicáveis, conforme o regulamentado, os institutos da *encampação* e da *caducidade*.

O aproveitamento, sob esse regime, para a prestação de serviços públicos de eletricidade, submete-se aos princípios constitucionais do art. 175.

140.4. Regime paraestatal

É regime de *delegação legal* a empresas paraestatais, para executar serviços públicos de eletricidade. Em geral, opera-se por zonas de atuação, envolvendo, no caso, a faculdade de

explorar o potencial energético ou de uma região delimitada ou de um determinado curso d'água.

As empresas paraestatais estão geralmente voltadas a grandes empreendimentos de geração e de transmissão e, em menor monta, aos de distribuição. Entre todas, é lembrável a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras, cuja constituição foi autorizada pela Lei n.º 3.890-A, de 26 de abril de 1961, como sociedade de economia mista, que, além de suas características industriais, de prestadora de serviços de utilidade pública, tem atribuições administrativas delegadas. O regime específico recebeu alterações pela Lei n.º 4.400, de 31 de agosto de 1964, e pela Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998.

A tendência aponta para o declínio da modalidade e a substituição do *regime paraestatal* pelo regime *concessional*, como forma de reduzir riscos, de desburocratizar e de baratear os custos da energia, com potencial de atrair os grandes e duradouros investimentos exigidos pelo setor.

141. REGIME DAS FLORESTAS

O regime administrativo florestal brasileiro mantém o *domínio privado* sobre a *riqueza arbórea* do País, na qualidade de *acessório* do solo, qualificando, embora, as *florestas* e demais formas de vegetação como *bens de interesse comum*.

141.1. Competência

Em matéria florestal existe *competência concorrente*, conforme o art. 24, VI, da Constituição, vigorando em nível infraconstitucional o Código Florestal (Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965), com as legislações posteriores modificativas e complementares (Lei n.º 5.106, de 2 de setembro de 1966; Lei n.º 5.870, de 26 de março de 1973; Lei n.º 7.803, de 18 de julho de 1989; Lei n.º 7.875, de 13 de novembro de 1989, e Medida Provisória n.º 1.885-42/99), que, no seu conjunto, instituem o *regime florístico administrativo brasileiro*.

No exercício de sua *competência concorrente*, a União legisla sobre *normas gerais* e os Estados e o Distrito Federal, sobre normas específicas complementares para atender a suas peculiaridades. Essa técnica constitucional de partilha de competência legislativa reitera cediços problemas doutrinários em torno da precisão do conceito de *normas gerais*. Uma vez que toda norma é, por definição, *geral*, o que se pretende com a expressão rebarbativa é enfatizar que essa generalidade ganha um *sentido federativo* próprio, que é o de *limitar o âmbito legislativo da União a decisões normativas suficientemente genéricas para que possam atuar homogeneamente sobre o conjunto das unidades federadas, dando-lhes uma moldura comum, mas sem comprometer-lhes a ação individuada para atender as suas respectivas peculiaridades através de decisões normativas próprias e específicas, a elas constitucionalmente reservadas*.

Por outro lado, não teria qualquer sentido técnico sustentar-se que o legislador constitucional teria outorgado à União competência para *definir unilateralmente* quais normas

seriam ou não gerais, por quanto tal interpretação desequilibraria e eventualmente esvaziaria a partilha constitucional e o pacto federativo.

A solução é doutrinária e jurisprudencial: requer-se uma construção técnica, que ainda pende de constante aperfeiçoamento no Direito Público brasileiro, partindo do conceito básico de *competência verticalmente limitada*, para que se busque definir qual o *limite máximo de densificação normativa* que seria adequado para uma boa caracterização das *normas gerais*.

Quanto ao fomento público em matéria florestal, o tema será tratado em conjunto com as demais modalidades congêneres de estímulos oficiais, no Capítulo XIX.

141.2. Regime de preservação e exploração florestal

As florestas e demais formas de vegetação são consideradas de *preservação permanente* em três casos: 1.º – por *destinação legal*: aquelas assim caracterizadas em lei; 2.º – por *destinação administrativa*: as que como tal forem declaradas por ato administrativo, federal, estadual ou municipal; e 3.º – por *destinação privada*: as que forem gravadas com perpetuidade, por ato jurídico *inter vivos* ou *mortis causa*.

A exploração florestal, nesta hipótese, é sujeita a limitações diversas, atendendo às condições ecológicas, variando, portanto, segundo a região do País, sua conformação geográfica e, até mesmo, a destinação do solo.

Nas terras de propriedade privada, que, embora despidas de cobertura vegetal, se enquadrem entre aquelas em que a preservação deverá ser *permanente*, seja por destinação legal ou administrativa, a União poderá florestá-las ou reflorestá-las, sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.

Quanto às empresas madeireiras, poderão transformar *florestas heterogêneas* em *homogêneas*, perfazendo derrubadas para explorá-las, desde que assinem termos de obrigações para reposição e trato das espécies. Mesmo as não madeireiras, todas as empresas, que, em suas atividades econômicas consumirem grandes quantidades de matéria-prima florestal, são também obrigadas ao replantio permanente.

O regime florestal emprega institutos usuais do Direito Administrativo, tais como a *limitação*, a *licença*, a *requisição*, o *tombamento*, voltando-se todos ao mesmo objetivo de *preservação das matas* e de *valorização desses recursos naturais renováveis*, todos de elevado interesse valor ecológico, social e econômico.

141.3. Polícia florestal

À luz do disposto no art. 38, § 3º, da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, a polícia florestal, na apuração da responsabilidade pelo uso irregular do fogo em terras públicas ou particulares, deverá comprovar o nexo de causalidade entre a ação do proprietário ou qualquer preposto e o dano efetivamente causado.

O regime do Código Florestal é diversificado, dispondo, entre outros tópicos, sobre licenças para *comércio* de plantas vivas e outros produtos oriundos da flora nativa, sobre prescrições de *fomento* de toda sorte e se reforça com o estabelecimento de sanções

administrativas e penais para as hipóteses de utilização e exploração da vegetação contrárias às suas disposições.

141.4. Política florestal

A elaboração das políticas públicas relacionadas à exploração florestal caberá ao Governo Federal, que deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, de sorte a que seja promovida a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas (art. 40 da Lei n° 12.651/2012).

141.5. Gestão de florestas públicas

Preservação de florestas e sua recomposição pelo reflorestamento são atividades que exigem instrumentos especiais, em que vários objetivos, sociais, econômicos e ambientais, devem ser harmonizados. Por outro lado, o reflorestamento, em particular, como *atividade econômica*, exige um longo prazo para o retorno de investimentos, de modo que só interessa a empresa com grande capitalização, já que pequenos produtores não podem subsistir sem retornos em curto prazo.

Sob tais considerações, considerando que a matéria tem sede constitucional no art. 225, § 4.º: “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”, a gestão florestal pública tornou-se objeto de disciplina específica.

Com efeito, a grande disponibilidade de florestas em terras públicas, constantemente agredidas por ocupação e desmatamento irregulares, e o alto custo para os cofres públicos para aparelhar e manter um sistema de fiscalização florestal efetivo e eficiente em áreas tão extensas e ermas, como ocorre na Amazônia, a Lei n.º 11.284, de 2 de março de 2006, levou à instituição de um *regime de gestão de florestas públicas para a produção sustentável*, com os seguintes objetivos, nela expressos como *princípios da gestão de florestas públicas* (art. 2.º, incisos I a VIII):

- 1 – a proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e valores culturais associados, bem como do patrimônio público;
- 2 – o estabelecimento de atividades que promovam o uso eficiente e racional das florestas e que contribuam para o cumprimento das metas do desenvolvimento sustentável local, regional e de todo o País;
- 3 – o respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, de acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação;

- 4 – a promoção do processamento local e o incentivo ao incremento da agregação de valor aos produtos e serviços da floresta, bem como à diversificação industrial, ao desenvolvimento tecnológico, à utilização e à capacitação de empreendedores locais e da mão de obra regional;
- 5 – o acesso livre de qualquer indivíduo às informações referentes à gestão de florestas públicas, nos termos da Lei n.º 10.650, de 16 de abril de 2003;
- 6 – a promoção e difusão da pesquisa florestal, faunística e edáfica, relacionada à conservação, à recuperação e ao uso sustentável das florestas;
- 7 – o fomento ao conhecimento e a promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais;
- 8 – a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas.

A gestão de *florestas públicas* para produção sustentável compreende (art. 4.º):

I – a criação de *florestas nacionais, estaduais e municipais*, nos termos do art. 17 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, e sua gestão direta;

II – a destinação de florestas públicas às comunidades locais;

III – a *concessão florestal*, incluindo florestas naturais ou plantadas e as unidades de manejo das áreas protegidas.

São instrumentos do regime instituído: o *Cadastro das Florestas Públicas*; o *Plano Anual de Outorga Florestal*; o *processo de licitação*, os *contratos de concessões* e o *processo de monitoramento, controle e auditoria*.

Para tanto, o artigo 31 da Lei n.º 12.651/2012, dispõe: “A exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, ressalvados os casos previstos nos arts. 21, 23 e 24, dependerá de licenciamento pelo órgão competente do Sisnama, mediante aprovação prévia de Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS que contemple técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme”.

Com relação à necessária *participação da sociedade*, foram instituídos pela referida Lei n.º 11.284, de 2 de março de 2006, as seguintes modalidades de colaboração: *concessão florestal* (artigo 4.º, inciso III); *concessão de uso (florestal)* (artigo 6.º, inciso II); *concessão de direito real de uso (florestal)* (artigo 6.º, § 3.º); e *contrato de concessão de manejo florestal* (artigo 70, § 6.º).

São cláusulas específicas dos *contratos de concessão*, voltadas à implementação dos objetivos da Lei de gestão de florestas públicas, as seguintes:

- 1 – descrição dos produtos e dos serviços a serem explorados e da unidade de

manejo;

- 2 – prazo máximo para o concessionário iniciar a execução;
- 3 – prazo de execução compatível com o ciclo de colheita;
- 4 – modo, forma, condições e prazos da realização das auditorias florestais;
- 5 – modo, forma e condições de exploração de serviços e prática do manejo florestal;
- 6 – compromisso de investimento mínimo anual;
- 7 – critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do meio ambiente;
- 8 – ações de melhoria e recuperação ambiental na área da concessão e seu entorno assumidas pelo concessionário;
- 9 – ações voltadas ao benefício da comunidade local assumidas pelo concessionário;
- 10 – forma de monitoramento e avaliação das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do manejo florestal sustentável e exploração de serviços;
- 11 – bens reversíveis;
- 12 – critérios de bonificação para o concessionário que atingir melhores índices de desempenho socioambiental que os previstos no contrato, conforme regulamento;
- 13 – foro e modo amigável de solução das divergências contratuais.
- 14 – critérios máximos e mínimos de aproveitamento dos recursos florestais;

Para apoio administrativo, a referida Lei institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o *Serviço Florestal Brasileiro – SFB* e criou o *Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal – FNDF*.

142. REGIME DA CAÇA

É também com preocupações econômicas e ecológicas que o Direito Administrativo tem estabelecido um regime especial para a *caça*, regulando-lhe o exercício. A competência para legislar sobre a matéria é *concorrente*, estabelecida no art. 24, VI, da Constituição; retornando-se, assim, a regime semelhante ao da Carta de 1946, bem mais adequado às características federativas.

A disciplina administrativa federal da fauna está contida na Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967, com algumas alterações posteriores, que adotou o regime regaliano. Portanto, os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase de seu desenvolvimento e que

vivam naturalmente fora do cativeiro, constituindo a *fauna silvestre*, bem como seus ninhos, abrigos e criadores naturais, são, por lei, *domínio patrimonial da União*.

A *caça*, entendida como *apreensão* desses animais sob qualquer pretexto e de qualquer modo, é, em consequência, uma atividade em princípio vedada, mas que se admitirá, excepcionalmente, sob condições específicas e atendidas às peculiaridades regionais, que devem ser apreciadas, diz a Lei, em “ato regulamentador” (*verbis*), que estabelecerá as hipóteses de “*permissão*” da atividade venatória.

Desde logo, registrem as deficiências técnicas da legislação, ao confundir o *ato regulamentador*, de caráter abstrato, com o ato aplicador da *permissão*, que é uma manifestação de vontade concreta, e, ainda, ao caracterizar como uma *permissão*, o que melhor se enquadraria como *licença* ou *autorização*, conforme o caso.

Como medida de preservação ecológica, proíbe-se o *comércio* de espécies da fauna silvestre e de produtos derivados, excetuando-se os espécimes provenientes de criadores legalizados através de *registro*, para a constituição dos quais a lei admite a outorga de *licença* de apanha de ovos, larvas e filhotes.

Como o equilíbrio ecológico pode ser prejudicado e até mesmo destruído por espécies alienígenas, será necessária a *licença* para introduzi-las no País. Penderá, igualmente, de *licença*, a destruição das espécies consideradas nocivas.

A *caça profissional* é proibida, sem exceções, mas a lei admite as modalidades de *caça recreativa, educativa e turística*, desde que praticadas nos Parques de Caça (federais, estaduais e municipais), mediante *licença*, bem como a modalidade *científica*, sujeita a *licenças especiais*.

Mesmo licenciada qualquer dessas atividades, a Lei ainda estabelece diversas proibições relativamente a instrumentos, petrechos, técnicas, locais e épocas de caça (art. 10).

A fiscalização da Lei de Proteção à Fauna será específica do Ministério da Agricultura, que poderá celebrar convênios, para este efeito, com os Estados e Municípios, não se excluindo a ação paralela, por iniciativa própria, da autoridade policial ou das Forças Armadas.

A Lei erige, ainda, certas infrações, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, a *contravenções penais*, que devem ser processadas e julgadas pelo rito sumário, estabelecido na Lei n.º 7.653, de 12 de fevereiro de 1988, além de submeter à *apreensão* e perda os produtos e os instrumentos venatórios.

Há prescrições pedagógicas complementares, relativas à proteção da fauna, dirigidas aos sistemas de educação e de comunicação social.

Valem, finalmente, para a *caça*, as mesmas observações, lançadas no item anterior com relação às florestas, no tocante ao conceito de *normas gerais*, uma vez que se trata, igualmente, de modalidade de *competência concorrente limitada*, que admite a edição de legislação complementar específica pelos Estados.

143. REGIME DA PESCA

Similarmente ao que se deixou dito quanto à caça, o regime dominial da pesca é o

regaliano, pertencendo ao *domínio público* todos os animais e vegetais que se encontram nas águas dominiais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Tanto sob o ponto de vista econômico quanto do ecológico, é de grande importância a observância desse regime especial que o Direito Administrativo estabelece para a disciplina da pesca.

Do mesmo modo que a caça, a *competência legislativa* é *concorrente*, estabelecida no art. 24, VI, da Constituição, existindo legislação federal infraconstitucional especial: o Decreto-lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, que baixou o Código de Pesca, que também apresenta alterações posteriores.

Distinguem-se, nessa legislação, dois tipos de atividades pesqueiras: a comercial, dividida em artesanal e industrial, e a não comercial, composta pelas modalidades científica, amadora e de subsistência (art. 8º da Lei 11.959/2009).

De modo geral, a pesca é atividade que só poderá ser exercida com observância das restrições relativas às espécies, tamanhos mínimos, épocas de proteção e locais proibidos, e, ainda, em se tratando de pesca em áreas de domínio privado, será necessário o *consentimento expresso ou tácito* dos respectivos proprietários.

A atividade pesqueira poderá ser proibida, transitória, periódica ou permanentemente, nos termos das normas específicas, para proteção: de espécies, áreas ou ecossistemas ameaçados; do processo reprodutivo das espécies e de outros processos vitais para a manutenção e a recuperação dos estoques pesqueiros; da saúde pública; do trabalhador.

A *fiscalização da pesca*, enquanto atividade de *ordenamento econômico*, bem como a execução de outras atividades paralelas ou complementares específicas de *pólicia ambiental* ou de *fomento público*, incumbem ao poder público federal, sendo conduzida por servidores equiparados aos agentes da segurança pública, ressalvadas as competências estadual, distrital-federal e municipal pertinentes. Essa fiscalização abrange as fases de pesca, cultivo, desembarque, conservação, transporte, processamento, armazenamento e comercialização dos recursos pesqueiros, bem como o monitoramento ambiental dos ecossistemas aquáticos.

As infrações administrativas da pesca serão punidas na forma do disposto na Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), e de seu regulamento.

144. REGIME ADMINISTRATIVO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A *propriedade intelectual* está protegida constitucionalmente como *direito inerente à pessoa humana* (CF, art. 5.º, XXVII, XXVIII e XXIX), cabendo à União legislar privativamente sobre todas as suas modalidades civis: literária, científica, artística, industrial e comercial (CF, art. 22, I).

Os conceitos e relacionamentos de *natureza privada* – portanto, em regime de *coordenação* – relativos à *propriedade intelectual*, são encontrados no Código Civil e no Código da Propriedade Industrial.

Em sede de Direito Administrativo, interessa o exame das *relações do titular da propriedade intelectual com o Estado* – porém em regime de *subordinação* – relativamente ao

sistema administrativo de garantias, e, eventualmente, à *intervenção econômica* a que estão sujeitas.

O registro da propriedade literária, científica e artística se faz, respectivamente, na *Biblioteca Nacional*, na *Escola Nacional de Música* ou na *Escola Nacional de Belas Artes*, conforme a natureza da produção, e, sendo mista, segundo a manifestação predominante (Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, art. 17, §§ 1.º e 2.º).

O registro é de importância, porque induz, *juris tantum*, a propriedade da obra. Entretanto, se a direção desses estabelecimentos negar valor literário, científico ou artístico à obra, recusando-lhe registro – ou, ainda, o fazendo por qualquer outro motivo, o administrado terá recurso para o Ministro de Estado a que estiver subordinado (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Os direitos autorais relativos ao cinema estão regulados na Lei dos Direito Autorais (Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

Distintamente, o registro da propriedade industrial suscita um relacionamento bem mais complexo, predominantemente administrativo; enquanto as espécies anteriormente examinadas estão sujeitas apenas a um regime registrário, o regime da propriedade industrial é dúplice: um regime privilegial, para as invenções, modelos e desenhos industriais, e um regime registrário, para as marcas de indústria e comércio e de serviço e as expressões ou sinais de propaganda, tudo sob um sistema repressivo a elas adequado. Rege a matéria a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

A invenção, o modelo de utilidade, o modelo industrial e o desenho industrial, considerados novos, são privilegiáveis, isto é, recebem uma patente, que outorga a seu titular garantia da propriedade e de uso exclusivo, durante o seu período de vigência.

Esse direito suporta, não obstante, uma limitação administrativa de cunho econômico e social: se o titular não houver iniciado no País a efetiva exploração da patente, nos três anos que se seguirem à sua expedição, ou a tiver interrompido por tempo superior a um ano, salvo força maior, ficará obrigado a conceder a terceiro, caso este o requeira, licença para sua exploração, sob pena de caducidade. Do mesmo modo, por motivo de reconhecido interesse público, uma idêntica limitação poderá ser imposta em caso de desuso parcial ou de insuficiência de atendimento da demanda de mercado.

Em ambos os casos, é manifesta a prevalência do interesse público específico sobre o privado, o que justifica a imposição do regime especial sobre a riqueza econômica representada pela invenção patenteada. Todavia, se o interesse público a tanto o exigir, o ordenamento poderá assumir a forma radical de intervenção dominial, procedendo-se à desapropriação do privilégio pela União (art. 39).

A Lei dispõe cuidadosamente sobre a nulidade dos privilégios outorgados, que, uma vez declarada, atua ex tunc, bem como o faz sobre o seu cancelamento e sobre sua extinção, que se poderá dar pela expiração do prazo de proteção legal, pela vontade formalmente declarada e pela caducidade, esta última, a ser decretada pela autoridade administrativa nos casos previstos em lei e inspirada sempre no interesse público específico, de que venha a ser dada

efetiva exploração à invenção, modelo ou desenho industrial.

Quanto às *marcas* de indústria, de comércio e de serviço e sinais de propaganda, subordinam-se, todas, a um *regime registrário*, no qual o interesse público é bem mais discreto, tanto em termos de *ordenamento econômico*, que é o de prevenir a *concorrência desleal* e, cumulativamente, quanto em termos de *pólicia*, que é o de zelar pelos *costumes*.

O *procedimento de registro* será iniciado por um *termo de depósito*, seguido de exame formal e técnico e das impugnações de terceiros, se apresentadas, concluindo-se com uma decisão administrativa. Os registros têm a duração de 10 anos, prorrogáveis por períodos idênticos e sucessivos.

Da mesma forma que para as *patentes*, a Lei dispõe sobre casos da *nulidade* e de *revisão* dos *registros*, bem como prevê sua *extinção* em caso de *expiração de prazo* sem requerimento de prorrogação, de *renúncia* formalizada e de *caducidade*, esta declarada por ato da autoridade administrativa.

O *nome comercial* ou *nome de empresa* e o *título de estabelecimento comercial* continuam a gozar de proteção dentro do *sistema nacional do registro do comércio*, que compreende, na União, o *Departamento Nacional do Registro do Comércio* e, nos Estados e Distrito Federal, as respectivas *Juntas Comerciais*.

A Constituição de 1988 inclui essa matéria no campo da *competência concorrente*, de modo que à legislação federal cabe estabelecer as normas gerais e, às legislações estaduais e distrital-federal, as normas particularizantes em cada unidade federada (art. 24, § 3.º).

À lista da propriedade intelectual acrescentam-se os *programas de computador* (conhecidos pela expressão inglesa *software*, mas que em vernáculo denominam-se *logiciários*) que podem ser apenas objeto de *registro declaratório* de propriedade intelectual, como qualquer direito de autor, uma vez que não constituem *processos privilegiáveis por patentes* (v. Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998).

145. RESTRIÇÕES DE NATUREZA ECONÔMICA A ESTRANGEIROS

Ditada por motivos de *segurança nacional*, de *fortalecimento da economia* ou de *proteção do trabalho* ou de *proteção de empresa nacional*, esta forma de ordenamento, constituída por *restrições de natureza econômica a estrangeiros*, deve estar necessariamente explícita na Constituição, uma vez que importa numa derrogação do *princípio isonômico*, do seu art. 5.º, *caput*.

Há, com efeito, algumas *restrições constitucionais à empresa estrangeira e à atividade de estrangeiros*, em matéria econômica, embora grande parte delas tenha sido extinta, com a revogação da versão original do art. 171 da Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional n.º 6, de 15 de agosto de 1995, continuando a existir *limitações específicas* no art. 178, para os transportes; no art. 199, § 3.º, para a *saúde*; e no art. 222, para a *comunicação*.

Com essas restrições, fica evidente a superposição, tantas vezes encontrada das atividades típicas de *Pólicia* com as de *Ordenamento Econômico*, ora preponderando normas

com um *objetivo de segurança* – e as temos mais afeiçoadas à função de Polícia; ora o objetivo é de *proteção da mão de obra e do empresário nacional* – e identificamos normas com preocupação mais nítida de Ordenamento Econômico.

Outras *restrições a estrangeiros*, como se sabe, apresentam um caráter exclusivamente político, tais como as consignadas no Estatuto dos Estrangeiros, Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, com suas alterações posteriores, como sejam: as de organizar sociedades de caráter político, exercer ação junto a compatriotas buscando adesões políticas e realizar desfiles, passeatas ou reuniões com fins políticos.

As *vedações de caráter político* foram recepcionadas, por compatíveis com o princípio da nacionalização partidária adotado pela Constituição de 1988 (art. 17, I), mas o mesmo não ocorreu com diversas *restrições típicas de ordenamento econômico* existentes, que não tiveram respaldo na atual Carta. Não obstante, estão *impedidos de exercer qualquer atividade remunerada* no País os *estrangeiros em trânsito* (com visto expedido para este fim) e em *viagem de turismo* (com ou sem visto turístico, conforme o regime de reciprocidade adotado).

Entretanto, o estrangeiro que haja ingressado em território nacional com o visto especial de *imigração dirigida* não poderá, dentro do prazo a que se sujeitou por contrato, ou na oportunidade da concessão desse específico visto, dedicar-se a qualquer outra atividade senão àquela a que voluntariamente se obrigou, salvo com autorização expressa do Ministro da Justiça.

Seção II **ORDENAMENTO FINANCEIRO**

146. CONCEITO DE ORDENAMENTO FINANCEIRO

Entende-se por *ordenamento financeiro* o conjunto de funções administrativas específicas de *ordenamento econômico* que reúne atribuições e ações de caráter disciplinador, fiscalizador e sancionador das atividades privadas no campo *monetário, creditício, de câmbio, de capitais e de seguros*, destinadas a impor, em cada um desses setores, princípios constitucionais e normas legais instituidores da *ordem econômico-financeira*.

Alguns doutrinadores situam tais atividades no campo da *policia*, referindo-se, assim, a um “*poder de polícia monetário, de capitais, de seguros etc.*”. Com efeito, a existência de inúmeras *limitações* – que são institutos característicos da função de polícia – poderia induzir essa classificação. Hoje, porém, parece claro que nem a *limitação* – por ser meramente *instrumental* em Direito Administrativo – é um *instituto exclusivo* da função de polícia, como, tampouco, que uma *função típica de polícia* possa ser constitucionalmente desempenhada discricionariamente com o objetivo de impor uma *direção econômica* à sociedade, fora do sistema constitucional, para este efeito minudentemente previsto (Título VII, CF).

Assim, a *policia* deve ser entendida como *atividade administrativa essencial* à própria existência da sociedade organizada, ao passo que, distintamente, o *ordenamento econômico-financeiro* não é nem jamais foi *essencial à existência de sociedade alguma*. Com efeito, no sistema

constitucional brasileiro, recorde-se, a polícia tem missões específicas, nos campos da segurança, d a salubridade, do decoro e da estética, em benefício da ordem social. Muito embora essas imposições de polícia possam se apresentar onerosas para os administrados, ainda assim, isso não implica que possam ser criadas para exorbitá-las e voltá-las a finalidades de conteúdo estritamente econômico, como servir à imposição oblíqua de uma sorte de dirigismo estatal do mercado sem fundamento constitucional, uma vez que a intervenção na economia não pode ser prevista por cláusulas gerais constitucionais, bem distintamente da função de polícia, que ordinariamente delas se vale.

Isso, porém, não impede que o instituto jusadministrativo das limitações possa ser empregado como instrumento de execução do ordenamento econômico, tanto como o poderão ser quaisquer outros institutos instrumentais de intervenção na propriedade e nas atividades privadas. Do mesmo modo, tampouco, obsta que, eventualmente, entre as normas de ordenamento econômico, se encontrem inseridas, no texto de um mesmo diploma legal, algumas prescrições avulsas típicas de polícia, por quanto, também neste caso, tais normas não foram prescritas para a direção da economia, mas para disciplinar aspectos de segurança pública, que, eventual e ancilarmente, com aquelas atividades se relacionem. Essa distinção ficará sempre evidente, perquirindo-se qual a finalidade do emprego de cada tipo de norma, ou seja, a que valor constitucional se destina cada norma, não obstante integrem a mesma lei.

Como aspecto específico da ordem econômica, o ordenamento financeiro, na atual sistemática constitucional, se encontra corretamente destacado como uma ramificação especializada da atividade econômica (art. 192). A Carta de 1988, ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre sistema monetário (art. 22, VI) e política de crédito, câmbio, seguros, transferência de valores e comércio exterior (art. 22, VII), fê-la responsável por todos os mecanismos financeiros atuantes sobre a sociedade nacional, submetendo-os tanto aos princípios gerais da ordem econômica (art. 170), quanto a princípios setoriais da ordem financeira, a ser instituída e regulada por leis complementares, inclusive sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições integrantes do sistema financeiro nacional (art. 172).

O estudo da atuação administrativa do Estado sobre o campo das finanças divide-se, didaticamente, em quatro segmentos: moeda e crédito, câmbio, regime de capitais e seguros privados, como em sequência se examina.

147. REGIME MONETÁRIO E CREDITÍCIO

A moeda é a base do sistema financeiro, definida juridicamente como um padrão legal de valor econômico. A fixação desse padrão, o seu valor liberatório, bem como sua correspondência a outros padrões, monetários ou não, nacionais ou estrangeiros, são opções que tanto podem ser ditadas pelo livre jogo dos mercados quanto, alternativamente, impostas, em maior ou menor grau, pelo Estado – constituindo, neste caso, decisões de soberania monetária – operadas através de políticas públicas definidas para o setor.

No Brasil, a União, além de exercer a política monetária, poderá impor políticas públicas de

crédito, de câmbio, de seguros e de transferência de valores, conexas àquela, tendo competência constitucional privativa para legislar sobre esses temas (CF, art. 22, VI e VII), emitir moeda (CF, art. 21, VII), para administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada (CF, art. 21, VIII).

Essas instituições sujeitam-se a uma disciplina administrativa disposta em *sistema*, que recebe e executa a política governamental para o setor – o *Sistema Financeiro Nacional* – estruturado da seguinte forma: na cúpula, o *Conselho Monetário Nacional*, órgão encarregado de formular a política da moeda e do crédito, com atribuições preponderantemente normativas. Segue-se o *Banco Central* (CF, art. 164), com funções nitidamente executivas e fiscalizadoras da política do Conselho Monetário Nacional, competindo-lhe, entre outras atribuições, emitir o papel-moeda, executar os serviços do meio circulante, receber os recolhimentos compulsórios, realizar as operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras, efetuar o controle de crédito, ter em depósito as reservas de ouro, conceder autorização para funcionamento e expansão de outras instituições financeiras, fiscalizá-las e aplicar-lhes sanções, além de outras competências implícitas de caráter externo e interno (CF, art. 21, VII e VIII).

Como já vem ocorrendo em grande número de países financeiramente desenvolvidos, a partir do modelo anglo-saxônico – em que se revelou um eficiente instrumento de gerenciamento monetário e creditício, seguido na União Europeia após a adoção do *Euro* como sua moeda – a instituição de *Bancos Centrais*, como *entidades constitucionalmente independentes*, para exercer, acima de pressões político-partidárias, de interesses parciais de mercado e, mesmo, da opinião pública conjuntural, uma *atividade regulatória* tecnicamente autônoma, é tendência que, robustecendo-se com a prática governamental do País, independentemente de visões partidárias, mais cedo ou mais tarde, será incorporada ao sistema constitucional brasileiro.

147.1. Instituições financeiras

Na base do *Sistema Financeiro Nacional* estão as *instituições financeiras*, definidas como as *pessoas públicas ou privadas* cuja atividade principal ou acessória é a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (art. 17 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964).

As *instituições financeiras*, que conformam o corpo do Sistema, são de dois tipos: *públicas* e *privadas*. Em primeiro plano, entre as *instituições financeiras públicas*, está o *Banco do Brasil S.A.*, sociedade de economia mista, que, além de desempenhar atividades financeiras privadas, é delegatário de funções públicas, cabendo-lhe substancial parcela dos serviços bancários de interesse governamental e de execução da política de comércio exterior.

Ainda, entre as instituições públicas, destaca-se o *Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES*, instrumento de execução da *política nacional de investimentos* e que, por isso, será estudado entre as entidades executoras de *fomento público*, e ainda o

Banco Nacional de Crédito Cooperativo; o Banco do Nordeste do Brasil S.A.; o Banco de Crédito da Amazônia S.A.; a Caixa Econômica Federal; os Bancos Estaduais e as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimentos Estaduais existentes.

As instituições financeiras privadas, excetuando-se as cooperativas, constituir-se-ão em forma de sociedade anônima, com a totalidade de seu capital representado por ações nominativas, e somente poderão funcionar mediante regime de licença (erroneamente denominada de autorização na Lei n.º 4.595, de 21 de dezembro de 1964), normalmente do Banco Central, ou, se forem estrangeiras, de autorização do Presidente da República, esta, sob a forma de decreto.

A Constituição de 1988, em sua redação original, acompanhou a legislação existente quando de sua promulgação e manteve a denominação de “autorização” ao ato administrativo de assentimento para o funcionamento das instituições financeiras (art. 192, I e II), mas basta a atenta leitura do parágrafo primeiro do mesmo artigo, revogado pela Emenda Constitucional n.º 40, de 29 de maio de 2003, para concluir-se que se tratou de condições vinculadas para sua outorga, nada restando à discreção da autoridade administrativa senão examinar se foram efetivamente cumpridas pelos postulantes, caracterizando, portanto, tecnicamente, uma licença, o ato que se prevê na referida Lei.

147.2. Fiscalização e sanção

As instituições financeiras e seus responsáveis estão sujeitos à fiscalização permanente do Banco Central e às sanções de advertência, multa pecuniária, suspensão do exercício de titulares de cargos, inabilitação temporária ou permanente para exercício de cargos, cassação da autorização de funcionamento, para as públicas, exceto as federais, e, finalmente, quanto às instituições financeiras públicas não federais e as privadas, às sanções de intervenção e de liquidação.

Além das sanções administrativas impostas aos administradores, existem ainda sanções penais, especiais, de detenção de um a dois anos, para quem atue no campo financeiro sem autorização do Banco Central, e de reclusão, nos casos de outorga de empréstimos da instituição a seus diretores, membros de conselho consultivo ou administrativo, fiscais ou semelhantes e respectivos cônjuges e no caso de quebra de sigilo.

A Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974, dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras privadas e das públicas não federais, assim como das cooperativas de crédito – as quais tiveram o seu regime jurídico delineado pela Lei Complementar n.º 130, de 17 de abril de 2009. A intervenção e a liquidação extrajudicial são de competência do Banco Central, que as instituirá por decreto nos casos de anormalidades ou de violações pela fiscalização ou mediante solicitação de interessados legitimados pela lei.

A intervenção, vinculada à verificação de anormalidades nos negócios sociais da instituição, obedecerá a processo administrativo, produzindo, desde sua decretação, efeitos civis e comerciais, como a suspensão de exigibilidade das obrigações vencidas, a suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas e a inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação, e, ainda, efeitos administrativos, entre os quais a indisponibilidade dos bens dos administradores.

Outra forma de *intervenção sancionatória* veio a ser posteriormente regulada pelo Decreto-lei n.º 2.321, de 25 de fevereiro de 1987: é o *regime de administração especial temporária*, que poderá ser decretado pelo *Banco Central* nos mesmos casos acima referidos, que ensejam intervenção, e, ainda, em mais quatro outras hipóteses: (1) a prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal; (2) a existência de passivo a descoberto; (3) o descumprimento das normas referentes à conta de Reservas Bancárias, mantidas no *Banco Central*; e (4) a gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores.

A *liquidação extrajudicial* será motivada por ocorrências que comprometam a atuação econômica da instituição, especialmente quando deixar de satisfazer com pontualidade os seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a decretação de falência, ou motivada por graves violações legais ou estatutárias, ou em caso de prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários ou, finalmente, quando cassada sua autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 dias seguintes, a liquidação ordinária, ou, quando iniciada, verificar, o *Banco Central*, que a morosidade de sua administração poderá acarretar prejuízo para os credores.

A decretação da *liquidação extrajudicial*, que seguirá processo *administrativo* próprio, produz efeitos processuais, civis, comerciais e administrativos. Como efeito *processual*, a decretação suspende as ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidante, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação. Como efeitos *civis e comerciais*, a decretação determina o vencimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais em virtude da decretação da liquidação extrajudicial; a não fluência de juros, mesmo que estipulados contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo; a interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição; e outros. Como efeito *administrativo*, a decretação produz a indisponibilidade dos bens dos administradores da instituição liquidante.

As instituições financeiras privadas estão sujeitas, ainda, a estreita disciplina quanto ao seu capital social, às aplicações, à participação em outras empresas, aos balanços, à composição da diretoria e de outros órgãos de consulta ou direção, às operações comerciais, notadamente quanto à imobilização, ao sigilo, à expansão e a outras prescrições de menor importância.

No que toca à disciplina do câmbio (CF, art. 22, VII), rege a matéria a Lei n.º 1.807, de 7 de janeiro de 1953, sujeitando a taxas fixadas oficialmente as operações cambiais nela referidas.

148. REGIME DE CAPITAIS

O s mercados financeiros e de capitais estão sob disciplina administrativa federal, competindo ao Conselho Monetário Nacional e ao *Banco Central* a formulação e a execução da política e a realização dos serviços pertinentes, conforme o disposto na Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965.

Em tema de mercado de capitais, devemos observar, mais uma vez, caminharem pari

passu as atividades de Ordenamento e as de Fomento Econômico, uma vez que, ao disciplinar a boa ordem econômica, é aconselhável que se estabeleçam também, paralelamente, medidas adequadas para propiciar o seu desenvolvimento.

Com respeito apenas aos aspectos que ora interessam, podem ser assim resumidas as finalidades visadas: *proteção dos investidores, prevenção da fraude e da manipulação artificial no mercado de capitais, disciplina da utilização do crédito no mercado de títulos ou valores imobiliários e regulação da corretagem especializada.*

Compete, para tanto, ao *Banco Central*, autorizar o funcionamento das *Bolsas de Valores*, das *sociedades corretoras de investimentos* e das *empresas que tenham por objeto a subscrição para revenda e a distribuição de títulos e valores mobiliários, fiscalizar* tais entidades e impor-lhes *sanções*, estas com abertura de dilação contraditória de 30 dias, em caráter obrigatório.

Distingue-se, portanto, dentro do *Sistema Financeiro Nacional*, um *subsistema de capitais*, ou seja, um *subsistema de distribuição do mercado de capitais*, assim constituído: as *Bolsas de Valores*, as respectivas *sociedades corretoras*, as *instituições autorizadas a operar no mercado de capitais*, as *empresas que tenham por objeto a subscrição de títulos para revenda ou sua distribuição* e as *empresas que tenham por objeto a intermediação na distribuição*.

As *Bolsas de Valores* são associações civis de interesse coletivo, *entidades de colaboração* sem finalidades lucrativas, com autonomia financeira, administrativa e patrimonial, que operam sob a supervisão do *Banco Central* e regulamentação expedida pelo *Conselho Monetário Nacional*, com a finalidade proporcionar um local adequado para encontro dos seus membros – as *sociedades corretoras de valores* – e à realização, entre eles, de transações de compra e venda de títulos e valores mobiliários em mercado livre e aberto e sob sistema de negociações, que proporcione publicidade, continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e valores mobiliários.

Outras atribuições são ainda cometidas às *Bolsas de Valores* pelo *Conselho Monetário Nacional*, de conformidade com o art. 7º e seus itens, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, o que as torna, simultaneamente, *delegatárias atípicas de funções regulatórias e executorias reconhecidas de funções autorregulatórias*.

O *mercado de valores mobiliários* está disciplinado na Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e legislação posterior (ver especialmente o Decreto-lei n.º 2.298, de 21 de novembro de 1986), sujeitando a um regime de ordenamento econômico as seguintes atividades: *emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado, sua negociação e intermediação, operação e funcionamento das Bolsas de Valores, a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários, a auditoria das companhias abertas e os serviços de consultor e de analista de valores mobiliários.*

As pessoas físicas e jurídicas envolvidas nessas atividades ficam sujeitas a um regime especial de *pólicia*, incluindo *registros obrigatórios, fiscalização e sanções*. O órgão instituído para regulamentar, registrar, fiscalizar e sancionar, atuando, concomitantemente, como executor da política de ordenamento econômico definida pelo *Conselho Monetário Nacional* e como agente de *pólicia* instituído pela legislação mencionada, é a *Comissão de Valores Mobiliários (CVM)*, autarquia econômica vinculada ao Ministério da Fazenda.

Estão expressamente excluídos da submissão a essa normatividade e à competência da Comissão de Valores Mobiliários os *títulos da dívida pública* da União, dos Estados e dos Municípios, bem como os *títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras*, exceto as debêntures. De resto, a utilização do sistema, próprio desta modalidade de mercado, é *obrigatória*, pois nenhuma emissão de títulos ou valores mobiliários poderá ser feita à sua margem.

Quanto ao *capital estrangeiro*, submete-se, como dupla medida de proteção, *financeira* e *de segurança*, a diversas restrições, sob um regime administrativo especial cometido ao Banco Central. Todas as limitações, entretanto, são de caráter estrito, não sendo admitidas outras que não as capituladas nas *leis complementares para a ordem financeira*, previstas no art. 192 da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 40, de 29 de maio de 2003.

A normatividade infraconstitucional está disciplinada, no que compatível com a Constituição de 1988, na Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, alterada pela Lei n.º 4.390, de 29 de agosto de 1964; Decreto-lei n.º 2.073, de 20 de dezembro de 1983; Lei n.º 8.383, de 31 de dezembro de 1991; Lei n.º 8.685, de 20 de julho de 1993 e Lei n.º 9.069, de 26 de junho de 1995.

O *capital estrangeiro* está sujeito a *registro*, venha sob forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens. São ainda sujeitos a registros: as *remessas para o exterior*, feitas para retorno de capitais ou de seus rendimentos a qualquer título; os *royalties* ou outras modalidades que impliquem transferência de valores; os *reinvestimentos de lucros de capitais estrangeiros* e as *alterações do valor monetário do capital*, segundo a legislação própria.

As *remessas* obedecem a um regime limitativo, que exige planos de contas e respeito a normas gerais contábeis especiais, padronizadas para grupos homogêneos de atividades. O quantitativo da *remessa de lucros para o exterior* está limitado a um percentual sobre o capital, considerando-se, se for superior, como um retorno e deduzidas do capital registrado, para efeito de futuras remessas, sendo facultado o reinvestimento nas próprias empresas, dentro de certas condições condizentes com o interesse nacional.

Está ainda sujeita a *regime especial a garantia oficial a créditos*, se concedida no exterior a empresas, cuja maioria de capital com direito a voto pertença a pessoas não residentes no País, dependerá de decreto do Presidente da República (*autorização*), e mais as duas seguintes operações: a *colocação de capitais, ações e títulos de empresas sob controle estrangeiro* e o *funcionamento de bancos estrangeiros*, com vistas a estabelecer um sistema de *reciprocidade* de tratamento administrativo relativamente ao seu funcionamento no País e ao funcionamento de bancos brasileiros no respectivo país de origem.

Do mesmo modo, o *acesso de empresas de capital estrangeiro à poupança nacional*, em princípio livre, pode ser submetida, em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamento e juntamente com medidas de contenção de crédito, a restrições especiais, conforme previsto no art. 22 e seguintes, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965.

O último regime, que se passa a examinar, de *ordenamento financeiro*, é o que regula as operações de seguros e resseguros, sob seus aspectos administrativos.

149.1. Regime geral

Da mesma forma exposta quanto à moeda e ao crédito, há, também, para os seguros, um *Sistema Nacional* instituído por lei de competência da União (CF, art. 21, VIII), que é o Decreto-lei n.^o 73, de 21 de novembro de 1966, seguindo-se abundante legislação posterior.

Tem-se, pois, além de um *regime privado*, de Direito Comercial, regulador das relações de coordenação entre segurados e seguradores, um *regime administrativo*, regedor das relações de ambos com o Estado, nitidamente subordinativas. Excluem-se deste sistema os seguros do âmbito da *previdência social*, que têm regime especial.

O *Sistema Nacional de Seguros Privados* criado pelo Decreto-lei n.^o 73, de 21 de novembro de 1966, diploma vigente no que não colida com as disposições gerais sobre seguros, constantes dos artigos 757 a 802 do Código Civil, está assim constituído: 1 – o *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP*; 2 – a *Superintendência de Seguros Privados – SUSEP*; 3 – o *IRB Brasil Resseguros S.A.*; 4 – as *sociedades autorizadas a operar em seguros privados*; e 5 – os *corretores habilitados*.

Ao *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP* compete fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados, cabendo-lhe, entre outras atribuições: *regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos demais órgãos e entidades do Sistema; estipular índices e demais condições técnicas* a serem observados pelas seguradoras inclusive as características gerais dos contratos de seguros; *disciplinar as operações de cosseguro e resseguro e delimitar o capital do IRB Brasil Resseguros S.A.* e das *sociedades seguradoras*, pelo menos de dois em dois anos.

À *Superintendência de Seguros Privados*, entidade autárquica, cabe a execução da política do *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP*, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras. Toca-lhe, entre outras atribuições, processar pedidos de *autorização* para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reformas dos estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre esses atos e encaminhá-los ao CNSP para decidir.

Ao *IRB – Brasil Resseguros S.A.*, sociedade de economia mista criada pelo Decreto-lei n.^o 1.186, de 3 de abril de 1939, regido pelo Decreto-lei n.^o 73, de 21 de novembro de 1966, alterado pela Lei n.^o 9.482, de 13 de agosto de 1997 e com a caracterização e denominação inovadas pela Lei n.^o 9.649, de 27 de maio de 1998, com seu capital formado em partes iguais por ações de propriedade das entidades federais de previdência social e pelas sociedades seguradoras, sendo que estas últimas (ditas de *Classe B*) servirão para caução permanente de garantia, em favor do IRB, das sociedades seguradoras. Compete ao IRB, como delegatário da União, regular o *cosseguro*, o *resseguro* e a *retrocessão* em seguros, aceitar o resseguro obrigatório e facultativo, reter seguros aceitos na totalidade ou em parte, impor penalidades às sociedades seguradoras e desempenhar ainda várias outras funções

delegadas correlatas, entre as quais as de fomento público setorial.

As *sociedades seguradoras* funcionarão mediante *autorização*, de competência ministerial, instrumentada 90 dias depois de deferida e de comprovado o cumprimento de todas as formalidades legais, pela expedição de uma *carta patente* pelo Ministro de Estado, ficando as suas operações adstritas aos limites da autorização e executadas conforme os planos, tarifas e normas aprovadas pelo *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP*.

As *sociedades de seguros*, bem como seus diretores, administradores, gerentes e fiscais, sujeitam-se a um *regime especial de fiscalização e de penalização*, aplicando-se-lhes as seguintes sanções: *advertência, multa, suspensão de exercício de cargo, inabilitação temporária ou permanente para exercício de cargo de direção das sociedades seguradoras ou do IRB, suspensão de autorização em cada ramo isolado dos seguros, perda total ou parcial da recuperação de resseguro, suspensão de cobertura automática, suspensão de retrocessão e cassação de carta patente*; todas as infrações deverão ser apuradas mediante processo administrativo, regulado pelo *Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP*.

Os *corretores de seguros* são pessoas físicas ou jurídicas; aquelas, profissionalizadas, dependentes de prévia habilitação e registro, assim autorizadas à intermediação de seguros e para a promoção de contratos entre as sociedades seguradoras e o público. Esses corretores se sujeitam aos impedimentos e à disciplina estatutária fixada em lei, inclusive às penalidades de *multa, de suspensão temporária do exercício da profissão e de cancelamento do registro*, todas aplicadas em processo regular.

149.2. Regimes especiais de seguros

São *regimes especiais de seguros*: o do *seguro-saúde*, o do *seguro de acidentes do trabalho*, o dos *seguros agrários*, o dos *seguros de crédito à exportação* e o da *modalidade veicular obrigatoria*.

Os *riscos de assistência médica e hospitalar* admitem variedade especial de seguros, o *seguro saúde*, disciplinado originalmente nos arts. 129 a 135 do Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, alterado pela Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998 e pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, vedando-se, às sociedades seguradoras de saúde, cumulare a assistência financeira com a médico-hospitalar.

A atividade das *empresas operadoras de planos de seguro assistencial à saúde*, que se institui como um *sistema de saúde suplementar*, em acréscimo e independente do provido pelo Estado, é regulado e fiscalizado por um ente autárquico, a *Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANSS*, criada pela última Lei acima mencionada, e constituem um *setor regulatório administrativo autônomo*.

Além deste setor especial, dos seguros assistenciais de saúde, regem-se, ainda, por regimes administrativos próprios outros setores, como os *seguros de acidentes do trabalho* (Lei n.º 6.617, de 16 de dezembro de 1978), os *seguros agrários* (Lei n.º 2.168, de 11 de janeiro de 1954) e os *seguros de crédito à exportação* (Lei n.º 6.704, de 26 de outubro de 1979).

150. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO TIPOLÓGICA DA INTERVENÇÃO ECONÔMICA

150.1. Conceito de intervenção econômica

O *Ordenamento Econômico* é um conceito díplice: ao mesmo tempo em que designa o conjunto de funções do Estado destinadas a disciplinar, através de regimes administrativos especiais, certas riquezas e atividades financeiras, se destina a intervir nos processos econômicos, para manter uma situação de equilíbrio e de previsibilidade do regime de economia de mercado.

Examinadas as duas primeiras funções disciplinadoras, nas duas Seções anteriores deste Capítulo, resta estudar a terceira, a função de intervenção econômica, que é também a mais delicada de todas, pois cuida da interferência do Estado na liberdade da empresa e na economia de mercado, mediante imposições administrativas destinadas a corrigir distorções que atentem contra a soberania nacional, a função social de propriedade, a livre concorrência e a liberdade de escolha do consumidor (CF, art. 170, I, III, IV e V).

Esse rol de instrumentos de intervenção, por ser constitucional, é exaustivo. Não admite ampliação por via interpretativa, uma vez que estabelece específicas exceções ao princípio constitucional do livre mercado, que abrange tanto os valores da livre-iniciativa (CF, art. 1.º, IV, e art. 170, caput) como, mais precisamente, os da livre concorrência (CF, art. 170, IV).

Em razão dessa orientação principiológica que imprime a Constituição de 1988, qualquer outra modalidade intervintiva ou elastério das nominadas (que seria genericamente admissível, a teor do art. 163 da Carta anterior: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal...”), perdeu, na vigente Carta, qualquer suporte constitucional.

É o caso, tomado-se um exemplo de grande importância, do *controle estatal de abastecimento e preços*, um antigo instituto intervintivo, que tinha apoio constitucional no referido art. 163, da Constituição de 1969, e largo emprego como instrumento político próprio do autoritarismo econômico, mas que, depois de se revelar gravemente prejudicial à competição e incompatível com uma política de desenvolvimento (hoje, alçado a princípio constitucional pelo art. 3.º, II, da Constituição), além de perigosa, pelas distorções geradas, viu seu termo, lamentavelmente após muitos danos e com muito atraso, em 1988.

O fim dessa problemática *intervenção regulatória* sobre abastecimento e preços não excluiu, porém, a aplicação da modalidade intervintiva sancionatória, que é constitucionalmente imposta sempre que se caracterizem transgressões aos princípios da sadia competição, tais como as previstas *in genere* no art. 173, § 4.º, da Constituição, tendo como objetivo restabelecer o primado da economia de mercado, como é o caso da coibição da majoração de preços em causa de mercado com a finalidade de promover aumento arbitrário dos lucros, o que enseja a imposição de sanções intervintivas, já sob o específico conceito de *repressão ao abuso do poder econômico* (CF, art. 173, § 4.º), como se examinará adiante.

São, portanto, todas essas funções de intervenção na ordem econômica, atividades excepcionais do Estado com finalidade de fazer valer, nos casos previstos na Constituição, os princípios por ela adotados (art. 170), excluídas, assim, quaisquer finalidades, ainda que escondas, que atuem

como direção estatal da economia.

150.2. Classificação dos instrumentos de intervenção econômica

Os *instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica*, por se constituírem exceções aos princípios constitucionais da *democracia econômica*, postos como *fundamentais* para a Nação brasileira (CF, art. 1.º, IV) e gerais para toda a *atividade econômica* (CF, art. 170, *caput* – *livre-iniciativa* – e inciso IV – *livre concorrência*), se encontram *taxativamente previstos* na própria Carta Magna.

Porém, diferentemente da sistemática utilizada ao concentrar a enunciação dos princípios gerais da atividade econômica, os *preceitos definidores* dessas instituições interventivas na economia ficaram disseminados em vários Capítulos, em quatro distintos Títulos (IV, VII, VIII e IX) da Constituição.

Para comodidade didática, essas instituições interventivas se classificam em quatro modalidades: *regulatórias, concorrenciais, monopolistas e sancionatórias*.

Pela *intervenção regulatória*, o Estado impõe uma ordenação cogente aos processos econômicos; pela *intervenção concorrencial*, o Estado compete com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais; pela *intervenção monopolista*, o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; e pela *intervenção sancionatória*, o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e os interesses gerais correlatos.

150.3. Intervenção regulatória

Sensível à tendência mundial de liberalização da economia, a Constituição de 1988 rompeu com uma tradição interventiva de meio século, que até a Carta anterior vinha genérica e amplamente admitida (art. 163). No atual regime, todas as modalidades se encontram *categoricamente previstas* e cumpridamente descritas no texto constitucional, em número de seis, sendo que três são de aplicação imediata, e três dependem de lei: 1. a regulação dos *investimentos de capital estrangeiro e de remessa de lucros* (art. 172); 2. a ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre (art. 178 e seu parágrafo único); 3. a regulação restritiva da propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de som e imagens (art. 222, *caput*); 4. a regulação restritiva de participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão (art. 222, §§ 1.º e 2.º); 5. a regulação da venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis (art. 238); e 6. a regulação da produção e comércio de material bélico (art. 21, VI).

150.3.1. Regulação dos investimentos de capital estrangeiro e de remessa de lucros

Quanto aos *investimentos de capital estrangeiro*, distinguem-se os que são invertidos em *empreendimentos econômicos* em geral e os que são aplicados em *instituições financeiras*, estes, já examinados quando do estudo do regime de capitais.

A regra constitucional prevê *lei aplicativa para disciplinar*, com base nos interesses

nacionais, os *investimentos de capital estrangeiro* em empreendimentos econômicos no País, atuando por dois modos: *regulando as remessas de lucro (ordenamento econômico)* e *incentivando os reinvestimentos (fomento público)*.

150.3.2. Ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre

Quanto ao *transporte internacional*, a União deve observar os acordos por ela firmados, atendido ao princípio da reciprocidade. No que concerne, especificamente, à ordenação de *transporte aquático*, cabe à lei disciplinar as condições em que tanto o transporte de mercadorias na *cabotagem*, como na *navegação interior* possa ser realizado por embarcações estrangeiras.

150.3.3. Regulação restritiva da propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de som e imagens

Trata-se de modalidade de regulação constitucional de aplicabilidade imediata, que reserva a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras, e que tenham sede no País, a propriedade das *empresas de comunicação social* nas modalidades referidas.

Esta restrição mista – de *ordenamento econômico e social* – pois ao mesmo tempo em que institui *vedação ao direito de propriedade, impede o controle de meios de comunicação social a estrangeiros*, se complementa com a regulação constitucional que vem expressa nos parágrafos seguintes do mesmo artigo, que se substituíram aos dois parágrafos da redação original da Constituição pela Emenda Constitucional n.º 36 de 2002.

150.3.4. Regulação restritiva de participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão

Esta modalidade de regulação limita a *participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística e de radiodifusão*, subentendida a de propagação de sons e de sons e imagens, complementando o *caput* do artigo.

Ainda assim, a participação admitida só poderá se efetuar através de *capital sem direito a voto* e não excedente a *trinta por cento do capital social* da empresa de comunicação massiva; isso, para afastar qualquer ingerência política que decorra do controle econômico, reservando-se à maioria de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação (CF, art. 222, § 1.º).

150.3.5. Regulação da venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis

Esta modalidade, com sua aplicabilidade dependente de lei, é de extrema dificuldade prática de se disciplinar em nível infraconstitucional sem recair no favorecimento de grupos e na deformação da livre concorrência. Trata-se de um delicado remanescente autoritário e estatista que, se descuidadamente aplicado, fatalmente apresentará os graves riscos de

deformação do mercado e de burocratização do setor.

É sempre útil lembrar que aqui se trata do exercício de uma função administrativa destinada a ordenar a economia e não de um exercício de polícia, que estaria corretamente voltado à segurança da atividade e à proteção da qualidade dos produtos, pois que são, nitidamente, atividades administrativas distintas e com distintos fundamentos na ordem jurídica.

150.3.6. Regulação da produção e comércio de material bélico

Este dispositivo regulatório constitucional e autoaplicável submete a produção e o comércio de material bélico à anuência discricionária da União (autorização) e à sua fiscalização, estendidas a todas as fases ou etapas, inclusive ao comércio internacional.

Há nele um claro temperamento ao princípio da livre-iniciativa, com fundamento no princípio da soberania nacional (CF, art. 170, I), combinado com o conceito dinâmico do princípio da função social da propriedade (CF, art. 170, III).

150.4. Intervenção concorrencial

A livre-iniciativa, como exposto, é princípio fundante da atividade econômica, como tal enunciado no art. 170, caput, da Constituição, repetindo, no econômico, o que se encontra no seu princípio fundamental polivalente do art. 1º, IV.

Mas não apenas nessa ênfase avançou significativamente a Constituição de 1988 em tema de intervenção concorrencial do Estado no domínio econômico: de uma suplementaridade vaga e ampla, apenas esboçada, no art. 170, § 1º, da Carta anterior, que se articulava com uma extensa autorização para intervir no domínio econômico (do art. 163, caput), se passou a uma suplementaridade precisa e restrita, expressa em dispositivo específico na atual Constituição (art. 173).

Assim, a nova sistemática inaugurada limita a atividade empresarial econômica do Estado apenas a três hipóteses:

- 1º – nos casos previstos na própria Constituição, como para a prestação de serviços públicos e de atividades monopolizadas, ambas de natureza econômica;
- 2º – nos casos em que a exploração direta da atividade econômica do Estado venha a ser declarada necessária aos imperativos de segurança nacional, definidos em lei; e
- 3º – nos casos em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado venha, também, ser declarada necessária à satisfação de relevante interesse coletivo, definido em lei.

É preciso atenção na leitura dessa tríplice admissibilidade excepcional do instituto da intervenção concorrencial do Estado na atividade econômica, para evitar-se que, por equívoco, se mantenham conceitos e interpretações interventivas inercialmente referidos a uma ordem constitucional revogada. Assim, qualquer “exploração direta de atividade econômica pelo Estado” é, em princípio, inconstitucional, ressalvadas, apenas: a prestação de serviço

público e a execução de *atividades monopolizadas*, desde que a entidade política seja constitucionalmente competente para a instituição de cada uma, e o desempenho estatal da atividade econômica se mostre necessário ao atendimento de *imperativos de segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo* – em ambos os casos, como vierem a ser definidos em lei.

A primeira hipótese não suscita dúvidas, pois, embora limitando a atividade econômica do Estado, a Constituição de 1988 manteve, expressamente, em intumeros dispositivos, a possibilidade de sua atuação *direta* na prestação de serviços públicos, que envolvem, obviamente, uma atividade empresarial de *exploração econômica de bens e de serviços*, abrindo, não obstante, alternativas de abertura à *prestação indireta* (v., e.g., CF, art. 22, XI e XII), sob a fórmula geral expressa: “explorar diretamente ou...”, que, por sua vez, se repete adiante, com o mesmo sentido, nas previsões concessionais e permissionais de serviços públicos (CF, art. 175).

É nesta e mais delicada hipótese que pode ocorrer sério problema interpretativo, pois, não obstante a enganosa aparência de abertura de uma simples hipótese de *discricionariedade*, o adequado entendimento sistemático da expressão permissiva utilizada pela Constituição, “conforme definido em lei”, é de que sempre *cumpre ao legislador ordinário preencher, motivadamente, as condições definitórias dos dois conceitos indeterminados balizadores da intervenção*, nominadamente: os da *segurança nacional* e do *relevante interesse coletivo*.

Fosse outra a interpretação, e ficaria escancarada a porta para proceder-se à estatização de *qualquer atividade econômica ao nuto do legislador ordinário*, e, o que é mais grave e absolutamente inadmissível, *imune ao controle de constitucionalidade*, o que é inaceitável no regime da Carta de 1988.

Com efeito, as exigências constitucionais de *definição de motivos*, que se enquadrem nos permissivos de *excepcionalidade*, para que se admita a *exploração econômica por atividade empresarial do Estado* – que são a *segurança nacional* e o *relevante interesse coletivo* – não devem ser apenas invocadas, mas necessitam, efetivamente, *existir de fato*, podendo e devendo, portanto, serem *claramente deduzidas* no texto legal, para a sua devida *publicidade* e para possibilitar seu eventual *controle de constitucionalidade*. Não se concebe *discricionariedade legislativa* para fantasiar hipóteses de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, mas, tão somente, no dispositivo, se estabelece um *dover constitucional de identificá-las*, por óbvio, quando realmente existam.

Em razão do exposto, por sua vez, o Poder Judiciário exerce plena *sindicância de juridicidade* sobre a *materialidade* e a *suficiência* desses conceitos jurídicos *indeterminados*, de modo muito mais intenso do que poderia existir sob as Constituições anteriores, em razão da expressão restritiva do art. 173, que faz a *intervenção econômica* não só depender de uma *lei específica*, como a configura como uma exceção ao princípio da *economia de mercado*: tudo, portanto, sob controle jurisdicional.

Para que se logre a rigorosa aplicação desse dispositivo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão obrigados a *motivar* adequadamente a criação de suas respectivas *empresas estatais*, para que não concorram *inconstitucionalmente* em atividades econômicas reservadas ao setor privado.

Mas é necessário ter em vista que, mesmo quando autorizado a competir constitucionalmente com o setor privado da economia, ainda assim, o Estado empresário está sempre adstrito a atuar sob o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de quaisquer privilégios fiscais que não sejam extensivos ao setor privado (CF, art. 173, §§ 1.º e 2.º).

O legislador constitucional garantiu, desse modo, o *efetivo primado da livre concorrência*, para que as *ineficiências* do Estado-empresário não se mascarem por trás de imunidades, regalias e subvenções que, em última análise, oneram triplamente o público: como consumidor, como usuário e como contribuinte.

De qualquer forma, como a criação de qualquer dessas *empresas estatais* dependerá sempre de *lei autorizativa*; conforme o caso – federal, estadual, distrital-federal ou municipal, bem como, em cada hipótese, a criação de *subsidiárias* daquelas entidades, e a *participação* de qualquer delas em empresa privada (CF, art. 37, XIX e XX) – o Judiciário detém amplo controle sobre a *constitucionalidade de sua criação e de seu funcionamento*.

150.5. Intervenção monopolista

Esta é a forma mais radical de intervenção do Estado na economia: a que se executa pela *supressão da concorrência da iniciativa privada* em determinado setor, que assim passa à *atuação exclusiva* do Poder Público; ambas, características da instituição de um *monopólio estatal*.

A substância econômica do *monopólio* está na *eliminação da concorrência*, o que se constitui em *anomalia de mercado*, pois que, em princípio, deverá estar democraticamente aberto à *livre competição*, sendo que essa concentração extrema, tanto poderá ocorrer provocada por causas espontâneas como voluntárias.

Por outro ângulo, o aspecto juspolítico que se destaca no *monopólio público* é o de ser admitido como *estrita exceção à liberdade constitucional de competição*, por isso que também necessita ser *constitucionalmente explicitada*, tratando-se da instituição de um *privilegio*, em princípio vedada, para o Estado empresário.

Na ordem constitucional brasileira anteriormente vigente era possível, apenas mediante *lei federal*, monopolizar “determinada indústria ou atividade” em favor da União, desde que houvesse “motivo de segurança nacional” ou “necessidade de organizar setor da vida econômica”, que não tivesse possibilidade de sê-lo, em prazo razoável e em grau de eficácia aceitável, no regime de livre competição (art. 163 da Constituição de 1969).

Na atual ordem constitucional, já com experiência trintenária de incontáveis abusos políticos, o constituinte preferiu, desde logo, definir em *numerus clausus, todas as hipóteses de instituição de um monopólio estatal em favor da União*: (1) o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X); (2) a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (3) a refinação do petróleo nacional e estrangeiro; a importação e exportação dos produtos previstos nesses dois incisos anteriores; (4) o transporte marítimo ou por meio de conduto de petróleo bruto e do gás natural e derivados combustíveis de petróleo produzidos no país; e (5) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio

de minérios nucleares e seus derivados (art. 177). A Constituição de 1988 institui, ainda, a inovação do *monopólio estadual de serviços de gás canalizado*, atribuído aos Estados-Membros (art. 25, § 2.º), extensivo ao Distrito Federal (art. 32, § 1.º).

O *monopólio* se distingue do instituto afim do *exclusivo*, largamente empregado em *serviços públicos*, pois aquela modalidade importa na vedação de toda atividade concorrente, em caráter genérico e ilimitado, enquanto que essa outra modalidade exclui apenas a concorrência na mesma área e de uma idêntica espécie de atividade específica e limitada, podendo ser, portanto, delegada ou apenas autorizada quando não tiver escala empresarial. Assim, como exemplos, a exploração do petróleo é um *monopólio*: genérico e ilimitado, reservado à União em todo o território nacional, excludente de qualquer atividade paralela ainda que sem objetivo econômico; já o serviço público de abastecimento de água é um *exclusivo*: específico e limitado, em geral de competência municipal, mas não excludente da captação privada de água para consumo próprio, vedando-se apenas a exploração econômica concorrente.

150.5.1. Petróleo

A Constituição estabelece como *monopólio da União* a pesquisa e a lavra das jazidas de *petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos* (art. 177, I), a *refinariação do petróleo nacional ou estrangeiro* (art. 177, II), a *importação e exportação dos derivados* (art. 177, III), bem como o *transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados combustíveis de petróleo, produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados e gás natural de qualquer origem* (art. 177, IV).

O monopólio da União, instituído pela Constituição de 1988, teve sua *execução flexibilizada* pela Emenda Constitucional n.º 9 de novembro de 1995, conforme a redação do art. 177, § 1.º, que a autorizou a contratar com empresas estatais ou privadas a *execução das atividades acima descritas* (art. 177, I a IV), observadas as condições infraconstitucionalmente estabelecidas, que são as atualmente constantes da Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997.

A mencionada Lei dispõe sobre a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, fixa as condições de contratação e estabelece a estrutura e atribuições do *órgão regulador* do monopólio da União (art. 177, § 2.º, I, II e III), que é a *Agência Nacional do Petróleo – ANP*, com as características gerais já referidas para essas modalidades autárquicas especiais.

Conta, também, a União, com uma *entidade paraestatal*, de execução – a *Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)* – conforme o disposto na referida Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, revestida da forma de *sociedade de economia mista*, com participação majoritária da União e capital aberto. Tem, no entanto, esta paraestatal, uma situação especial, já que a Lei lhe confere o direito de promover desapropriações (art. 24), sujeita-a a controle financeiro a posteriori pelo Tribunal de Contas da União (art. 32) e ao controle parlamentar direto, através de prestação de informações que lhe forem solicitadas pelo Congresso Nacional (art. 33). Seus estatutos estão sujeitos a decreto presidencial, ou, se implicarem conflito com a Lei

autorizativa, a outra lei ordinária, e são hoje os aprovados pelo Decreto n.º 65.690, de 12 de novembro de 1969, cometendo a sua direção a um Conselho de Administração, como órgão de orientação e comando superior, e a uma Diretoria Executiva, a administração geral da sociedade.

Quanto às relações com os proprietários dos solos onde ocorram as jazidas de hidrocarbonetos, há duas soluções: ou a *desapropriação*, prevista no art. 24, ou, caso não seja necessária para que a exploração possa ser feita, a combinação da *ocupação temporária*, para a pesquisa, com a *servidão administrativa*, para a lavra; ambas as soluções contidas nas prescrições do art. 30, que institui a *indenização* dos proprietários do solo pelos prejuízos causados por aquelas atividades.

A legislação do petróleo é muito dinâmica, tendo sofrido, além das indicadas, sucessivas alterações pelos Decretos-leis n.º 523, de 8 de abril de 1969, n.º 688, de 18 de julho de 1969, n.º 755, de 11 de agosto de 1969, n.º 927, de 10 de outubro de 1969, n.º 989, de 21 e outubro de 1969 e n.º 1.864, de 25 de fevereiro de 1981, desenvolvendo-se a literatura especializada desse importante sub-ramo jusadministrativo do *Direito do Petróleo*.

Não obstante, com a descoberta da existência de petróleo nas camadas geológicas marítimas do pré-sal, o *marco regulatório* deste setor passou por profunda reformulação, pois, em razão da divulgação de grandes volumes recuperáveis de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, nessas camadas, foram promulgadas, ao longo de 2010, três novas leis, que, sem revogarem a Lei n.º 9.478/1997, passaram a disciplinar o regime de exploração e produção nas referidas áreas.

Primeiramente, foi promulgada a Lei n.º 12.276, de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder, dispensado o procedimento licitatório, onerosamente à Petrobras S.A. – PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, em determinadas áreas do pré-sal, até o limite de 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo.

Posteriormente, foi editada a Lei n.º 12.304, de 2 de agosto de 2010, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA). Esta empresa estatal terá por objeto, consoante o disposto no Decreto n.º 8.063, de 1.º de agosto de 2013, que levou a efeito a sua criação, a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos de comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos da União.

Por fim, foi promulgada a Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o *regime de partilha de produção*, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, e cria o Fundo Social – FS. Por meio deste novo regime, o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

150.5.2. Minérios nucleares

O monopólio nuclear é o mais extenso dos existentes, pois alcança todo o processo de industrialização dos derivados produzidos e até sua comercialização (CF, art. 177, V), incluídos o enriquecimento e o reprocessamento. Cabe, ainda, à lei, no caso, a Lei n.º 4.118, de 27 de agosto de 1962, dispor sobre o transporte e utilização de materiais radiativos no território nacional (CF, art. 177, § 3.º).

As expressões técnicas empregadas para a caracterização do monopólio têm, todas elas, definição legal (art. 2.º, leg. cit.), cabendo à Administração a classificação dos minérios e das substâncias nucleares para efeito de incidência do monopólio, existindo, portanto, uma norma em branco neste particular.

A entidade encarregada do estudo e formulação das bases da política nuclear brasileira, matéria de exclusiva competência federal (CF, art. 22, XXVI), bem como da sua execução, é a *Comissão Nacional de Energia Nuclear*, organizada sob a modalidade autárquica, autorizada a operar diretamente ou através de delegatárias por ela constituídas, que serão apenas sociedades de economia mista em que a União detenha o capital majoritário.

A Emenda Constitucional n.º 49, de 8 de fevereiro de 2006, também flexibilizou a execução deste monopólio quanto aos *radioisótopos*, cuja produção, comercialização e utilização poderão “ser autorizadas sob o regime de permissão”, reproduzindo a linguagem imprecisa empregada na nova redação do art. 177, V, da Constituição, devendo-se entender que, também aqui, se preservou o instituto da *permissão* com suas prísticas características de *precarium*, como forma de conciliá-la com o verbo “autorizar”, que a precede, dando, assim, sentido técnico mais preciso àquele dispositivo.

O art. 6.º da Lei n.º 4.118, de 27 de agosto de 1962, já abrandava o rigor na execução do monopólio, facultando à autarquia a contratação de serviços de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas para atender a várias atividades mediante regime privilegial, entre as quais a pesquisa e lavra de jazidas, o beneficiamento, refino e tratamento, a produção e comércio de minérios nucleares e a produção e comércio de matérias férteis, materiais físseis especiais, subprodutos nucleares e radioisótopos.

Esse dispositivo, ao permitir a contratação *in genere*, facultou à entidade executora do monopólio outorgar concessões e, a fortiori, até permissões, havendo, além disso, expressa autorização para operar em regime de cooperação e de colaboração com outras instituições existentes no País (art. 8.º), sem distinguir públicas e privadas, o que também lhe facilita amplamente a utilização de regime complexo de execução através do convênio ou do acordo de programa.

O Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967) alterou a Lei mencionada, para efeito de disciplinar a concorrência de minerais nucleares em jazidas ou mina ordinária: se o valor econômico dos minérios nucleares ultrapassar o da substância mineral, objeto do decreto de lavra, a concessão caducará, e a mina poderá ser desapropriada. Entretanto, mesmo que o valor dos materiais nucleares não ultrapasse economicamente o das substâncias objeto da lavra, a critério da Administração, seu titular será obrigado a recuperá-los, do que será compensado, mediante reembolso do que

despendeu, e recompensado com um lucro razoável. Existe obrigação, para todos os titulares de autorizações de pesquisa e lavra e de concessão de lavra, de comunicarem ocorrências de minérios de valor nuclear, sob pena de multa, revogação ou caducidade dos respectivos títulos, conforme o caso.

À *Comissão Nacional de Energia Nuclear* incumbe, entre outras atividades, realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas nucleares; para tais tarefas, ressalvada esta última, será possível o regime contratual (leg. cit., art. 6.º).

A *Comissão* será constituída de cinco membros, um dos quais seu Presidente, com funções de representação externa; seu pessoal será próprio e seu patrimônio, regime financeiro e privilégios são os de qualquer entidade autárquica, acrescendo-se o de natureza tributária, com a isenção de impostos e taxas às importações que forem realizadas para atender a seu programa de trabalho.

150.6. Intervenção sancionatória

Esta modalidade interventiva se destina a *punir abusos econômicos*, tais como especificados constitucionalmente em cinco dispositivos, sendo o primeiro deles, definitório da *intervenção sancionatória do abuso do poder econômico*, já tradicional em nosso Direito, e os demais, resultantes das inovações advindas em 1988, referentes ao *descumprimento da função social urbana e rural* e à *defesa do consumidor*. São eles, todos, dependentes de legislação infraconstitucional:

1. a *repressão ao abuso do poder econômico*;
2. a *responsabilidade da empresa por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*;
3. o *parcelamento ou edificação compulsórios de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado*;
4. a *aplicação metafiscal do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana que não esteja cumprindo sua função social*;
5. a *desapropriação de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado*;
6. a *desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social*; e
7. a *defesa do consumidor*.

150.6.1. Repressão ao abuso do poder econômico

O *poder econômico* é um fenômeno espontâneo do mercado, gerado no desempenho de atividades econômicas, como um conseqüário natural do acúmulo de riquezas. Em se tratando de uma economia sadia, o seu papel é benéfico, por atuar no jogo da livre concorrência com economia de escala, barateando e aperfeiçoando a qualidade dos produtos e dos serviços prestados ao público.

Assim, a repressão ao poder econômico, se exercido de modo abusivo, só será constitucionalmente devida, se uma determinada forma de concentração de poder mostrar-se nociva – ou seja, se passar a atuar contra o valor constitucional de *liberdade do mercado*, em detrimento da espontaneidade e da normalidade dos processos econômicos e de outros valores sociais corolários relevantes, de modo a se restabelecer a higidez das relações e a confiança do mercado – competindo, portanto, ao Estado, atuando como agente intervintivo, aplicar instrumentos legais de caráter sancionatório aos que perpetrarem tais abusos.

As instituições especificamente criadas para esse fim estão informadas pela regra áurea da função social da propriedade (CF, art. 170, III), bem como constitucionalmente discriminadas e caracterizadas as três situações tipificadoras do abuso do poder econômico sujeito à repressão: a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4.º).

Tal matéria, em nível infraconstitucional, teve sua disciplina, profundamente, alterada pela edição da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que teve por desiderato a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

O novel diploma foi orientado pelas seguintes diretrizes: reunir a análise dos processos administrativos referentes aos atos de concentração (modalidade de controle preventivo) e de repressão das infrações da ordem econômica (modalidade de controle repressivo) no Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, suprimindo as competências instrutórias que eram exercidas, sob a égide da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE; conferir maior eficácia ao controle dos atos de concentração, que passarão a ser realizados *a priori*, ou seja, antes de consumação das operações analisadas. Tais atos, sob o regime da lei anterior, eram notificados ao CADE em até 15 dias úteis, após sua realização, o que gerava vultosos prejuízos aos agentes econômicos, em face da irreversibilidade das operações empresariais já realizadas.

O Controle Preventivo dos atos de concentração passou a ser disciplinado pelo art. 88 da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. À luz do novo diploma serão submetidos ao CADE os atos de concentração econômica em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e, cumulativamente, que pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

A Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, contudo, continuou a consagrar a “regra da razão” para análise dos atos de concentração, segundo a qual tais operações poderão ser autorizadas, pela entidade de defesa da concorrência, à medida que sejam produzidos efeitos líquidos positivos para o mercado. Dito em outros termos, o CADE poderá aprovar tais operações, nos termos do art. 88, § 6.º, desse diploma, nos limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos, cumulada ou alternativamente: aumentar a

produtividade ou a competitividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou assegurar que seja repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes desta operação.

O Controle Repressivo das infrações da ordem econômica, por sua vez, será exercido por meio da interpretação conjugada do § 3.º com o inciso I, ambos do art. 36 da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Destarte, só serão sancionadas as condutas previstas no rol exemplificativo do § 3.º, quando: limitarem, falsearem ou de qualquer forma prejudicarem a livre concorrência ou a livre-iniciativa; dominarem mercado relevante de bens ou serviços; aumentarem arbitrariamente os lucros; e exercerem de forma abusiva posição dominante.

Mas só serão submetidas a esse processo administrativo sancionatório empresas ou grupos de empresas que detenham “poder de mercado”, isto é, que sejam capazes de alterar, unilateral ou coordenadamente, as condições de mercado, ou quando controlarem 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Quanto à estrutura organizacional do SBDC, ressalte-se que o CADE passará a ser composto pelos seguintes órgãos: o *Tribunal Administrativo*, que exercerá a função judicante tanto nos processos administrativos relativos à análise dos atos de concentração quanto nos relativos à apuração das infrações da ordem econômica; a *Superintendência-Geral*, que será o órgão instrutor do sistema, exercendo as funções outrora realizadas pela SDE e pela SEA; e o *Departamento de Estudos Econômicos*, que exercerá a função consultiva do sistema, elaborando pareceres econômicos, para o fim de fundamentar as suas decisões.

150.6.2. Responsabilidade da empresa por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular

Além do abuso do poder econômico, a Constituição de 1988 instituiu ainda uma nova modalidade intervintiva: a responsabilidade administrativa empresarial na economia (art. 173, § 5.º). Os atos transgressores que a caracterizam, bem como as sanções administrativas aplicáveis às empresas, deverão ser, respectivamente, tipificados e previstos na legislação infraconstitucional, bem como o processo administrativo correspondente, sujeito aos princípios da publicidade, da motivação e do contraditório, entre outros (CF, art. 5.º, LV).

150.6.3. Parcelamento ou edificação compulsórios de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado

A aplicação desta modalidade *sui generis* de sanção, que recai em caso de renitente e aberto descumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade urbana, se caracteriza pela excepcionalidade de sua aplicação discricionária, e por depender de duplo assento infraconstitucional: não só na lei federal que regulamenta o instituto, que é o *Estatuto da Cidade*, a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, como na lei municipal, neste caso, específica para cada cidade em que se aplique o instituto.

O *caput* do art. 182 vincula o desenvolvimento urbano ao atendimento das “funções

sociais da cidade". Está claro que o direito de propriedade, por si só, não mais contém o *direito de construir* em área de cidades, pois "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (CF, art. 182, § 2.º), de tal forma que o desatendimento dessas exigências pode ser punido, aumentando-se a gravidade da sanção, sucessivamente, com o *parcelamento ou edificação compulsórios*; com o *imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo*; e até com a imposição da modalidade de *desapropriação por interesse urbanístico* (CF, art. 182, § 4.º, I, II e III).

A liberdade privada reside, pois, na opção entre ser ou não proprietário de um imóvel urbano, uma vez que, no que se refere à sua utilização, estará submetida à *política urbanística* para cada cidade, para cada zona e até para cada rua, considerados os *múltiplos fatores de interesse público* a serem definidos nas leis de diretrizes urbanas, que, nas cidades com mais de vinte mil habitantes, deve necessariamente instrumentar-se em um *Plano Diretor*, de elaboração participativa, aprovado pela respectiva Câmara Municipal.

Pois bem: a *propriedade urbana*, conforme reza a Constituição, *cumpre sua função social* quando atende às exigências fundamentais de *ordenação da cidade* expressas nesse Plano Diretor, de modo que o imóvel urbano não pode ser mera mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, que deve ser vocacionado à sua plena utilização, de acordo com a ordem jurídica, em geral, e as prescrições urbanísticas locais, em particular.

150.6.4. Aplicação metafiscal do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana

O aumento progressivo da carga impositiva no tempo é o segundo instrumento, em grau de intensidade intervintiva, destinado a corrigir a não edificação, subutilização e não utilização do solo urbano.

A execução deste instrumento sancionatório, de *aplicação metafiscal do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana*, uma vez que se destina a atender interesses primários cometidos ao Estado, que transcendem seus próprios interesses secundários em obter receitas fiscais, dependerá, tal como o instituto anteriormente estudado, não só da existência de lei federal que regulamente o instituto, como de lei municipal específica. O *imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo* está regulado pelo *Estatuto da Cidade*, a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (art. 7.º), vedando a concessão de anistias ou isenções, que afrouxem a sua cogêncie e desmoralizem sua aplicação.

150.6.5. Desapropriação de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, em caráter sancionatório e corretivo

Esta terceira modalidade *sui generis* de sanção do princípio constitucional da função social da propriedade urbana, que se aplica com a *desapropriação sancionatória de imóvel urbano*, quando *não edificado, subutilizado ou não utilizado*, se caracteriza também pela *discretionalidade*, uma vez que o Poder Público municipal poderá sempre considerar outras

motivações para executá-la.

A aplicabilidade desse instrumento sancionatório extremo, tanto quanto as modalidades precedentes, depende, cumulativamente, de lei federal regulamentadora do instituto – no caso, o *Estatuto da Cidade*, a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 – e de lei municipal específica.

A *desapropriação sancionatória*, executada sob esse fundamento, refoge à regra de indenização prévia e justa em dinheiro, indissociável da *desapropriação ordinatória*, regra excepcional esta do art. 5.º, XXIV, por sinal, *reiterada* no art. 182, § 3.º, da Constituição, facilitando-se, assim, ao Poder Público Municipal que a aplicar, indenizar o proprietário com títulos da dívida pública, de edição previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (CF, art. 182, § 4.º, III).

150.6.6. Desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social

Do mesmo modo, o *imóvel rural* que não esteja cumprindo a sua *função social* poderá ser *desapropriado por interesse social* para fins de *reforma agrária* (CF, art. 184, *caput*). Trata-se de outra *intervenção sancionatória sui generis*, uma vez que poderá ser executada, em parte, discricionariamente pela União, podendo considerar, além da infração ao princípio da função social da propriedade, outras razões de conveniência e de oportunidade casuísticas, contidas no conceito de *interesse social*, para decidir aplicá-la ou não.

Essa *aplicação sancionatória*, que é privativa da União, se executa através de decreto que declare o imóvel de *interesse social* para fins de reforma agrária e autorize a propositura de ação de desapropriação, no qual que se discutirá apenas o *valor* da indenização (CF, art. 184, § 2.º), devendo ser computadas as benfeitorias úteis e necessárias, a serem indenizadas em dinheiro (CF, art. 184, § 1.º).

A Constituição considera *satisfeita a função social da propriedade rural* quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei (art. 185, parágrafo único), aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das relações que regulam as relações de trabalho; e IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (CF, art. 186).

Desatendido, que seja, *qualquer* desses critérios, a *contrario sensu*, caracteriza-se o *descumprimento da função social*, ensejando a aplicação da *desapropriação sancionatória*, salvo em se tratando de *pequena e média propriedade rural*, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra ou que a propriedade seja *produtiva* (CF, art. 185).

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, mesmo que esteja prevista em políticas e planos agrícolas e fundiários, dada sua excepcionalidade, só poderá ser aplicada como *sanção* ao descumprimento do princípio da função social da propriedade rural e desde que observados os requisitos pertinentes.

150.6.7. Defesa do consumidor

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição (art. 1.º, III), se desdobra e se expressa no campo econômico com o *princípio geral da defesa do consumidor* (art. 170, V), reiterando, como linha de atuação do Estado nessa matéria fronteiriça entre o direito público e o privado, o que também nela se explicita como *direito fundamental* (art. 5.º, XXXII), como *direito do contribuinte* (art. 150, § 5.º) e como *direito do usuário de serviços públicos* (art. 175, parágrafo único, II).

A expressão abreviada, embora já de corrente emprego – *defesa do consumidor* – não se deve prestar ao equívoco de caracterizar como *normalmente litigiosas* as relações entre produtores e consumidores.

Inexiste aí qualquer *preconceito* contra o produtor, enquanto agente voluntário do mercado, ainda porque, nas relações de livre mercado, toda a sociedade é simultaneamente produtora e consumidora de bens e de serviços no mais amplo sentido; equívoco dessa ordem poderia repercutir em distorções do papel do Estado, que seria levado a ultrapassar os lindes da razoável prevenção e da repressão do *abuso*, para exasperar sem causa os interesses do consumidor, enquanto o princípio constitucional não se destina a privilegiar, mas a *proteger* seus interesses legítimos.

O *interesse público* – que se manifesta na busca do *justo equilíbrio das relações de consumo* – traduz-se não só no apoio ao consumidor nas relações contratuais, no campo civil e comercial, como pelo cometimento, ao Estado, de múltiplas atribuições administrativas de ordenamento econômico, coadjuvadas, por vezes, com prescrições de diversa natureza.

Combina-se, portanto, nesse complexo operacional da *defesa do consumidor*, preceitos de Direito Civil, Comercial, Penal, Processual Civil e Administrativo, este conformando grande parte de seu instrumental jurídico, com o propósito comum de preservar a higidez, o equilíbrio e a confiabilidade do mercado em tudo o que se refere às relações entre os que oferecem bens e serviços, públicos ou privados, e o consumidor, como destinatário final dos processos econômicos.

A legislação infraconstitucional é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) que, no que aqui particularmente interessa, contém as *normas gerais nacionais administrativas* e *normas específicas federais administrativas* que instituem e organizam esse complexo operacional da defesa do consumidor.

O referido Código relaciona (art. 6.º), em lista aberta (art. 7.º), os direitos básicos do consumidor, a partir dos quais organiza o sistema preceitual e sancionatório, com normas administrativas de ordenamento econômico, de polícia e de fomento público.

Especificamente, no que toca ao *ordenamento econômico*, está prevista a *intervenção administrativa* (art. 56, XI), atendido ao que se preceitua quanto aos pressupostos de sua aplicação: “sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão de atividade” (art. 59, § 2.º), o que introduz, no instituto da *sanção de polícia*, que deve ser sempre *vinculada*, uma inopinada apreciação de *conveniência* e de *oportunidade*, o que equivale a instituir, por via infraconstitucional, uma modalidade de *intervenção sancionatória discricionária* em atividades econômicas.

É evidente que essa modalidade intervativa inovada pelo legislador ordinário, exorbita claramente das categorias constitucionais admitidas. O princípio constitucional do art. 170, V, embora possa ser suficiente fundamento para uma *atuação de polícia* necessariamente vinculada, não suporta, porém, qualquer desdobramento de caráter *interventivo*, muito menos *discricionário*, ainda porque, como já insistentemente repisado, sem exceção possível, as modalidades de *intervenção econômica* necessitam de *expressa previsão constitucional*, não existindo espaço, em uma sistemática constitucional que se funda nos princípios da *democracia econômica*, para se admitir a existência de poderes *implícitos* e, muito menos, *discricionários*, de intervenção econômica.

Em outros termos, como *sanção* a violações de direitos do consumidor, União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão aplicar *de forma coordenada*, mas sem qualquer restrição às suas respectivas autonomias federativas, as *sanções de polícia* de sua competência, independentemente da relação *exemplificativa* consolidada nos incisos do art. 56 do Código, jamais, porém, a equívoca modalidade de intervenção administrativa, que se prevê no seu inciso XI.

Na hipótese de o abuso transcender o interesse, mais restrito, da proteção do consumidor singularmente considerado, e repercutir amplamente na ordem econômica e financeira do País, vulnerando a *economia popular*, competirá apenas à União *intervir e aplicar sanções* nos termos do estrito rol das categorias admitidas constitucionalmente e acima estudadas (CF, art. 173, §§ 4.º e 5.º) (v. quadro XXVI).

QUADRO XXVI – ORDENAMENTO ECONÔMICO

ORDENAMENTO ECONÔMICO	1. Regimes Especiais	1. Recursos minerais 2. Potenciais de energia hidráulica 3. Floresta 4. Caça 5. Pesca 6. Propriedade intelectual 7. Regime econômico de estrangeiros
	2. Ordenamento Financeiro	1. Moeda, crédito e câmbio 2. Regime de capitais 3. Seguros privados
	3. Intervenção Econômica	1. Intervenção regulatória 2. Intervenção concorrencial 3. Intervenção monopolista 4. Intervenção sancionatória

151. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO ORDENAMENTO SOCIAL

151.1. Ordem social

Para atender plenamente aos ideais do Estado Democrático de Direito, não mais basta ao Poder Público instituir os condicionantes de um *ordenamento* voltado ao *progresso econômico* das sociedades contemporâneas, estendendo-se, ainda, sobre certos *setores sensíveis de seus relacionamentos não econômicos* para imprimir-lhes, com o mesmo sentido construtivo, uma *ordem* dirigida à elevada finalidade de *dignificar a pessoa humana*, como valor cardeal e megaprincípio do Direito, para proteger seus legítimos valores culturais.

Nesta linha, a Constituição de 1988 dispõe, em extenso Título (VIII), a respeito desses específicos setores e de instrumentos interventivos voltados ao *progresso social*, que compreendem: a *segurança social*, a *saúde*, a *previdência social*, a *assistência social*, a *educação*, a *cultura*, o *desporto*, a *ciência*, a *tecnologia*, a *comunicação social*, o *meio ambiente*, a *família*, a *criança*, o *adolescente*, o *idoso* e o *índio*, complementados com normas esparsas no Título das Disposições Constitucionais Gerais (IX).

É, pois, dessa importante *função administrativa de ordenamento social*, que se tratará neste Capítulo, cabendo, todavia, iniciar-se com um esclarecimento metodológico, à semelhança do que se apresentou no anterior, dedicado ao *ordenamento econômico*. Neste, como no anterior, cumpre distinguir entre duas categorias de ordenamentos: o *privado* e o *público*.

No *ordenamento privado que se impõe às sociedades*, as normas amadurecem espontaneamente, consensualmente dispostas, embora possam se estratificar, algumas delas, em específicas legislações ou na jurisprudência de tribunais, conforme a tradição jurídica dos povos. Distintamente, no *ordenamento público das sociedades*, existem normas estatais que incidem sobre certas relações e situações em relação às quais se comete ao Poder Público o desempenho de um papel tutelar, operativo, direto e imediato, com a finalidade de *promover a preservação e a sustentação de valores e de interesses superiores da convivência civilizada*.

Assim, parte da legislação existente sobre muitos desses temas sociais, se situa, preponderantemente, na órbita privada, ou seja, rege inúmeras relações jurídicas de *coordenação*, nas quais o Estado ou seus delegados não são ordinariamente partes, enquanto investidos da missão constitucional de executores de interesses sociais. Assim é que, em regra, no *ordenamento civil da família e das sucessões*, no das *obrigações* e no das *coisas*, não se cuida de um regramento de *atividades diretas* a cargo do Estado, que interfiram nessas relações privadas, ressalvadas as situações contenciosas, hipóteses em que lhe caberá intervir, sob provocação, por seu ramo Judiciário. O ordenamento civil das *sucessões*, de modo particular, envolve inúmeras relações jurídicas públicas em que se prevê uma atuação materialmente administrativa do Estado um pouco mais extensa, exercida pela *jurisdição graciosa* do Poder Judiciário e regulada pelo Processo Civil, portanto, fora da órbita do

Direito Administrativo.

Contudo, os ordenamentos da *infância e da juventude* e o *comercial* são ramificações do *ordenamento civil* que apresentam um maior número de pontos de aproximação com a atividade administrativa pública, existindo, até mesmo, diversos institutos que *relacionam direta e imediatamente a Administração Pública*, como, por exemplo, na disciplina do *pátrio poder*, do *menor abandonado*, da *assistência e proteção a menores*, da autoridade do *capitão de navio* ou de *aeronave*, da *regulamentação das juntas comerciais* e em tantos outros exemplos, facilmente identificáveis ao se perlongar as ramificações privatistas.

Finalmente, em outros e distintos setores, o Estado impõe um *ordenamento social* de caráter preponderantemente *administrativo*, sendo, portanto, estes, os que a seguir são estudados, situando-se, preponderantemente, quando não exclusivamente, na órbita *pública* de ação do Estado, ou seja: regendo *relações jurídicas de subordinação*, em que o Poder Público é necessariamente parte, diretamente ou por seus delegados. Neles se incluem distintos *ordenamentos setoriais*, tais como: os do *meio ambiente*, da *educação*, do *trabalho*, da *assistência social*, da *previdência social*, da *saúde*, do *urbanismo* e outros mais, que, em conjunto, conformam o campo do *ordenamento social público*.

151.2. Conceito administrativo de função de ordenamento social

Conceitua-se o *ordenamento social* como a função administrativa que disciplina relações jurídicas não econômicas, com a finalidade de resguardar a dignidade da pessoa humana, ao assegurar seus valores culturais e qualidade da vida, voltada à realização concreta, direta e imediata, através de ações de proteção e de prestação, de princípios constitucionais específicos.

Para a execução do *ordenamento social*, a Administração exerce um conjunto de atribuições regulatórias, prestacionais, fiscalizatórias e sancionatórias, distribuídas por esses setores, constitucionalmente previstas, exercidas através de órgãos especificamente criados para tais fins.

Considerada sob enfoque sociológico, esta função administrativa de ordenamento social é bem mais extensa e de efeitos mais intensos do que a desempenhada no exercício da função administrativa de polícia, pois, enquanto, com esta atividade, a Administração procura apenas harmonizar a convivência pela contenção da realização do interesse individual em nível coletivamente aceitável, distinta e ampliadamente, ao atuar no desempenho do ordenamento social propõe-se o Estado a ir mais longe, buscando alcançar o coletivamente desejável, através de preceitos e de ações voltados à preservação da dignidade humana e dos seus valores culturais, em sociedades sempre ameaçadas por injustiças sociais, egoísmo e ignorância.

Assim, se na função de polícia o Estado exerce o mínimo de coerção necessário para a sociedade desfrutar de uma ordem social segura, sadia, decorosa e estética; na função de ordenamento social, as exigências se dirigem a condicionar e orientar a sociedade para lograr um contínuo aperfeiçoamento de relações mais sensíveis, através de uma atuação regrada, fundada em seus próprios valores culturais, democraticamente recolhidos, e com a finalidade última de garantir a dignidade da pessoa humana.

Portanto, enquanto a função de polícia se exerce, indiferentemente, sobre qualquer

atividade em que haja risco ou violação da *ordem pública*, a função de ordenamento social se volta basicamente à busca da excelência nas *atividades não econômicas*, embora possam manifestar-se inter-relacionadas com os demais campos e setores de atuação do Direito Administrativo, pois quaisquer prestações, sejam elas privadas ou públicas, apresentam aspectos relevantes tanto econômicos como de segurança.

Ambos, todavia, como se expôs – o *ordenamento econômico* e o *ordenamento social* – são *atividades excepcionadoras da ordem espontânea da sociedade* e, assim, por não serem imprescindíveis à sua existência nem à do Estado, será sempre necessário que suas normas tenham *assento constitucional* e que sejam *interpretadas restritivamente*.

Pelas mesmas razões, distintamente da *função de polícia*, que admite *discricionariedade* de atuação, a de *ordenamento social* é sempre vinculada, não se justificando, no Estado Democrático de Direito, o emprego da *discricionariedade* em se tratando de *intervenção do Poder Público na ordem social*.

Na disposição geral da *ordem social*, que abre o Título VIII, a ela dedicada, o constituinte de 1988 tomou como *base o primado do trabalho e, como finalidades, o bem-estar e a justiça sociais* (CF, art. 193), expressões estas de conteúdo demasiadamente amplo e vago para permitir uma aplicação jurídica rigorosa, como pretendida, mormente se for invasiva das liberdades, direitos e garantias individuais, daí a necessidade de rígidas *concretizações sucessivas*, que são as que se dedicam todos os demais dispositivos do referido Título (CF, arts. 194 a 231).

É, pois, a partir dessas normas constitucionais que se define a *função administrativa de ordenamento social*, cujo estudo será dividido, para maior clareza metódica da exposição didática, em dois campos, com características bem distintas: (1) o *ordenamento social* referido à *pessoa humana*, inserido no ramo disciplinar que se convencionou chamar de *Direito Administrativo Social*, ou, apenas, *Direito Social*, embora com criticável redundância, e (2) o *ordenamento social* referido à *disciplina do meio ambiente*, que é o ramo disciplinar mais recentemente desenvolvido, do *Direito Administrativo Ambiental*, mais resumidamente, *Direito Ambiental* ou, também, *Direito do Ambiente*.

O campo do *Direito Administrativo Social*, que será estudado na primeira Seção deste Capítulo, está diretamente referido ao *bem-estar humano* e compreende ramificações que assumem superlativa importância no Estado contemporâneo, como o são: a *educação*, o *trabalho*, a *segurança social* e a *saúde*.

O campo do *Direito Administrativo Ambiental*, sobre o qual se dissertará nas Seções seguintes deste Capítulo, está indiretamente referido ao *bem-estar humano*, compreendendo, suas distintas ramificações: o *Direito Ecológico* e o *Direito Urbanístico*.

Seção I **O HOMEM – DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL**

O Direito Administrativo da Educação abrange três classes de atividades: a de *policia*, a de *ordenamento social* e a de *fomento público* da educação, identificadas na Constituição Federal e no conjunto de leis infraconstitucionais sobre educação e ensino.

A Constituição, na linha do princípio geral da liberdade de conhecimento e comunicação (art. 5.º, IX), assegura o princípio setorial da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a arte e o saber (art. 206, II), acrescentando o do pluralismo democrático (art. 206, III), tanto das ideias como das instituições que se voltam a essas atividades, como misteres humanos da mais alta transcendência.

As liberdades asseguradas na Carta Política não são, contudo, absolutas: o ensino é livre, desde que atendidas condições legais estabelecidas pelas funções de *policia* e de *ordenamento social*, o que representa, em conjunto, o cumprimento de normas gerais para a educação nacional, estabelecidas em lei, que prescrevem as necessárias autorização e avaliação da qualidade do ensino pelo Poder Público (CF, art. 209, I e II).

Educação e ensino, como utilizados pela legislação, são conceitos distintos: a educação é gênero do qual o ensino é espécie. A educação visa ao homem como um todo, considerado o seu aperfeiçoamento físico, intelectual e moral, enquanto que o ensino visa, especificamente, à transmissão do conhecimento.

152.1. Competência

A competência para legislar sobre educação está, por duas vezes, explícita no texto constitucional: na competência privativa da União, para estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV) e na competência concorrente sobre educação, cultura, ensino e desporto (CF, art. 24, IX), e, ainda mais uma vez, implícita na competência municipal (CF, art. 30, II).

Não obstante sejam admitidas redundância e deficiências técnicas nesses dispositivos, reconhece-se, na União, a competência privativa para instituir normas gerais sobre educação (que são suas diretrizes e bases, tradicionalmente presentes com essa designação nas Cartas republicanas) e, mais, sobre cultura, ensino e desportos, e nos Estados-membros e Distrito Federal, a competência complementar, para legislar sobre normas específicas, quando existirem normas gerais (CF, art. 24, § 1.º); a competência suplementar, para legislar adicionalmente sobre as normas gerais existentes (CF, art. 24, § 2.º); bem como, em tese, ainda, uma competência plena (somente exercitável se inexistisse lei federal sobre normas gerais), para legislar sobre todas essas matérias, desde que restritas às suas peculiaridades.

A competência implícita dos Municípios também tem natureza suplementar da legislação federal e da estadual, embora, sob a cláusula constitucional de ser editada *no que couber*, o que a limita aos assuntos de interesse local, pois não seria lógico que sua competência privativa e típica se limitasse a esses temas e a suplementar não estivesse, do mesmo modo, adstrita ao âmbito dos interesses locais (CF, art. 30, I e II).

Apenas desses textos já se depreenderia a necessidade de cooperação no plano administrativo entre todas as unidades da Federação, com o objetivo de estabelecer um sistema de ensino de âmbito nacional coerente e eficiente, mas o legislador constitucional sobeja ao insistir na

“colaboração” (leia-se *cooperação*) entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para organizarem seus sistemas de ensino (CF, art. 211, *caput*).

Esse sistema nacional se desenha nos quatro parágrafos do mesmo art. 211 da Constituição, que definem as *características básicas* dos sistemas federal, estaduais, distrital federal e municipais. Para a União, uma função redistributiva e a obrigação de manter as instituições de ensino públicas federais; para os Municípios, uma atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil e, para os Estados e Distrito Federal, uma atuação prioritária no ensino fundamental e médio.

152.2. Princípios constitucionais do ensino

São *princípios constitucionais do ensino* (CF, art. 206) os seguintes:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI – gestão democrática do ensino público na forma da lei;
- VII – garantia de padrão de qualidade.
- VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O ensino será *ministrado* ou *diretamente pelo Estado*, e, neste caso, no desempenho de uma especialíssima atividade de *fomento público* (e não mais de simples *ordenamento social*), ou *ministrado* pela *iniciativa particular*, que, neste caso, se sujeita a um específico *ordenamento socioeducacional*.

152.3. Sistema infraconstitucional

Na legislação infraconstitucional, rege o ensino, no Brasil, a *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* (Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996), promulgada depois de oito anos de tramitação no Congresso Nacional, com paradigmas inovadores para a educação, que, juntamente com os aportes da Lei n.º 9.131, de 24 de novembro de 1995, da Emenda

Constitucional n.º 14, de 12 de setembro de 1996, da Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996, constituem os diplomas instituidores das políticas públicas nacionais da educação.

A *Lei de Diretrizes e Bases* dá ênfase à flexibilidade do sistema educacional, cria instrumentos institucionais de avaliação em todos os níveis de ensino, e organiza a educação escolar, dispondo sobre níveis e modalidades.

Os níveis são: a *educação básica*, compreendendo a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, e a *educação superior*, nela incluídas as graduações, pós-graduações e os cursos sequenciais. Para ambos os níveis, estão definidos 200 dias letivos por ano.

As modalidades são: a *educação de jovens e adultos*, a *educação profissional*, a *educação especial* e a *educação a distância*, destinando-se a atender às diversas necessidades educacionais, nos diferentes níveis de ensino.

Dentre os aspectos inovadores a que se fez menção, a disciplina nacional da educação desvinculou a obrigação de escolaridade da tradicional faixa etária de 7 a 14 anos, incluindo os jovens que não tiveram acesso ao ensino na idade própria; realizou a cisão definitiva do antigo segundo grau em *ensino médio* e *educação profissional*; introduziu a progressiva extensão da obrigatoriedade e da gratuidade ao ensino médio; e instituiu o tratamento especial da *educação especial* e da *educação a distância* como novas modalidades.

O *Plano Nacional de Educação*, previsto no art. 214 da Constituição, que é o mais importante documento executivo do sistema nacional, objetiva a fixação de metas quantitativas, a serem alcançadas num período de dez anos. Duas vertentes cobram especial importância nesse período: a da *avaliação externa dos diversos níveis de ensino* e a da *reforma do ensino superior*.

A *avaliação externa* é o meio de aferição da *qualidade do ensino*, que se faz por exames e amostragens, coordenados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP: 1.º – o *exame nacional de curso* é o instrumento utilizado, aplicado anualmente a estudantes universitários concluintes de cursos escolhidos para participarem desse certame voltado a gerar a pontuação das instituições de ensino superior; 2.º – o *exame nacional de ensino médio* (ENEM), aplicado por inscrição voluntária, para certificar competências adquiridas por egressos do ensino médio, podendo ser empregado como uma alternativa aos exames vestibulares; 3.º – o *sistema de avaliação da educação básica* (SAEB), que é feito por amostragem, destinado a constituir um banco de dados sobre a educação brasileira e seus diversos componentes e variáveis educacionais, físicas e sociais.

Quanto ao *ensino superior*, as *universidades*, que se constituem pela reunião de cinco ou mais estabelecimentos de ensino superior ou pela existência dos institutos básicos, gozam de *autonomia didática, científica, financeira e administrativa*, incluída a *disciplinar*, na forma estabelecida em seus estatutos.

A s *universidades oficiais* constituir-se-ão sob a forma de autarquias ou fundações públicas, e as *particulares* serão mantidas por fundações ou associações.

Os *diplomas* necessários ao exercício de *profissões liberais* ou para provimento em cargos públicos estão sujeitos a um *registro* no Ministério da Educação e Cultura, sem prejuízo de

exames de suficiência ou de habilitação profissional e de outras exigências legalmente impostas, perante os respectivos órgãos corporativos de fiscalização e disciplina.

A frequência obedece a disposições cogentes para o grau médio e superior, sendo que, para este grau, há também remissão aos regulamentos universitários próprios, tudo sob sanções específicas.

A reforma universitária instituída pelo Decreto-lei n.º 53, de 18 de novembro de 1966, regida, posteriormente, pela Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, e integrada pela Lei n.º 9.515, de 20 de novembro de 1997, no que toca à admissão de profissionais estrangeiros para o ensino e a pesquisa, procedeu a uma profunda alteração de estrutura e métodos de funcionamento, baseada nos seguintes princípios (art. 2.º):

- I – cada unidade universitária – Faculdade, Escola ou Instituto – será definida como órgão simultaneamente de ensino e pesquisa em seu campo de estudo;
- II – o ensino e pesquisa básicos serão concentrados em unidades (Departamentos) que formarão um sistema comum para toda a universidade;
- III – o ensino de formação profissional e a pesquisa aplicada serão feitos em unidades próprias, sendo uma para cada área ou conjunto de áreas profissionais afins, incluídas no plano da Universidade;
- IV – o ensino e a pesquisa desenvolver-se-ão mediante a cooperação das unidades responsáveis pelos estudos envolvidos em cada curso ou projeto de pesquisa; e
- V – as atividades previstas no item anterior serão supervisionadas por órgãos centrais para o ensino e a pesquisa, situados na administração superior da Universidade.

A reestruturação, segundo esses princípios, é cogente para as universidades federais, valendo, para as demais, como normas programáticas, sendo que, as que as instituições que desde logo as adotarem, terão preferência na concessão de subvenções e auxílios federais à educação

Nos estabelecimentos de ensino superior, o corpo discente terá representação com direito a voz e voto nos colegiados e a faculdade de organizarem-se em diretório, com o objetivo precípua de estreitar a cooperação entre administradores, professores e alunos nos trabalhos universitários, além de outras atribuições, que lhes forem fixadas na forma dos estatutos e regimentos respectivos, entre as quais as de desenvolvimento cultural, cívico e desportivo, em paralelo aos estudos.

O ensino superior passa, ainda, por mudanças estruturais, pois, além das universidades e dos centros federais de educação tecnológica, coexistem outras formas de educação superior, que são os centros universitários, os institutos superiores de educação, as faculdades, as faculdades integradas e, ainda, as universidades especializadas.

O ordenamento social da educação abrange, ainda, o importante campo da pós-graduação, imprescindível para a criação de uma avançada mentalidade científica e de um corpo de

pesquisadores, capazes de impulsionar o Conhecimento e dar autonomia aos processos de desenvolvimento nacional, articulando-se com um *sistema de fomento educacional* próprio, que será objeto de exame no Capítulo seguinte, dedicado ao Fomento Público, conjuntamente com as demais modalidades afins e nele incluídas, como o *sistema de financiamento à educação*, reinstituído pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12 de setembro de 1996.

153. ORDENAMENTO SOCIAL DO TRABALHO

153.1. Noções gerais sobre o Direito Administrativo do Trabalho

O *Direito Administrativo do Trabalho* conforma um sub-ramo didático do Direito Administrativo, abrangendo as *relações administrativas de subordinação* que se instituem, de um lado, entre *empregados* e o Estado e, de outro, entre *empregadores* e o Estado, visando à execução da *função administrativa de ordenamento social*, executora dos *princípios e normas administrativas* que regem o trabalho.

Distingue-se, portanto, este sub-ramo, do *Direito do Trabalho*, o ramo jurídico pleno, cuja autonomia científica deriva de *princípios próprios*, para reger as *relações trabalhistas* que se constituem entre *empregados* e *empregadores*.

São também incluídas no âmbito do *Direito Administrativo do Trabalho* as peculiaridades específicas das *relações trabalhistas* que se travam entre *empregados públicos* e o Estado, no caso, como *empregador*, sendo todas de assento constitucional.

Historicamente, se tem observado que as *prescrições jusadministrativas do trabalho* se originaram e se desenvolveram *pari passu* com as prescrições puramente *juslaborais*, principalmente no campo impositivo da *pólicia*, como se apreciará adiante, pois, tão logo promulgadas as primeiras *leis de proteção ao trabalho*, surgiu a preocupação com a imposição do efetivo cumprimento dessas prescrições administrativas.

Além dos princípios gerais estudados, o *Direito Administrativo do Trabalho*, como esgalhamento do *Direito Administrativo* e, assim, complementar ao *Direito do Trabalho*, além de sua destinação específica, se encontrará, por vezes, informado, secundária e setorialmente, por alguns dos *princípios trabalhistas*, tais como: o princípio da *norma favorável*, o da *condição mais benéfica ao trabalhador*, o da *irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador*, o das *presunções favoráveis ao trabalhador*, o da *liberdade sindical*, o da *igualdade salarial* e o da *liberdade de trabalho*.

153.2. Conteúdo e competência legislativa

O *Direito Administrativo do Trabalho* contém princípios e normas destinadas a reger três tipos de atividades administrativas do Estado: a *regulatória*, a *fiscalizatória* e a *sancionatória*, contendo prescrições mistas, de *pólicia*, de *ordenamento social* e de *fomento público*.

A competência para legislar sobre o Direito Administrativo do Trabalho está implícita na competência constitucional da União para legislar privativamente sobre *Direito do Trabalho* (art. 22, I), e, ainda, sobre *seguridade social* (art. 22, XXIII) e sobre o *sistema nacional de emprego*.

(art. 22, XVI).

Consequências específicas decorrem, ainda, de determinados dispositivos constitucionais que atribuem competência à *União* para *organizar e manter serviços oficiais de estatística* (art. 21, XV) e, notadamente, para *organizar, manter e executar a inspeção do trabalho* (art. 21, XXIV).

Há consenso quanto ao Direito Administrativo do Trabalho absorver também, em seu âmbito, como acima indicado, a orientação dos princípios e das regras que regem a *relação trabalhista peculiar que se estabelece entre o empregado público e o Estado*, diretamente ou por qualquer de seus desdobramentos de direito público, enquanto *Administração empregadora*.

A adoção do *regime laboral comum*, para a admissão de pessoal do serviço público, é optativa para as pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito público, salvo nas hipóteses em que o regime estatutário é mandatório, seja por norma constitucional ou legal. Na União, a Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, disciplina o *regime de emprego público* do pessoal da Administração Federal direta e autárquica, incluídas as fundações com personalidade jurídica de direito público.

Se as personificações administrativas forem de *direito privado*, como no caso das *empresas públicas*, das *sociedades de economia mista* e das suas *subsidiárias* e das *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*, não haverá opção, e o *regime trabalhista comum* será o obrigatório.

153.3. Instituições administrativas do trabalho

As *Normas Gerais de Tutela do Trabalho*, que conformam o Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 13 a 201), contém inúmeras prescrições dirigidas ora ao empregador, ora ao empregado, ora a ambos, relativamente à *identificação profissional* (Capítulo I), tais como a *carteira de trabalho* e o *livro de registro de empregados*; à *duração do trabalho* (Capítulo II), como o *quadro de trabalho*; à *concessão de férias*, e à *segurança e saúde do trabalhador* (Capítulo V), que se desdobram em *ordens de polícia* restritivas e condicionantes referidas aos ambientes e equipamentos de trabalho, todas demandando extensa atividade administrativa do Estado, editando modalidades de *consentimentos de polícia*, exigindo sempre uma específica *fiscalização de polícia* e, por vezes, a aplicação de *sanções de polícia*.

Do mesmo modo, as *Normas Especiais de Tutela do Trabalho*, que conformam o Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 224 a 441), contém prescrições dirigidas especificamente sobre *duração e condições de trabalho especiais para certos empregados* (Capítulo I); sobre *nacionalização do trabalho* (Capítulo II); sobre *proteção do trabalho da mulher e à maternidade* (Capítulo III), e sobre *proteção do trabalho do menor* (Capítulo IV).

A *segurança e saúde do trabalhador* são garantidas como *direito social* (art. 7.º, XXII), e estão destacadamente tuteladas por legislação extravagante, como são exemplos a Lei n.º 5.280, de 27 de abril de 1967, que proíbe a entrada no País de máquinas e maquinismos sem dispositivos de proteção e segurança do trabalho e a Lei n.º 9.055, de 1.º de junho de 1995, que disciplina aspectos do trabalho envolvendo o asbesto-amianto e outras fibras artificiais utilizadas para o mesmo fim. Até mesmo a legislação protetora de *caráter sanitário*,

instituída por *Estados e Municípios*, deve concorrer para aprimorar as condições de segurança e de saúde do trabalhador, por força da remissão expressa contida no art. 154 da Consolidação das Leis do Trabalho.

As *sanções* são, preferentemente, entre outras, a *multa* e a *interdição de atividade ou de local*, todas de natureza executória, ou seja, dispensando prévio acertamento de legalidade ante o Poder Judiciário, podendo ser aplicadas pela Administração Pública até as últimas consequências, mesmo com o emprego da força, exceto no caso de cobrança de multas, que necessitarão ser inscritas e executadas judicialmente, como dívida ativa da União.

Quanto à parte processual, a Consolidação das Leis do Trabalho dedica um Título específico (Título VII) a essas atividades administrativas de fiscalização, autuação e imposição de multas (Capítulo I), de interposição e processamento de recursos administrativos (Capítulo II) e de depósito, inscrição e cobrança de multas ou outras penalidades em dinheiro (Capítulo III).

Para dar suporte às atuações administrativas, o legislador instituiu outro livro registrário, de posse e exibição obrigatórias, denominado "*Inspeção do Trabalho*", em que o agente administrativo, no exercício da fiscalização do trabalho, lançará os dados relativos à sua visita ao estabelecimento e o resultado da inspeção realizada (art. 628, CLT).

O *ordenamento social do trabalho* contém princípios e normas impositivos de uma disciplina pública destinada a reger as *atividades administrativas do Estado* de caráter substitutivo às da ordem espontânea da sociedade no campo laboral, instituídas em benefício do trabalhador.

Essa atuação envolve, genericamente, os sistemas administrativos compulsórios específicos de *segurança social*, criados em complemento aos sistemas compulsórios gerais da *saúde*, da *previdência* e da *assistência social* (como no Título VIII, Capítulo II, Seções II, III e IV da Constituição).

Distinguem-se os seguintes *sistemas complementares de ordenamento social do trabalho*: 1 – o *Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Sistema PIS-PASEP)*; 2 – o *Programa de Seguro Desemprego*; 3 – o *Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)*, e 4 – o *Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS)*.

1 – O *Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Sistema PIS-PASEP)*, instituído pelas Leis Complementares n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e n.º 8, de 3 de dezembro de 1970, surgiu como uma modalidade de integração social através da criação de um *fundo de participação*, criado pela Lei Complementar n.º 26, de 11 de setembro de 1975.

O subsistema do PIS se aplica ao setor privado do trabalho e o subsistema do PASEP, ao serviço público; ambos unificados como um só *sistema administrativo*, sujeito às mesmas regras, sob a denominação PIS-PASEP, na referida Lei Complementar.

O PIS se caracteriza por um *fundo de participação* resultante de depósitos compulsórios efetuados pelas empresas empregadoras na Caixa Econômica Federal, entidade que funciona como órgão delegado executor do programa, constituído por duas parcelas: a

primeira, mediante dedução do imposto de renda devido pela empresa, e a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento.

A Caixa Econômica Federal, como instituição gestora, abre, em nome de cada empregado, uma conta de participação, movimentável na forma da lei, constituindo-se as importâncias creditadas o patrimônio do trabalhador, inalienável e impenhorável.

Como se vê, trata-se de *ordenamento social do trabalho* de perfil muito simples: a Administração Pública Federal recebe da empresa, entra com recursos próprios, movimenta o fundo para gerar renda, capitaliza-o e reparte o resultado entre os trabalhadores.

O PASEP, à semelhança do PIS, se caracteriza pela formação de um *fundo de participação* constituído por recursos de entidades da Administração Direta e Indireta, distribuídos aos servidores públicos, em contas individuais, com base na sua remuneração anual e nos anos de serviço.

2 – O *Programa de Seguro-Desemprego* foi criado pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, com a finalidade de prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e auxiliar os trabalhadores na busca de emprego, através de ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

A assistência financeira designada como *benefício*, será concedida em três faixas salariais e por um período de quatro meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo de dezesseis meses, contados da data de dispensa que deu origem à primeira habilitação.

3 – O *Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT* foi instituído pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, com cinco alterações sucessivas, para custear o *Programa de Seguro Desemprego* e o pagamento do *abono salarial*, criado pela primeira Lei mencionada (art. 9.º), bem como ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

Trata-se de um fundo contábil de natureza financeira constituído pelo produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao PASEP, o produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da inobservância de suas obrigações, a correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do Fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos e pelo produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o § 4.º do art. 239 da Constituição Federal.

4 – O *Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS*, hoje constitucionalizado como um direito social do trabalhador, no art. 7.º, II, como alternativa à estabilidade no emprego, foi instituído pela Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, revogada pela Lei n.º 7.839, de 12 de outubro de 1989, e está regido atualmente pela Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, que já conta com quatorze alterações. É um *fundo bancário* formado pelo empregador, mediante depósito em conta vinculada em nome do empregado, como poupança compulsória, absolutamente inalienável, que poderá ser por este movimentada apenas nos

casos previstos em lei.

153.4. Competência administrativa federal

Assim como a competência *legislativa* do trabalho é federal (CF, art. 22, I), também o é a *executiva*, em matéria de *administração* do trabalho, explicitada no art. 21, XXIV, da Constituição, nos seguintes termos: “organizar, executar e manter a inspeção do trabalho”.

No âmbito da administração pública federal, essa competência está cometida ao *Ministério do Trabalho*, como se dispõe no art. 14, XIX, da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. O mencionado inciso se subdivide em sete alíneas, das quais se destacam as seguintes competências em matéria de administração laboral: *política nacional de emprego e mercado de trabalho; trabalho e sua fiscalização; política salarial; formação e desenvolvimento profissional; relações de trabalho; segurança e saúde no trabalho e política de imigração*.

Destaque-se no elenco a *fiscalização do trabalho*, que pode ser tomada em sinônima com a expressão preferida pelo legislador constitucional *inspeção do trabalho* (art. 21, XXIV). A *Inspeção do Trabalho* é um setor da atividade administrativa do Ministério do Trabalho, que atua em amplo espectro e sujeito a extensa normatividade secundária, sobressaindo o Decreto n.º 4.552, de 17 de dezembro de 2002, que aprova o *Regulamento da Inspeção do Trabalho*.

A atividade administrativa de Inspeção do Trabalho recebeu, com a Lei n.º 7.855, de 24 de outubro de 1989, um “*Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho*”, destinado a promover e desenvolver as atividades de inspeção das normas de *proteção, segurança e medicina do trabalho*, cometendo ao Ministro da Pasta estabelecer os princípios norteadores do Programa, que terá como objetivo principal “assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador e os direitos dele decorrentes e, para maior eficiência em sua operacionalização, fará observar o critério de rodízios dos agentes de inspeção do Trabalho na forma prevista no Regulamento da Inspeção do Trabalho” (art. 7.º, § 1.º).

154. ORDENAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

Segundo a definição constitucional, a *seguridade social* compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à *saúde, à previdência e à assistência social*.

O dispositivo constitucional, desde logo, distingue as ações *administrativas*, que se constituem em dever do Poder Público, das ações *privadas*, que são desenvolvidas pela sociedade.

A competência constitucional para legislar sobre seguridade social é privativa da União (art. 22, XXIII), exercida na Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

A atividade administrativa se submete aos seguintes *princípios constitucionais da seguridade social*:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade da distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equanimidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento; e
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, parágrafo único).

O *financiamento* dos serviços e benefícios de seguridade social será feito por *recursos orçamentários* públicos, da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma da lei, e por *contribuições sociais* impostas aos empregadores, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; receita ou faturamento e o lucro; e impostas aos trabalhadores e aos demais segurados da previdência social, e sobre a receita de concursos de prognósticos, podendo, a lei, instituir outras fontes de receita, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios de impostos discriminados na Constituição. O sistema deverá ser autofinanciável, de forma que nenhum benefício ou serviço possa ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º).

O órgão executivo do sistema é o *Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS*, autarquia federal resultante da fusão do antigo Instituto de Administração de Previdência e Assistência Social – IAPAS e do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, determinada na Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990 (art. 17).

Seguem-se, destacadamente, breves apontamentos sobre os três *sistemas específicos* de seguridade social: o da *saúde*, o da *previdência social* e o da *assistência social*.

155. ORDENAMENTO SOCIAL DA SAÚDE

A competência para legislar sobre a *proteção e defesa da saúde* é *concorrente* (CF, art. 24, XII), mas a *atividade administrativa de cuidado à saúde* é de *competência comum* de todos os entes da Federação (CF, art. 23, II).

Para desenvolver essa atividade, as *ações e serviços de saúde* integram um *sistema nacional estruturado hierarquicamente* (o que se constitui numa exceção constitucional ao princípio federativo), regido pelo princípio da *solidariedade social* e submetido às seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única a cada nível de governo (federal, estadual, do Distrito Federal e municipal); II – atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e III – participação da comunidade (art. 198).

O *Sistema Nacional de Saúde*, como, de resto, qualquer um dos três subsistemas da seguridade social, não exclui a *participação privada* na sua modalidade *assistencial* (CF, art. 199, *caput*), embora seja vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções a instituições privadas com fins lucrativos (CF, art. 199, § 2.º), bem como prevê a participação, direta ou indireta, de empresas ou capitais estrangeiros na *assistência à saúde* no País, salvo nos casos previstos em lei (CF, art. 199, § 3.º); um estranho dispositivo xenófobo e anacrônico, possivelmente enxertado por lobismo perverso de cartéis avessos à competição.

Além das *ações assistenciais*, típicas de ordenamento social, prestadas diretamente à população, ao sistema nacional de saúde compete-lhe exercer a *policia sanitária* nos campos farmacêutico, epidemiológico, bromatológico e laboratorial, de produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, como também exercer o *fomento público sanitário* para a formação de recursos humanos na área de *saúde* e para a proteção do meio ambiente diretamente a ela relacionado.

A Constituição de 1988 submeteu à legislação infraconstitucional específica o tratamento jurídico da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de *transplante, pesquisa e tratamento*, bem como a *coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados*, tornando-os, todos, bens *extra commercium*.

O diploma infraconstitucional mais importante no setor administrativo da saúde é a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que institui o *Sistema Único de Saúde – SUS*, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

156. ORDENAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A *previdência social* é outro campo específico da *seguridade social* e, portanto, do *ordenamento social*, que se destina a prover, mediante um *sistema geral de caráter contributivo e filiação obrigatória, a manutenção condigna de trabalhadores e de seus dependentes*, quando esses, por idade avançada, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte, tenham perdido a remuneração laborativa.

A *previdência social* é um direito fundamental de quem trabalha, devendo ser prestada pela União (regime geral) aos trabalhadores em geral e aos seus servidores e pelos Estados e Municípios (regimes especiais) aos seus respectivos servidores, sob a legislação infraconstitucional concorrente da União e dos Estados (CF, art. 24, XII).

O *regime geral*, de competência da União, está disciplinado atualmente na Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.

O *sistema geral da previdência social* constitui-se de órgãos de orientação e controle, integrados na estrutura do Ministério da Previdência e Assistência Social, e de órgãos autônomos de execução.

Nesse sistema geral da previdência distinguem-se as categorias dos *segurados*, aqueles

que, salvo as exceções consignadas, exercem emprego ou qualquer tipo de atividade remunerada, e dos *dependentes*, aqueles que, além dos segurados, possam ser também beneficiários em razão de vínculo civil.

A *inscrição* é a anotação declaratória de direitos de segurados e dependentes, valendo a da carteira profissional e as que o próprio segurado ou, em sua falta, os dependentes, tenham promovido.

As *prestações* tomam o nome de *benefícios*, que, no campo estrito da previdência, são os seguintes: para os *segurados* – o *auxílio-doença*, a *aposentadoria por invalidez*, a *aposentadoria por velhice*, a *aposentadoria especial*, a *aposentadoria por tempo de serviço*, o *auxílio-natalidade*, o *pecúlio* e o *salário-família* – e, para os seus *dependentes* – a *pensão*, o *auxílio-reclusão*, o *auxílio-funeral* e o *pecúlio*.

Alguns destes institutos estão obviamente esclarecidos pela denominação, outros merecem explicação: o *auxílio-doença* segura o contribuinte incapacitado por prazo superior a 15 dias; a *aposentadoria especial* é concedida ao segurado que haja trabalhado em serviços penosos, insalubres ou perigosos assim considerados por decreto; *pecúlio* é a restituição em dobro da importância das contribuições feitas, acrescidas dos juros de 4%, se ocorrer invalidez ou morte dentro de um período de carência; e a *pensão* é atribuída aos dependentes do segurado que faleça após haver recolhido 12 contribuições mensais.

O *custeio*, na forma constitucional, provirá dos segurados, das empresas empregadoras e da União, com pequenas alterações, quando se tratar de *segurado autônomo*. A receita proveniente das pessoas de direito privado e das autarquias empregadoras resulta de *contribuições* especialmente fixadas em lei (Decreto-lei n.º 1.910, de 29 de dezembro de 1981 e Decreto n.º 2.425, de 12 de dezembro de 1997), sendo que a parte da União provirá de receitas diversas, discriminadas no art. 71 da Lei Orgânica da Previdência Social.

Todo o Sistema está sujeito à fiscalização e às sanções de multa, variável de 1 a 10 salários mínimos, do maior valor vigente no País, ou de 10 a 50% do valor do débito, independentemente de ser feita a *inscrição ex officio* das importâncias reputadas em débito e da apenação criminal, por apropriação indébita, dos que não perfizerem, na época própria, o recolhimento das contribuições e de outras importâncias devidas à previdência, efetivamente arrecadadas dos segurados ou do público.

Tanto a *previdência social*, aqui examinada, como a atividade afim da *assistência social*, objeto do item seguinte, conformam um complexo institucional de Ordenamento Social denominado *Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS*, regido basicamente pela Lei n.º 6.439, de 1.º de setembro de 1977.

Para dar apoio administrativo à entidade previdenciária, atua a *Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV*, que faz a análise do sistema, programação e execução de serviços de tratamento da informação, o processamento de dados através da computação eletrônica e o desempenho de outras atividades correlatas de interesse da previdência e da assistência social.

A legislação previdenciária, que importa em extenso ordenamento social administrativo, integra, por sua importância e extensão, um ramo didaticamente destacável do Direito

Administrativo, denominado *Direito Previdenciário*.

Vale lembrar que uma importante medida previdenciária de seguridade social é o *seguro-desemprego*, criado pelo Decreto-lei n.º 2.284, de 28 de fevereiro de 1986, hoje regido pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regulam o *Programa de Seguro Desemprego* e o *Abono Salarial*, instituindo o *Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT*, de profundo alcance humanitário, que veio a ser incluído no rol dos *direitos dos trabalhadores* pela Constituição de 1988 (art. 7.º, II).

157. ORDENAMENTO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A *assistência social*, como modalidade de atuação administrativa incluída na *seguridade social*, se destina ao amparo e à proteção pessoal dos membros da sociedade, em caráter *ocasional*, seja por meio de medidas gerais, ou por prestações individuais, perfazendo-se pela outorga de certos *benefícios assistenciais a pessoas carentes*, entendidas como aquelas que, por força de certas condições, não possam prover o mínimo para se manter com dignidade com seus próprios meios.

Já se vê que a *atividade assistencial*, se bem que muito próxima da *previdenciária*, com ela não se confunde; desde logo, pela importância social relativa de cada uma: enquanto a *previdência* se apresenta como atividade *essencial*, já que representa a *fonte de sustento da coletividade* e é formada pelos respectivos segurados e beneficiários, a *assistência* é atividade *complementar*, destinada a atender a *necessidades secundárias*, que visam notadamente à saúde e ao *mínimo bem-estar das pessoas*.

Até recentemente, as atividades assistenciais da União estavam previstas num só diploma legal e cometidas a uma só agência – o *Instituto Nacional de Previdência Social – INPS* – autarquia federal que reúne atividades das duas espécies. Na verdade, porém, o universo da *assistência social* tem dimensões e características bastante próprias e, algumas, muito antigas, iniciadas como uma expressão da caridade privada, razão pela qual continuam ainda no sistema as Santas Casas e as associações de beneficência de todo o gênero.

Com o desenvolvimento das técnicas modernas de *assistência social*, nenhuma sociedade politicamente organizada pode minimizar sua importância e, sem prejuízo da ação privada, que deve continuar a ser estimulada, cabe ao Poder Público empreender a *assistência social institucional de massa*, de ampla abrangência, de rica diversificação, permanente e geral, no sentido de ser igual para todos os que dela necessitem para o seu *mínimo existencial*.

Na realidade, há setores da assistência social em que a atividade privada, ou, mesmo, certas soluções públicas singulares de atendimento, já não apresentam sentido prático, dado o vulto dos problemas provocados pela civilização industrial e os elevados custos, de uma atividade que não pode depender apenas da *solidariedade individual*, meramente espontânea, reclamando uma *solidariedade coletiva*, a ser institucionalizada como uma *função administrativa prestacional*.

Desde a primeira edição deste Curso, apontou-se essa diferença de caráter técnico-

jurídico no tratamento das duas atividades – a *previdenciária* e *assistencial* – e a vantagem de se dar, em razão dela, *tratamentos jurídicos diferenciados*, distinções essas que, com o tempo, *encontram-se hoje constitucionalmente adotadas e consolidadas*: a Constituição de 1988 distinguiu, com acerto, a *previdência da assistência* (e destacou, ainda, desta última, as específicas atividades de *ordenamento social da saúde*), tendo fixado para a *assistência* os seguintes *princípios*:

- I – a proteção à *família*, à *infância*, à *maternidade* e à *velhice*;
- II – o amparo às *crianças* e *adolescentes* carentes e autores de infração penal e a suas vítimas;
- III – a promoção da integração ao *mercado de trabalho*;
- IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de *deficiências* e a promoção de sua integração na vida comunitária;
- V – a garantia do benefício mensal de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, como *mínimo existencial* (CF, art. 203).

Integram o *sistema assistencial* a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. As instituições privadas de cunho assistencial, além do tratamento especial que lhes confirmam as leis federais, estaduais, distritais federais e municipais, se reconhecidas, gozam de *imunidade* relativamente a impostos (CF, art. 150, VI, c).

A *assistência social*, em nível nacional, está integrada pelas entidades que prestam, *sem fins lucrativos*, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos pela Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para o atingimento dos seguintes objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 2.º).

A referida Lei assim alinha os *princípios da assistência social*:

- I – supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II – universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefício e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV – igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; e
- V – divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais,

bem como dos recursos aportados pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (leg. cit., art. 4.º).

Como exemplos do importante sistema de assistência social paraestatalizada, mencionem-se o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai, o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, o Serviço Social da Indústria – Sesi, o Serviço Social do Comércio – Sesc, o Serviço Nacional Rural – Senar, e a Associação das Pioneiras Sociais – APS.

Essas entidades paraestatais assistenciais, que se incluem na espécie classificada como serviços sociais autônomos, entre os entes da administração pública associada, são pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas a se constituir pela União, para a prestação de serviços de assistência social específicos, auferindo, algumas, recursos de natureza parafiscal.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai, organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria, tem a destinação específica de estabelecer escolas de aprendizagem, nas quais deve ser ministrado ensino de aperfeiçoamento e especialização para os trabalhadores industriários não sujeitos à aprendizagem desenvolvida nas próprias empresas, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 429 a 433). Sua disciplina básica está nos Decretos-leis n.º 4.048, de 22 de janeiro de 1942, n.º 4.936, de 7 de novembro de 1942, e o n.º 6.246, de 5 de fevereiro de 1944.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, criado pela Confederação Nacional do Comércio, tem atribuição semelhante à do Senai, no campo do comércio, devendo manter e organizar escolas para a aprendizagem comercial extraempresa para aos empregados adultos. Regem-no, basicamente, os Decretos-leis n.os 8.621 e 8.622, de 10 de janeiro de 1946.

O Serviço Social da Indústria – Sesi, criado, organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria, tem a finalidade de estudar, planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e atividades assemelhadas, atendendo, notadamente, aos setores de habitação, nutrição, higiene e problemas domésticos decorrentes da dificuldade de vida. Sua lei original é o Decreto-lei n.º 9.403, de 25 de junho de 1946.

O Serviço Social do Comércio – Sesc, criado e organizado pela Confederação Nacional do Comércio, com a finalidade de planejar e executar, direta e indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos comerciários e de suas famílias, atendendo, notadamente, aos problemas de nutrição, habitação, vestuário, saúde, educação e transporte, regido pelo Decreto-lei n.º 9.853, de 13 de setembro de 1946.

A Associação das Pioneiras Sociais – APS, criada pela Lei n.º 8.246, de 22 de outubro de 1991, sucede à antiga Fundação das Pioneiras Sociais, com a finalidade de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisas no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público.

No conceito de assistência social se inclui, ainda, a assistência jurídica, que deve ser

integral e gratuita (portanto, de espectro mais amplo que a antiga *assistência judiciária*, então limitada à postulação e defesa em juízo), prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5.º, LXXIV), a cargo da *procuratura constitucional* da Defensoria Pública (CF, art. 134), no desempenho de uma específica *função essencial à justiça* (que não se confunde com uma função administrativa), constitucionalmente independente, que se rege pela Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994.

Finalmente, cabe incluir nessa atividade, dois aspectos que assumem cada vez maior importância na vida contemporânea: o *lazer do trabalhador* e a sua *formação profissional*.

158. ORDENAVENTO SOCIAL DO ÍNDIO

O *ordenamento social*, especialmente destinado ao *silvícola brasileiro*, de natureza predominantemente administrativa, tem o objetivo de centralizar a ação normativa e executiva do Estado, atribuindo, a Constituição, competência exclusiva à União para legislar sobre as populações indígenas existentes no País (art. 22, XIV).

Ainda em nível constitucional e como medida básica para o êxito das instituições de ordenamento social, foram incorporadas ao domínio da União as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* (art. 20, XI) e, no art. 231, § 2.º, a eles assegurados a *posse permanente* e o *usufruto exclusivo* dessas áreas.

Como órgão de formulação e execução da política indigenista, a *Fundação Nacional do Índio – Funai*, fundação pública federal cuja criação foi autorizada pela Lei n.º 5.371, de 5 de dezembro de 1967, tem a finalidade de integrar o silvícola na vida nacional, atuando vinculada ao Ministério da Justiça.

Compete-lhe formular a política indigenista, geral e específica, considerando as diversas etnias e as regiões onde estão assentadas, gerir o patrimônio indígena, com o sentido de conservá-lo e valorizá-lo, fazer pesquisas antropológicas e sociais, promover a educação de base do índio, despertar o interesse público pela causa indigenista e exercitar a função de polícia nas áreas reservadas e sobre as matérias atinentes à proteção do índio, podendo exercer os poderes de representação ou assistência jurídica, inerentes ao regime tutelar do índio, na forma da legislação civil comum ou de leis especiais (art. 1.º).

A legislação indigenista está consolidada no *Estatuto do Índio*, baixado pela Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, em que se ressaltam as instituições que realizam, no plano normativo ordinário, a assistência especial ao índio.

A referida Lei versa ainda sobre princípios e definições, direitos civis e políticos, terras dos índios, bens e renda do patrimônio indígena, bem como baixa normas penais para as infrações consideradas mais graves, prescrições que continuam a vigorar, no que não colidam com os arts. 231 e 232 da Carta de 1988.

Seção II

O AMBIENTE – DIREITO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

A proteção do *ambiente* é dever do Estado. Acertadamente, a Constituição de 1988 dedicou especial atenção a este relevante problema, que não é exclusivo nem peculiar de nosso País, mas planetário, e diz respeito à própria sobrevivência da espécie. Com efeito, a ação humana tem alterado imemorialmente o planeta para adequá-lo às suas necessidades, porém jamais o fez em escala tão intensa e devastadora como a partir da segunda metade do século XX, a ponto de causar justa e geral preocupação com a preservação das condições de vida sobre a Terra em face de desafios incomensuráveis que são postos, dos quais são eloquentes exemplos: o aquecimento da atmosfera, fator gerador de distúrbios climáticos, de catástrofes naturais e da elevação do nível dos oceanos; a devastação de florestas, notadamente nos trópicos; o escasseamento de fontes de água doce, ameaçando a agricultura e o abastecimento de centros urbanos; a desertificação progressiva de certas áreas; a progressiva extinção de espécies da fauna e da flora, com imensa perda da biodiversidade do planeta; e a acelerada erosão de encostas urbanas, causada pela supressão da cobertura vegetal nativa e edificação despregrada, quando não caótica.

Alertado por literatura jusambientalista de vanguarda, surgida depois do Segundo Pós-Guerra e pela mobilização internacional, de que resultaram importantes conferências e encontros, que ganham progressivamente em intensidade e eficácia, em boa hora, o constituinte de 1988 dedicou ao tema ambiental todo um Capítulo VI, do Título VIII – Do Meio Ambiente (CF, art. 225), o que, para o autor, que lutou pioneiramente pela sistematização de um *Direito Ecológico* e por sua elevação constitucional desde os primeiros anos da década de 70, representa uma vitória da racionalidade e do bom senso no País.

O *meio ambiente* como o denomina a Carta Política, ou, resumidamente, o *ambiente*, se distingue, sob o critério da intensidade da ocupação humana, em *ambiente natural* e *ambiente urbano*. O *ambiente natural* se caracteriza por uma baixa ou rarefeita presença humana, nele se enquadrando as zonas rurais, as florestas, os campos, as savanas, os desertos, os banhados, as grandes massas líquidas continentais e os oceanos. O *ambiente urbano* se caracteriza pela maior densidade dos assentamentos humanos, que conformam as povoações, as vilas, as cidades e as megalópoles. Na transição entre as *zonas rurais* e as *zonas urbanas*, situam-se as *zonas suburbanas*, que cercam as cidades, e as *conurbanas*, que as interligam para formar conglomerados de cidades, apresentando diversos aspectos intermediários.

Essa disciplina jurídica dos espaços planetários, seja para preservá-los em sua naturalidade, seja para ocupá-los da forma mais racional e sadia para o homem, conforma um dos ramos didáticos mais novos e dinâmicos do Direito Administrativo, que é o *Direito Administrativo Ambiental* ou, mais sinteticamente denominado, o *Direito Ambiental*, expressão que se tem empregado com maior frequência, subdividido em dois sub-ramos bem definidos, conforme tratem do *meio natural* ou do *meio urbano*, respectivamente: o *Direito Ecológico* e o *Direito Urbanístico*.

Embora tenham em comum os seus princípios basilares e, não obstante, existam, como se alertou, áreas intermediárias, em que ora prevalece a preocupação pela disciplina da preservação ora pela da ocupação, os dois sub-ramos, em razão do acelerado desenvolvimento

que experimentam, podem e devem ser estudados separadamente; assim, a Constituição de 1988 se ocupa do tema ambiental no artigo 225 e do urbanístico, nos artigos 182 e 183.

Como *competências constitucionais de direito ambiental* foram previstas especificamente: a *competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição* em qualquer de suas formas (CF, art. 23, VI), da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; a *competência concorrente*, da União e dos Estados, para *legislar* sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (CF, art. 24, VI) e, também destacadamente, sobre direito urbanístico (CF, art. 24, I); e a *competência explícita* dos Municípios para *promover* o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII).

Existe, como se pode observar, um alentado rol de referências constitucionais versando o tratamento administrativo do meio ambiente, arroladas sem grande preocupação sistemática e, por vezes, de modo redundante, mas que, não obstante, em conjunto, já apresentam um tratamento evoluído, se comparado com o lacônico, tímido e problemático ordenamento constitucional anterior sobre a matéria.

160. ECOLOGIA E DIREITO ECOLÓGICO

Em seu sentido mais amplo, a *Ecologia* deve ser entendida como o estudo científico das *interações entre organismos vivos e entre o meio vital e o meio inanimado*. Ao alterar, direta e sistematicamente, esses dois elementos – a vida e o *ambiente físico* – o homem se apresenta como um terceiro elemento – o seu usuário – mas, por vezes, o irresponsável predador, capaz de arriscá-los, inconscientemente expondo as futuras gerações à moléstia, à fome, à sede, à degenerescência genética e, extremadamente, mesmo à extinção.

É, portanto, ao Direito – a velha disciplina da convivência humana – que cabe o papel insubstituível e indispensável de harmonizar as necessidades de hoje das sociedades, com as suas bases naturais: a *vida e o meio inanimado* que a sustenta, daí definir-se o *Direito Ecológico* como o *conjunto de princípios e preceitos jurídicos que têm por fim a disciplina do comportamento humano em relação ao ambiente natural, constituído pelos meios vital e inanimado*.

Por esse conceito, já se pode ver que o *Direito Ecológico* desdobra-se em duas grandes vertentes: a *preservação da vida*, sob todas as suas formas, com exceção das variedades predatórias que sejam incontroláveis e letais para o homem, e a *preservação dos elementos físicos da natureza*, que a suportam.

No campo da *preservação da vida*, o *Direito Ecológico* se volta à proteção do homem, da fauna e da flora, contra a poluição e a catástrofe ecológica (é o ramo *Bioecológico*). No campo da *preservação dos elementos físicos da natureza*, o *Direito Ecológico* volta-se aos recursos naturais terrestres, hídricos e aéreos, sua proteção e reconstituição (é o ramo *Fisioecológico*).

A atividade administrativa do Estado de proteção ao meio ambiente, sob esses dois aspectos, é de competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, arts. 23, VI, e 225), sendo que as normas substantivas, que regem a atuação de seus respectivos

órgãos, são de competência concorrente da União, em nível de normas gerais, e dos Estados e Distrito Federal, em nível de normas específicas (CF, art. 24, VI).

No plano federal, o órgão incumbido de formular, coordenar e executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação, uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis é o, já referido, *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA*, criado pela Lei n.º 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.

161. ATIVIDADES DE ORDENAMENTO SOCIAL DO MEIO AMBIENTE

Todas as entidades políticas têm competência para o controle da *devastação ambiental* e da *poluição ambiental* (CF, art. 225). A *poluição* é a alteração das condições ambientais que põe em risco o homem, a fauna e a flora de uma área. A *catástrofe ecológica* é a alteração mesológica em grande escala, com perda de vidas e devastação ambiental.

O *controle dos agentes estranhos* provocadores de alterações indesejadas deve se projetar sobre a *ação do homem* (efluentes e emanações industriais, dejetos, defensivos agrícolas, substâncias tóxicas vertidas propositadamente ou não, gases provenientes de combustão, uso de meios químicos ou biológicos para alterar o ambiente etc.) e sobre a *ação da natureza*, quando exacerbada por fenômenos climáticos ou geológicos.

A legislação federal, ainda que insuficiente e assistemática, já havia proporcionado, mesmo antes do advento do art. 129, III, da Constituição, um enquadramento para essa ação administrativa, na Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a *política nacional do meio ambiente* e atribuiu competência ao Ministério Públco para propor ação de responsabilização por danos ambientais (art. 14, § 1.º), e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que criou a *ação civil pública* de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, legitimando o Ministério Públco e entidades públicas e privadas para a tutela judiciária dos direitos difusos à higidez ambiental (ver CF, art. 129, III).

Embora Estados e Municípios já se integrem nessa importante atividade, ainda há muito por construir à luz da Constituição de 1988, em que pese a assistematicidade apontada. Não obstante, o instituto do *zoneamento* se apresenta nos âmbitos dos Estados-membros e dos municípios como importante instrumento preventivo, mas a ele se retornará ao se tratar especificamente do *Direito Urbanístico*.

A *terra*, notadamente aquela biologicamente produtiva; as *águas*, especialmente as águas doces; a *flora*, destacadamente as florestas; a *fauna*, com exceção de certas espécies nocivas; o *ar* e o *clima* devem ser preservados pelo Poder Públco em suas qualidades naturais.

Diante da destruição ou da perda de suas propriedades naturais, incumbe ao Estado dedicar-se à *reconstituição ambiental*, que vem a ser a recomposição da *fertilidade do solo*, das *terras erodidas*, das *florestas abatidas*, da *qualidade das águas* e do *ar atmosférico*, das *espécies em extinção*, da *flora*, da *fauna* e do *clima* etc., no que tenham sido prejudicados pela ação do homem sobre a cobertura vegetal, pela redução da superfície dos espelhos d'água, pelos lançamentos de emanações poluentes na atmosfera e por ações predatórias, em geral.

Além da necessária iniciativa estatal, o uso difundido da ação civil pública (CF, art. 129, III, e § 1.º) poderá erigir-se em poderoso instrumento de participação do cidadão, obrigando os causadores de devastação, de poluição e de catástrofes ecológicas a recompor o ambiente degradado.

162. URBANISMO E DIREITO URBANÍSTICO

A história das civilizações se reflete na história das construções. Das cavernas, passando pelos templos gregos, pelos monumentos romanos, pelos castelos e catedrais do Medievo e pelos palácios da Renascença, até os arranha-céus; da taba à *polis* e do simples casal a megalópoles há um relato fiel da própria civilização como processo cultural. Da ara nua ao partenão, assim como da catacumba ao domo, lê-se a história da fé, como nas ruínas de uma fortaleza ou de uma muralha, a dos fastos militares e da identificação das nações.

A transformação da estrutura das habitações e das cidades é característica e testemunho do engenho humano. Os irracionais mantêm as mesmas soluções milenárias de abrigo, em suas tocas e ninhos, enquanto que as mudanças nas edificações humanas acompanham e retratam o seu progresso histórico-cultural.

O século XIX, com a Revolução Industrial e a introdução da máquina na rotina da vida social, fez em escombros a estrutura da empresa rural e urbana, como até então se as concebia, e enriqueceu as cidades, que começaram a atrair enormes contingentes populacionais que para elas convergiram em busca de novas possibilidades e alternativas de vida. A partir de então, os problemas das cidades, não obstante tão antigos, assumiram dimensões assustadoras e passaram a exigir um redobrado esforço da inventiva humana para responder com êxito aos desafios dessas grandes concentrações humanas, mobilizando-se os cientistas físicos e sociais para enfrentar a complexa problemática da *cidade* – como o *habitat* do homem civilizado – usando de arte e técnica multidisciplinares para compatibilizá-la com a sua indeclinável dignidade.

Assim, a arte e a técnica social de adequar o espaço físico às necessidades e à dignidade do homem definem o urbanismo, como ciência multidisciplinar que, nessa evolução, já não mais se restringe ao antigo objeto – a *cidade* – pois, transcendendo do planejamento local, o seu tema se tornou global, para interessar o orbe, todo o espaço físico habitável, daí Gaston Bardet, fundador do urbanismo moderno, propor um neologismo – o *urbanismo*.

Porém, o *urbanismo*, como disciplina físico-social dos espaços habitáveis, tem necessidade de arrimar-se sobre normas cogentes, que tornem gerais e compulsórias as suas determinações, emergindo em importância o seu sistema legal, que é a disciplina jurídica do urbanismo – o *Direito Urbanístico*.

Já de antiga tradição, se dispunha sobre os direitos de vizinhança, no campo do Direito Civil, inseridos no Direito das Coisas, com suas prescrições voltadas a harmonizar a convivência entre vizinhos em tudo o que dissesse respeito ao uso da propriedade imóvel. Como se observa, cuidava-se apenas de relações de coordenação, com a instituição de direitos privados, o que se tornou insuficiente para atender às necessidades gerais de segurança,

salubridade estética e funcionalidade das cidades.

Do estudo da função administrativa de *pólicia*, adiantou-se um dos seus ramos mais desenvolvidos, a *pólicia edilícia*, que compreende a imposição de limitações públicas às atividades de construção civil nos espaços urbanos.

O *ordenamento social urbano*, tal como hoje desenvolvido, parece, porém, a forma preponderante de atuação legal e administrativa a que se chegou, atuando notadamente através dos institutos de controle de *parcelamento da terra* e da execução da *funcionalidade urbana*, visando a tornar a vida mais fácil, mais cômoda e mais digna nos conglomerados humanos.

Além do ordenamento civil de vizinhança e dos ordenamentos administrativos, o de polícia e o social, o Estado se preocupa, ainda, com o problema urbano da *habitação popular*, para tanto desenvolvendo amplas atividades de Fomento PÚblico no setor, como adiante se discorrerá.

O conjunto da disciplina jurídica dos fenômenos do urbanismo, de natureza predominantemente administrativa, é o que se tem como o *Direito do Urbanismo*, como então o batizou Georges-Henri Noël, ou, como atualmente de melhor e maior uso, o *Direito Urbanístico*. Se bem que não apresente, reconhecidamente, plena autonomia jurídica, resultante, como seria o caso, de principiologia e métodos próprios, adota-se esta denominação por conveniência didática, com o mesmo sentido de sub-ramo, com mesmo sentido em que se caracteriza um Direito das Obrigações, um Direito das Coisas, um Direito Aeronáutico etc., para sublinhar a vantagem de reunir e sistematizar o estudo jurídico deste ramo, que Hely Lopes Meirelles em boa síntese, define como “o planejamento territorial e comunitário da cidade e do campo”.

O Direito Urbanístico parte, assim, da disposição social das áreas urbanas e rurais (*zonamento*), disciplina a divisão da terra em porções autônomas (*parcelamento*), regula o desenvolvimento das comunidades (*projetos de urbanização*), institui medidas de polícia (*limitações edilícias*), e rege a *edificação* e a *demolição*, além de estabelecer medidas correlatas, que dizem respeito à execução das quatro *funções urbanas* elementares, como fixadas na “Carta de Atenas”: habitar, trabalhar, recrear-se e circular.

Como já se fez referência, ao tratar do meio ambiente em geral, a competência para legislar sobre Direito Urbanístico aparece na Constituição de 1988, incluindo-o no rol da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Como o Município continua a ser o principal legislador para a cidade, a ele compete o básico no tocante a vários aspectos da Disciplina, não só em razão de norma específica, como da regra do *interesse local* preponderante (CF, art. 30, I e VIII), de modo que a competência para legislar sobre Direito Urbanístico está disposta em 3 graus: o de *normas gerais*, afetas à União (o *Estatuto da Cidade*); o de *normas regionais*, aos Estados e o de *normas locais*, aos Municípios.

Os Estados *estão limitados*, acima, no genérico, pelas normas gerais da União e, abaixo, no específico, pelas normas locais dos Municípios, o que parece uma excelente solução, acorde e consentânea, aliás, com o que se havia propugnado na monografia *Introdução ao Direito*

Ecológico e ao Direito Urbanístico, com qual o Autor iniciou, na década de setenta, os estudos sistemáticos sobre essas matérias.

A União exerceu sua competência concorrente limitada (CF, art. 24, I) em tema de direito urbanístico editando as normas gerais do *Estatuto das Cidades* (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001), em que estabelece diretrizes gerais para a *política de desenvolvimento urbano* e define instrumentos para sua realização, destacando-se três blocos de importantes inovações, inovando a disciplina para a ocupação do solo urbano, com normas predominantemente suasórias, propondo uma gestão mais participativa do cidadão e introduzindo uma renovada sistemática de regularização do uso do solo nas áreas urbanizadas.

A *política urbana*, tal como definida pelo *Estatuto das Cidades*, tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*, mediante as seguintes diretrizes gerais (art. 2.º):

I – garantia do *direito a cidades sustentáveis*, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para a presente e futuras gerações;

II – *gestão democrática* por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – *cooperação* entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – *planejamento* do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de *equipamentos urbanos e comunitários*, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do *uso do solo*, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; e

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

É indubitável que esta Lei representa o feliz coroamento, tanto da longa evolução constitucional, como dos onze anos de longas discussões, dissensos e adiamentos, que marcaram a sua arrastada tramitação no Congresso Nacional.

163. DISPOSIÇÃO E USO DO SOLO

Seguem-se os institutos básicos para a disciplina do uso do solo urbano: o zoneamento e o parcelamento.

163.1. Zoneamento

Zoneamento é a destinação factual ou jurídica da terra às diversas modalidades do uso humano. Como instituto jurídico, o conceito se restringe a uma *destinação administrativamente fixada* ou *reconhecida*. Quando os espaços já se encontram utilizados de fato, a eficácia jurídica pretendida consistirá em reconhecer e proteger esta situação.

São, basicamente, duas as destinações que podem ser atribuídas à terra: a *urbana* e a *rural*, correspondendo, respectivamente, a duas *zonas* com a respectiva denominação, sendo que a *zona rural* é definida por exclusão, como toda aquela que não tenha sido delimitada como espaço urbano ou reservado à sua expansão.

Cabe ao Município, esta competência para delimitar a sua *zona urbana*, bem como a sua área de *expansão*, como formulador exclusivo da *política de desenvolvimento e de expansão urbana*, nelas ordenando as *funções sociais da cidade* e garantindo o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).

Esta política urbana municipal é fixada em *lei de diretrizes gerais* e condiciona a adoção do *Plano Diretor*, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades de mais de 20 mil habitantes, que deve ser editado com obediência às *diretrizes gerais nacionais* estabelecidas nos artigos 39 a 42 do Estatuto das Cidades (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001), constituindo-se no seu instrumento básico, a partir do qual se afere a satisfação da *função social da propriedade urbana* (CF, art. 182, §§ 1.º e 2.º).

Quanto à zona rural compete também à União dispor sobre o *planejamento agrícola*, nele incluídas as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais (CF, arts. 21, IX; e 187 e seu § 1.º), com a fixação dos critérios e graus de exigência a partir dos quais se afere, do mesmo modo, a satisfação da *função social da propriedade rural* (CF, art. 186 e seus incisos).

Já foram estudadas, entre os institutos de ordenamento econômico de aplicação urbanística e agrária, as *desapropriações* que lhes são específicas e constitucionalmente previstas com um caráter sancionatório *sui generis*, para apenar o descumprimento da função social da propriedade em cada um dos casos previstos.

Assim, o *imóvel urbano* que não esteja cumprindo sua função social é passível de *desapropriação* pelo *Município*, mediante o pagamento em títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais, desde que esgotados os meios suasários de parcelamento ou de edificação compulsória e imposto progressivo no tempo (CF, art. 182, § 4.º).

Do mesmo modo, o *imóvel rural* que não esteja cumprindo sua função social é passível de *desapropriação* pela *União* por motivo de *interesse social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão e cuja utilização será definida em lei, sendo que as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro (CF, art. 184, e § 1.º).

A *zona urbana*, de estrito interesse local e, por isso, sempre definida pelo Município (CF, art. 30, VIII), poderá distinguir várias espécies de destinações físicas, sociais e econômicas,

enquadráveis todas em dois gêneros: *residencial* e *não residencial*. A *destinação residencial* prefere a todas as outras, como princípio cardeal do ordenamento social urbano derivado da própria *dignidade humana*, pois, na consagrada expressão de Julien Freund, o *direito da habitação é superior às exigências do comércio*.

A *destinação não residencial* admite, por sua vez, uma diversificada tipologia de *zonas*, consoante a destinação planejada, tais como: comerciais, industriais, portuárias, turísticas etc., admitindo, com as devidas cautelas técnicas, a criação de *zonas mistas*. Uma vez aprovado o *Plano Diretor* (CF, art. 182, § 1.º), o Poder Executivo fica autorizado a estabelecer por decreto as *características edilícias das zonas nele instituídas*, ou seja, as condições técnicas para a edificação urbana.

163.2. Parcelamento: loteamento e desmembramento

Parcelamento é a subdivisão do solo em tratos juridicamente autônomos. Enquanto fenômeno dominial, o instituto se submete à competência constitucional legislativa privativa da União (CF, art. 22, I) e, enquanto fenômeno administrativo, distinguem-se dois casos: o *parcelamento do solo urbano* e o *do solo rural*.

O *parcelamento do solo rural* obedece a regime de modulação, em que fatores mesológicos e sua vocação produtiva devem ser considerados em conjunto e prioritariamente. A competência para legislar sobre o solo, conformando o sub-ramo do *Direito Agrário*, é, também, privativa da União (CF, art. 22, I).

Quanto ao *parcelamento do solo urbano*, se sujeita a um tríplice ordenamento administrativo: à União cabe editar *normas gerais* (CF, arts. 21, XX, e 24, I); aos Estados e ao Distrito Federal, estabelecer normas de observância em seus respectivos territórios (CF, art. 24, I, e seu § 2.º); e, aos Municípios, complementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, art. 30, I, II e VIII), especialmente para a definição das respectivas *zonas urbanas* e de expansão urbana (CF, art. 182, § 1.º).

A legislação infraconstitucional federal em vigor sobre parcelamento do solo urbano é a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe integralmente sobre os aspectos civis e administrativos da matéria, esgotando a competência legislativa federal e revogando os diplomas parciais anteriores.

O *parcelamento do solo urbano* pode dar-se por duas modalidades acima referidas a seguir examinadas: o *loteamento* e o *desmembramento*.

163.2.1. Loteamento

Denomina-se *loteamento* à *subdivisão do solo urbano em lotes com a urbanização da área*.

Segundo a legislação em vigor (Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979), esses lotes deverão ser destinados à edificação e servidos pela abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou pelo prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, que passarão ao domínio público por *concurso voluntário* do proprietário do imóvel a ser loteado.

Observe-se que a *edificação* é uma destinação e não uma condição do loteamento, que se sujeita, no particular, à *legislação edilícia*, de preponderante interesse e competência municipal.

A Lei acima mencionada dispõe sobre os requisitos urbanísticos mínimos, inclusive os equipamentos urbanos e comunitários do *projeto de loteamento*, com previsão de execução em duas fases: na primeira, com o estabelecimento de diretrizes locais (das Prefeituras ou do Distrito Federal) e, na segunda, com a satisfação dos requisitos legais, condição de sua *aprovação*, ato administrativo vinculado que deverá ser submetido ao registro imobiliário nos seguintes 120 dias, sob pena de *caducidade*.

A Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, disciplina também aspectos civis, referidos aos contratos de compra e venda, de cessão e de promessa de cessão de lotes, dispondo sobre irretratabilidade, adjudicação compulsória, registros mobiliários e outras matérias de direito privado.

163.2.2. Desmembramento

O *desmembramento* é a subdivisão do solo urbano em *lotes*, realizado, porém, *sem urbanização*.

Está disciplinado, em nível nacional, pela mesma Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que caracteriza o instituto pela subdivisão de gleba em lotes destinados à *edificação*, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem o prolongamento, modificação ou ampliação das já existentes.

Da mesma forma que o projeto de loteamento, o *projeto de desmembramento* deverá ser apresentado à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal, quando for o caso, que, apurado o atendimento à legislação dos três níveis, em especial dos requisitos edilícios locais quanto à dimensão, características de formato, testada sobre o logradouro e de ocupação zonal, emitirá sua *aprovação*, por ato administrativo vinculado que deverá ser levado ao registro imobiliário em 180 dias, sob pena de *caducidade*.

Instituto urbanístico oposto ao do *desmembramento* é o *remembramento*, que consiste na reunião de vários lotes ou de frações contíguas de modo a, uma vez integrados, constituir uma nova unidade fundiária, administrativamente autônoma e registrariamente reconhecida.

164. PROJETOS URBANÍSTICOS E EDIFICAÇÕES

164.1. Projetos urbanísticos

Há pouco tempo, as comunidades humanas eram classificadas, segundo sua dimensão ou importância, como *cidades*, *vilas* e *povoados*; mas, com a diversificação dos meios de transporte e, mais significativamente, com a propagação do transporte particular pelo automóvel, causando a construção de extensas malhas viárias, conectando diversos nódulos

populacionais, o século XX viu surgir um novo conceito de *urbanização* em que a *zona urbana* e a *rural* já não mais se apresentam tão nitidamente diferenciadas.

Pouco a pouco, em torno dos núcleos populacionais e ao longo das grandes vias, novas comunidades se desenvolveram, mesmo sem se constituírem em novos centros urbanos, muito embora defectivas das características de economia agrária que lhes permitiriam a classificação de comunidades rurais.

Denomina-se a este fenômeno social de nossos tempos de *suburbanização* e, no caso desse processo interligar cidades, de *conurbação*. Na esfera jurídica, ambas – a *suburbanização* e a *conurbação* – se apresentam como institutos típicos de zoneamento, cabendo à Administração prover o que for de superior interesse público para o desenvolvimento de *qualquer tipo de comunidade* que se constitua. A *suburbanização*, bem como fenômenos assemelhados, por vezes transcendem os lindes municipais, passando a exigir um tratamento urbanístico de âmbito regional visando à solução coordenada de seus problemas, postos em superior escala de magnitude.

A propósito, recorde-se que há competência dos três graus federativos no que respeita a o *Direito Urbanístico*, distinguindo-se os *Planos Nacionais Urbanísticos*, de caráter amplo e geral, em nível federal; os *Planos Estaduais Urbanísticos*, em nível estadual; e os *Planos Diretores*, em nível municipal.

Além dos referidos três tipos de *planos urbanísticos*, existem ainda os de âmbito mais reduzido, que são os *projetos de urbanização*, abrangendo determinados setores urbanos, zonas, bairros ou mesmo áreas menos extensas, de modo a proporcionar um mais completo detalhamento do tratamento edilício.

Aos *projetos urbanísticos* cabe definir a caracterização das zonas urbanas, suburbanas e conurbanas, indicando o emprego dos institutos edilícios cabíveis e quais as áreas sujeitas à *desapropriação*, ao *recesso* e à *investidura*, podendo ser baixados por simples decretos executivos, desde que não exista uma reserva legal municipal para editá-los.

Se, de um projeto urbanístico que definir novos *alinhamentos*, houver *sobras de terreno do logradouro público* que não cheguem a constituir um lote autônomo, dar-se-á a *acessão onerosa* dessas sobras aos lotes particulares adjacentes, denominando-se a este instituto de *investidura*, que se constitui, destarte, numa modalidade edilícia de *desafetação máxima*, que se aperfeiçoa pelo mero fato jurídico da realização das obras planejadas.

164.2. Limitações edilícias

As *limitações edilícias* são restrições e condicionamentos de polícia impostos às *construções urbanas* e *rurais*. Assim, em princípio, todos podem construir em seu terreno, desde que obedecidas duas ordens de disciplina jurídica: as *restrições de vizinhança* e as *limitações edilícias*.

A s *restrições de vizinhança* são imposições de direito privado, singulares, gratuitas, bilaterais, definidas em lei, destinadas a restringir o uso da propriedade fundiária no interesse da manutenção da paz e harmonia entre vizinhos. São, por isso, também denominadas de “serviços legais”, embora os prédios vizinhos sejam simultânea e

reciprocamente servientes e dominantes.

As restrições de vizinhança, objeto de estudo e disciplina do *Direito Civil*, dispõem sobre o uso nocivo da propriedade, sobre as árvores limítrofes, sobre a passagem forçada, sobre as águas vicinais, sobre os limites entre prédios, sobre o direito de edificar construções e sobre o direito de tapagem.

Distintamente, as *limitações administrativas edilícias*, institutos de Direito Administrativo, são imposições públicas, universais, gratuitas, unilaterais, definidas em lei, que restringem o uso da propriedade fundiária, no interesse público da segurança, salubridade e estética das comunidades, com seu fundamento nos arts. 170, III, e 182, § 2.º, da Constituição Federal, que condicionam o exercício do direito de propriedade ao interesse geral.

O *Direito Urbanístico* faz amplo uso de todos os instrumentos administrativos de intervenção no domínio privado, tais como a *desapropriação* e a *servidão administrativa*, e utiliza destacada e amplamente o instituto das *limitações*, em tudo que se refira ao *direito de construir*, ou seja, o corpo do *Direito Edifício*, que é expressão que rememora a ação dos *edis curuis* da antiga Roma – os magistrados encarregados da polícia das construções – a *cura urbis*.

As normas gerais *edilícias*, baixadas pelas municipalidades, se consolidam, ordinariamente, em *Códigos de Obras*, contendo inúmeras *limitações edilícias*, a serem observadas no desenvolvimento urbano.

São examinadas, a seguir, algumas *limitações edilícias* em espécie, para melhor situar o exame, que se seguirá, dos institutos da *licença de obras* e da *demolição*.

Para comodidade de estudo, pode-se distribuir as *limitações edilícias* em cinco grupos: *limitações de proteção ao domínio público*, *limitações de segurança*, *limitações de higiene* e *salubridade*, *limitações de estética* e *limitações de funcionalidade urbana*.

164.2.1. Limitações de proteção ao domínio público

Estas limitações objetivam a *defesa do logradouro*, para que não seja invadido nem perca sua função social de via de circulação e de acesso aos imóveis testeiros. Neste gênero incluem-se: o *arruamento* – prescrição sobre dimensões, declividade, formato e pavimentação das vias urbanas; o *alinhamento* – limite entre a propriedade privada e o logradouro; *nivelamento* – prescrições sobre a correspondência de certos pontos da edificação com o logradouro, impedindo o particular de dispor livremente quanto ao nível das entradas e saídas, e outras espécies em que se relacionem fisicamente os lotes urbanos aos logradouros.

164.2.2. Limitações de segurança

Estas visam, não só, à proteção da comunidade, exigindo padrões mínimos de segurança relativamente às *construções* individualmente consideradas, como estabelecem condições de segurança na circulação de pedestres e de veículos. Deste gênero, são: o *afastamento frontal* – distância a ser observada entre a edificação e o alinhamento; o *chanfro* – corte na fachada das edificações de esquina para aumento de visibilidade viária; *tapume* –

vedação provisória de uma obra ou de um lote; o *entelamento* – proteção do logradouro e da vizinhança pela cercadura das obras de edifícios de grande porte, de modo a evitar quedas acidentais de objetos; a *proteção contra incêndio* – compreendendo várias subespécies de limitações, destinadas a reduzir o risco de incêndio, ou, se deflagrado, a facilitar seu combate e a salvação de vidas; o *arrimo* – obra de contenção de encosta, quando ofereça risco de deslizamento, bem como várias outras espécies, que visem à garantia e salvaguarda da vida humana e da propriedade.

164.2.3. Limitações de higiene e salubridade

Essas limitações se destinam à manutenção do mínimo exigível de limpeza e condições de higiene, tanto relativamente às construções, individualmente consideradas, como no que toca à comunidade habitada, como um todo.

O *zoneamento* já concorre para este fim, através da *localização* de estabelecimentos que ofereçam perigo ou incômodo em áreas apropriadas; as limitações concorrem de várias outras maneiras, tais como: a *taxa de ocupação* – que é a percentagem do lote que pode ser ocupada pelas edificações; os *afastamentos laterais e de fundos* – que são as distâncias mínimas a serem observadas pelas construções em relação aos limites dos imóveis lindeiros; a *altura de compartimento* – ou pé direito, que é a distância vertical, cujo mínimo deve ser observado, entre o piso e o teto em uma construção habitável; as *instalações sanitárias* – que são os aparelhos e dispositivos que, num mínimo legal, deverão ter essas construções; os *prismas de ventilação e de iluminação* – também chamados poços de luz ou de ventilação, que são os espaços que devem ser mantidos, em dimensões relativas mínimas, dentro do lote, para garantir a iluminação e ventilação (ou apenas esta) aos compartimentos que com eles se comunicarem; e ainda, entre outras limitações mais, a *drenagem*, a *canalização*, a *construção obrigatória: de condutos pluviais, de esgotos, de águas servidas, bueiros e fossas* etc., exigidas conforme cada caso.

164.2.4. Limitações de estética

Visam à preservação e obtenção de efeitos estéticos, sejam naturais ou realizados pelo homem – paisagísticos ou monumentais. Muitas limitações já referidas têm função estética, tais como o *afastamento* e a *taxa de ocupação*, que mantém áreas verdes entre as construções; a *altura de compartimento*, que evita o amesquinhamento das edificações; com grande importância, o *gabarito* – que são dimensões regulamentares permitidas ou fixadas para uma construção ou edificação (edificação é a construção destinada a abrigar uma atividade humana); o *empachamento*, que consiste na disciplina de colocação de objetos de qualquer tipo no espaço público, como letreiros, anúncios, cadeiras, mesas, toldos, fiação, postes etc., ou, no caso dos anúncios e letreiros, dele visíveis; e, para lembrar uma última, a limitação de *visibilidade* – que consiste em exigências gerais, relativas à altura, a afastamentos ou à angulação de construções de modo a não prejudicar a vista de locais ou monumentos dotados de particular beleza, em geral resultante da imposição do instituto do *tombamento* sobre estes locais e monumentos, como já estudado no Capítulo XIV.

Incluem-se, também, deste gênero, eventuais prescrições relativas ao *estilo* das construções, que são impostas para que certas cidades ou certos bairros mantenham *características arquitônicas especiais*, como ocorre em cidades turísticas, históricas ou naquelas em que são cultivadas peculiares tradições culturais, com grande efeito como atrativo local.

164.2.5. Limitações de funcionalidade urbana

Para que a comunidade obtenha o melhor proveito da vida urbana, editam-se, também, limitações que não derivam da função de *pólicia*, mas da competência do Estado de *ordenamento social*, valendo-se de um arsenal de atividades administrativas.

A *funcionalidade urbana* é um imperativo da vida moderna, que as Administrações devem satisfazer para que o homem não se torne prisioneiro ou, quiçá, vítima de sua própria obra – a cidade. Se as comunidades edificadas devem desempenhar as quatro funções da Carta de Atenas – *habitar, trabalhar, recrear e circular* – compete ao Estado fazer do Direito Urbanístico o instrumento efetivo destas finalidades por meio de prescrições de *ordenamento social* que atuem em apoio às limitações edilícias.

Na verdade, as limitações de *funcionalidade urbana* quase nunca se apresentam *autônomas*, fundindo-se com as demais espécies, imprimindo-lhes sinergicamente uma importante diretriz de *equilíbrio* entre área, população e equipamento urbano.

Assim é que, se o *gabarito* tem precípua finalidade *estética*, não menos importante é o seu sentido *funcional*, de vez que edificações excessivamente elevadas demandam redobrado equipamento urbano para atender a uma população maior a ser fixada na mesma área. Igualmente, a *taxa de ocupação*, além da finalidade de *higiene* e da *estética*, importa, também, na *preservação funcional do meio*, mantendo o equilíbrio entre os três elementos básicos, área, população e equipamento, além de evitar um sacrifício ecológico injustificável, com a erradicação desnecessária de cobertura vegetal urbana. Ainda, no gênero, têm-se as limitações de *localização*, ligadas ao instituto do zoneamento a que visam preservar, zelando para que o desempenho de qualquer uma das quatro funções urbanas não perturbe a das demais. Nessa ordem de ideias, quem está em sua residência pretende, justamente, ficar afastado do movimento nas ruas e do ruído do trabalho e da circulação de veículos; quem deseja recrear-se ou trabalhar não admitirá que uma circulação sempre congestionada o impeça; e quem precisa transitar em qualquer sentido, não pode ficar prejudicado, do mesmo modo, pelo descanso ou pelo trabalho dos demais; em suma, a *urbe funcional* deve permitir que *todas* as atividades sejam desempenhadas com um mínimo de interferência e de prejuízo de uma sobre as outras. E o que se chama de *funcionalidade urbana* – de modo que todas as limitações devem tê-la permanentemente em linha de conta, concorrendo para assegurá-la.

Uma especial limitação de funcionalidade urbana autônoma é o *recesso*, uma imposição unilateral decorrente de projetos de urbanização, pelo qual determinada área, ao longo da testada da propriedade particular, deve permanecer inedificada, de modo a vir a *ceder*, posteriormente, com ou sem *indenização*, ao domínio público. Esta tem sido a solução urbanística adequada para o alargamento e a expansão das vias de circulação e a realização,

em geral, de grandes planos urbanísticos, sem que se haja de valer, desde logo, da solução onerosa da *desapropriação*.

A propósito, é possível distinguir com nitidez esses dois institutos instrumentais do Direito Urbanístico que se assemelham: o *recurso* e a *desapropriação*. No *recurso*, há uma limitação administrativa geral – na *desapropriação*, há uma alienação compulsória de imóvel específico; o *recurso* é instrumento exclusivo do Direito Urbanístico – a *desapropriação* é instrumento utilizado em qualquer atividade sujeita ao Direito Administrativo; no *recurso*, há gratuidade, típica das limitações, e mera expectativa de uma futura indenização, quando se concretizar a acessão da área ao logradouro, se não se pactuar a gratuidade – na *desapropriação*, há um preço compulsório que deve ser pago antecipadamente para que o domínio se transfira; no *recurso*, o bem não passa, desde logo, ao domínio público – na *desapropriação*, este é o objetivo imediato; quanto ao *recurso*, o projeto de alinhamento que determina recuos não está sujeito a qualquer prescrição – quanto à *desapropriação*, o projeto urbanístico que vier acompanhado de declarações expropriatórias caduca no prazo do art. 10, do Decreto-lei n.º 3.365, se não forem efetivadas.

Em suma, o *recurso* é a expectativa de uma *acessão afetatória*, administrativa e onerosa, da propriedade particular, ao domínio público, que submete o imóvel a uma *restrição de edificação* enquanto a transferência de domínio não se consumar, o que ocorrerá de pleno direito, com o fato jurígeno do término das obras e o estabelecimento do novo alinhamento, pois é, afinal, o *uso comum* a que se entrega a área de recuo, o fator que a afetará ao domínio público.

164.3. Licença urbanística

A *licença urbanística* é mais simples expressão de atividade jurídica no campo do urbanismo, como instrumento necessário para a *construção* e a *urbanização privadas*, sendo sempre muito importante definir-se *in casu* como se encontra regida, uma vez que está submetida a distintos e superpostos ordenamentos legais.

Têm entendido os legisladores em nosso País, que o *loteamento*, o *desmembramento*, o *remembramento*, a *construção*, a *reforma* e a *demolição*, de iniciativa privada, pelo volumoso dispêndio de recursos e pelo tempo que demandam, não devem ficar apenas sob controle *a posteriori*, por considerarem tal alternativa má solução, tanto para a Administração quanto para o próprio administrado, pois a *certeza jurídica* é um valor em si mesmo a ser considerado, mormente quando é significativo o desembolso de recursos em obras arquitetônicas e de engenharia.

Justifica-se, dessa forma, o emprego da técnica do *controle prévio*, que se realiza pela obtenção do *consentimento de polícia*, que se opera pela edição antecipada de *licença* para obras, reformas, demolição, loteamento, desmembramento e remembramento – todas, modalidades do gênero *licença urbanística*.

A *licença urbanística* é o ato final de um processo administrativo vinculado e receptício, iniciado pelo *requerimento* de quem deseja lotear, desmembrar, remembrar, reformar, demolir ou edificar, instruído pelos elementos exigidos em lei, especialmente aqueles com que se

provará à Administração o atendimento, em abstrato, das normas edilícias, obrigando-se a satisfazê-las em concreto com a execução das necessárias obras.

Dá-se, nesse processo, o exame técnico do pedido, que é a etapa em que atua a engenharia legal, na qual se verificará o acatamento em planta, dos preceitos urbanísticos aplicáveis. Terminado satisfatoriamente este exame, em alguns casos, lavrar-se-á ainda um *termo de compromissos*, que serão assumidos pelo requerente de licença, como no caso do loteamento, sendo esta finalmente expedida sob a forma de um *alvará*.

Os *alvarás de licença* para as atividades urbanísticas de particulares são, entretanto, clausulados de *prazo de vigência*, caducando automaticamente a seu termo. A existência desse prazo suscita problemas, como a *renovação* e a *prorrogação* de licenças de obras.

Se a obra foi iniciada dentro do prazo do alvará, a *prorrogação* é um direito; se não foi iniciada dentro do prazo, não há direito à prorrogação, mas poderá ser pedida sua *renovação*, sujeitando-se, neste caso, o requerente à satisfação das *novas condições legais*, que estiverem em vigor na época da renovação.

Se, posteriormente à licença, regularmente deferida, o Estado entender que a atividade particular se opõe ao interesse público, não poderá mais revogá-la, pois se trata de *ato vinculado*, cabendo-lhe, apenas, valer-se da *cassação expropriatória*, medida administrativa onerosa e de extrema severidade, que só deve ser utilizada como último recurso para atender a relevante interesse público supervenientemente definido.

Em alguns ordenamentos urbanísticos, a licença só se considerará perfeita a partir do pagamento dos *emolumentos* respectivos; antes disto, a concordância da engenharia legal vale apenas como mera *autorização*, permanecendo, consequentemente, *revogável*, enquanto não forem recolhidas as respectivas *taxas*. Disso decorre que, se a obra for iniciada sem aperfeiçoamento da licença, ela poderá ser paralisada por uma revogação; neste caso, por definição, uma decisão discricionária.

Concluída a construção de um *prédio*, qualquer que seja o seu destino, para que possa ser utilizado, será necessário proceder a uma fiscalização *a posteriori*, que deverá ser provocada pelo interessado, para que se verifique se foram efetivamente cumpridas todas as normas edilícias em conformidade com o projeto aprovado. O resultado dessa atividade, se satisfatória, é a expedição de um novo ato, com natureza afim da licença, usualmente denominado *habite-se*.

Concluídas as obras de loteamento, acréscimos, modificações, reconstruções ou construções feitas *sem licença*, da mesma forma que exposto no parágrafo acima, será necessário provocar a fiscalização, *a posteriori*, com um requerimento, acompanhado da documentação complementar necessária, segundo as normas locais, de modo que, verificado que tudo está regular, a autoridade edilícia expedirá um ato, também declaratório e com natureza de licença, denominado de *aceitação*, sem prejuízo da aplicação de taxas e de sanções pecuniárias ou edilícias cabíveis.

Se vierem a ser aceitas as obras realizadas em desconformidade com a licença, executadas, porém, com obediência aos cânones da engenharia legal, a Administração poderá optar pela imposição de *multa* pecuniária proporcional ao que foi realizado além do

projeto aprovado; é a modalidade de sanção urbanística que toma o nome de *mais-valia*, instituto vantajosamente substitutivo de uma *demolição compulsória*.

Além dessas formalidades, a Administração edilícia poderá *fiscalizar* permanentemente quaisquer obras, e *embargar* as que não tiverem sido licenciadas ou as que estiverem sendo executadas em desconformidade com o respectivo projeto aprovado.

Como alternativa para o *embargo de obras*, medida executória extrema, que exige especial cuidado para ser aplicada, a Administração poderá valer-se da imposição de multas pecuniárias e sanções administrativas suasórias (as *astreintes* originárias do direito francês) contra os donos das obras e contra os profissionais responsáveis por ilegalidades (engenheiros, arquitetos, empresas de engenharia etc.), até que sejam sanadas.

Atente-se, por fim, que a *licença* é expedida após a verificação *em abstrato* do atendimento às prescrições edilícias, enquanto que o *habite-se* e a *aceitação* são deferidos após sua verificação *em concreto*.

164.4. Demolições

A derrubada de edificações também obedece a regime administrativo especial. Há três sortes de *demolições*: a *voluntária*, a *administrativa* e a *judicial*.

A *demolição voluntária* é aquela que se realiza pela mera vontade do proprietário. Para fins de segurança e cadastrais, ela deverá ser precedida de uma *licença*. Conforme o porte da construção a ser demolida, será necessário que um profissional habilitado assuma a responsabilidade pelos métodos e técnicas adotados.

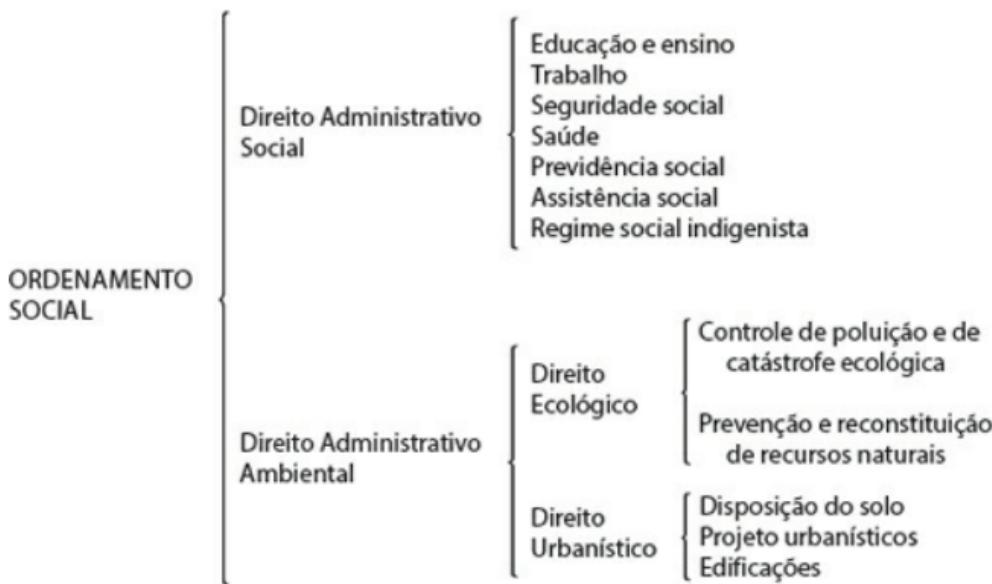
A *demolição administrativa* é a que se fará sempre que alguma construção ofereça perigo iminente de ruir. A remoção de perigo público será um ato legítimo para quem o pratique no interesse geral, mas, para a Administração, trata-se de um dever geral, para o exercício do qual goza do privilégio da *executoriedade*.

A Administração não necessitará, portanto, de prévio assentimento judicial, que provoque com o propósito de acobertar-se de eventuais condenações em perdas e danos, no caso de, eventualmente, concluir-se, em posterior processo que vier a ser movido pelo particular que se senta prejudicado de direito, por não se haver caracterizado uma *ruína iminente*. Qualquer medida fundada em consideração de *urgência*, como *conceito jurídico indeterminado* a ser precisado pela autoridade edilícia, poderá afastar essa cautela, já que, à defesa do Erário, interesse secundário, precede a segurança dos administrados, como interesse primário.

A *demolição judicial* é outra modalidade, determinada por ordem judicial. O antigo Código de Processo Civil estabelecia uma útil regra de *heteroexecutoriedade* em casos de construções levantadas sem prévia licença da autoridade competente (art. 305, § 1.º), mas o atual Diploma processual distribuiu o tema das *construções erguidas sem licença*, entre dois processos distintos: a *medida provisional*, para a *interdição ou demolição de prédio*, para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público (art. 888, VIII), e outro processo especial, a *ação de nulização de obra nova*, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura (art. 934, III).

Resta, todavia, para os três graus políticos, a reserva do art. 888, VIII, do Código de Processo Civil, sempre que a atuação da polícia da Administração não se relacione ao Direito Edilício, isto é, à lei, à observância de postura ou de regulamento, limitativos ou condicionantes do direito de construir (v. quadro XXVII).

QUADRO XXVII – ORDENAMENTO SOCIAL



165. GENERALIDADES, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO FOMENTO PÚBLICO

165.1. Acesso ao progresso individual e coletivo

A missão do *Estado contemporâneo*, entendida como a plena realização dos direitos fundamentais, não se esgota, no campo da administração pública, com o desempenho das quatro funções tradicionais até aqui estudadas: a *policia*, a prestação de serviços públicos, o *ordenamento econômico* e o *ordenamento social*, pois, além e em complemento a essas atividades, cabe-lhe a elevada função de estimular o desenvolvimento integrado da sociedade, que se perfaz proporcionando estímulos às pessoas – individual e coletivamente consideradas em suas multifôrmas expressões associativas – a expandirem e a aperfeiçoarem plenamente suas próprias potencialidades, em quaisquer das manifestações da vida humana, abrindo-lhes acesso a instrumentos públicos de incentivo dispostos para a promoção de seu progresso.

Assim, a missão de funcionalização dos direitos fundamentais, inerente ao constitucionalismo pós-moderno, não se esgota com as atividades do Estado como garantidor desses direitos, mas se completa como prestador de condições propícias para que todos possam melhor usufruí-los, pelo incentivo, a seu cargo, do progresso integral do homem em sociedade.

A Constituição brasileira, na vanguarda desta importante função, voltada ao futuro e ao cultivo dos mais elevados valores sociais, impõe ao Estado vários deveres de estímulo, embora, lamentavelmente, ainda pouco estudados sistematicamente e, menos ainda, satisfatoriamente dinamizados em políticas públicas com esta elevada orientação.

Com efeito, logo em seus princípios fundamentais, a Carta Política de 1988 declara o Brasil um *Estado Democrático de Direito*, erigindo-o como o instrumento juspolítico para a construção de uma sociedade independente, livre, justa e solidária, voltada à promoção do desenvolvimento nacional, embora não o fazendo para a exaltação do próprio Estado, como no passado, mas para o *bem de todos* (arts. 1.º, 2.º e 3.º, mencionadamente no seu inciso IV).

Ainda nesta linha áurea, o Texto Constitucional inclui, entre os objetivos fundamentais da República, o desenvolvimento nacional (art. 3.º, II) em todos os seus artigos das disposições permanentes, multiplica ainda o rol de diretrizes destinadas a produzir diversificados incentivos ao progresso, especialmente com referência aos setores econômicos e sociais, ao deles tratar, cumprindo aos legisladores infraconstitucionais dos três níveis federativos instituírem os instrumentos apropriados à sua realização e, às respectivas Administrações, a tarefa de dar-lhes aplicação.

Em suma, pode-se conceituar a função administrativa de fomento público como o estímulo oferecido direta, imediata e concretamente pela Administração, na forma da lei, a iniciativas reconhecidas como de interesse geral para o progresso e aperfeiçoamento do homem em sociedade

A diferença principal entre esta e as demais funções administrativas estudadas – a de *policia*, a dos serviços públicos, as funções de *ordenamento econômico* e de *ordenamento social* –

está precisamente na característica de *disponibilidade da ação do Estado*, ou seja: o *fomento público* não é uma função estatal de caráter impositivo, dependendo do consenso dos beneficiários, e não da compulsão sobre eles exercida, de modo que, ao pô-lo à disposição das pessoas, o Estado a ninguém obriga – indivíduo, associação ou empresa – a valer-se de instrumentos jurídicos de incentivo, tão somente convocando os interessados a aderir a uma busca consensual de superação pessoal.

Em suma, nessas condições, no *fomento público*, relacionar-se-á com o Estado quem o desejar, pois, como instrumento do campo próprio da *administração consensual*, distingue-se dos da *administração imperativa*, o que lhe proporciona condições potenciais de superá-la em eficiência, graças à livre adesão das pessoas.

Por outro lado, vale lembrar que, lamentavelmente empobrecido pelo positivismo jurídico, como argutamente observou Miguel Reale, o elevado conceito jurídico de *sanção*, até mesmo por seu étimo, acabou reduzido à ideia de *punição*, entendido como mera aplicação da *coação*, perdendo-se muito da potencialidade criativa do instituto, ao restringi-lo ao emprego exclusivo da *administração imperativa* e em nada contribuindo para a exploração das ricas alternativas que abre o campo da *administração consensual*, cujo emprego permite o máximo de sinergia na rica interação Sociedade-Estado.

Em boa hora, a doutrina contemporânea, ao redescobrir a *natureza binária da sanção*, com ela restabeleceu o conceito de *premiação pela adimplência*, como alternativa construtiva à alternativa polar da *punição pela inadimplência*, abrindo, desse modo, um imenso espaço de aplicação às *sanções premiais* no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, agora examinadas, de *fomento público*.

Em síntese, a formação da relação jurídico-administrativa de *fomento público*, distintamente do que sucede com as demais relações jusadministrativas até este ponto estudadas, se caracteriza pela *facultatividade*, o que vale dizer, estarem sempre dependentes da *adesão* das pessoas aos sistemas de estímulo postos à sua disposição, de modo que eventual emprego de *coercitividade* por parte do Estado nela só será admitido para, eventualmente, *coagir* o particular a cumprir as obrigações a que voluntariamente se comprometeu ou a *puni-lo* no caso de inadimplemento das obrigações livremente assumidas.

165.2. Conceito de fomento público

Todos os princípios fundantes do *fomento público* são expressos como *comandos primários da sociedade dirigidos constitucionalmente ao Estado*, a todas as suas expressões políticas, para que este os organizem, aparelhem e executem; portanto, não são meros aconselhamentos programáticos que dependam da boa vontade dos governos em implementá-los.

Assim, desde logo, todos esses princípios apresentam uma *eficácia jurídica inibidora*, de modo que, aos governos, de qualquer nível político, se lhes veda, seja por ato comissivo ou omissivo, *atuar contra o que está constitucionalmente posto como objeto específico e prioritário de fomento público*. Esta é a *eficácia mínima* dos comandos de fomento expressos na Constituição – o dever negativo de abster-se de cercear, de prejudicar e de embaraçar, de qualquer modo, as atividades que deve estimular – o que não afasta nem minimiza o dever governamental

positivo, de *funcionalização do fomento* dessas atividades constitucionalmente previstas.

Considerados esses elementos e na linha da sistemática adotada, oferece-se o seguinte conceito de *fomento público*: a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam direta, imediata e concretamente a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para que desempenhem atividades que a lei haja enfatizado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade.

Dada a amplitude que, neste sentido acompanhando irreversível tendência universal, essa função administrativa vem cobrando na ordem constitucional vigente, este Capítulo se dividirá em quatro Seções: 1 – o *planejamento estatal*, nele compreendendo as atividades de desenvolvimento regional e as atividades supletivas do Estado; 2 – o *fomento social*; 3 – o *fomento econômico*; e 4 – o *fomento institucional*.

Embora sejam destacadas no texto deste Capítulo as indicações constitucionais pertinentes e algumas indicações infraconstitucionais, referidas a setores já legislados pela União, ainda assim seria obviamente impossível, no âmbito e sob os propósitos de um Curso, discorrer sobre todas as modalidades, bem como sobre a variedade dos instrumentos de fomento público, que são atualmente proporcionados por todas as unidades administrativas e em todos os níveis da Federação, de modo que este estudo se concentrará no precípicio objetivo didático de transmitir uma adequada ideia, com os exemplos colhidos, da *instrumentalidade de vanguarda*, tão própria a esses instrumentos jurídicos da administração pública contemporânea.

Como se pode observar, a divisão proposta para o estudo do *fomento público* no Direito Administrativo brasileiro corresponde a uma classificação sob o critério dos *fins* a serem alcançados, e não dos *meios* empregados, uma vez que, por serem os seus instrumentos extremamente diversificados – tais como os creditícios, financeiros, técnicos, burocráticos, tributários e tantos mais, conforme o preferiram e o disponham os legisladores dos três níveis federativos –, desdobraria demasiadamente uma classificação neles apoiada.

Finalmente, observe-se que, para o desempenho das funções administrativas de execução do *fomento público*, inexistem quaisquer formas de privatividade, de exclusividade e de reserva legislativa ou administrativa, que possam inibir os entes políticos de empregá-las ampla e intensamente, com exceção, apenas, de duas modalidades, que já se encontram predefinidas sob disciplina constitucional: o *planejamento de Estado* (art. 174) e a *exploração econômica pelo Estado* (art. 173), como a seguir se estudará.

Seção I PLANEJAMENTO ESTATAL

166. O PLANEJAMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO

166.1. Breve histórico do planejamento de Estado

Até o início do século XX, as ações do Poder Público procuravam apenas *acompanhar* as

necessidades da sociedade e eram desempenhadas não mais que com uma discreta margem de *previsão* e quase nenhuma metodologia aplicativa para este fim, não obstante, a prática do *planejamento de ações concertadas* haver sido, de longa data, conhecido e empregado, como, nos trabalhos de estado-maior e nas atividades industriais de escala.

Este quadro se reverteria sob a pressão das circunstâncias políticas que levaram às Guerras Mundiais, de 1914 e de 1939, com a Revolução Científico-Tecnológica que as acompanhou. Ironicamente, foram os gigantescos esforços de *mobilização*, suportados pelo desenvolvimento de metodologias de previsão e de planejamento, posto em marcha pelos países industrializados envolvidos nesses megaconflitos, o fator que contribuiu decisivamente para introdução na política do *planejamento estatal* e a propagação das *técnicas de racionalização da tomada de decisão*, como instrumentos imprescindíveis para correlacionar previsões e consequências.

Lamentavelmente, como subproduto indesejável do surto de progresso material obtido pela concentração de meios à disposição dos estamentos políticos, burocráticos e militares, como se tornou necessário para atender aos megaconflitos armados, adviriam adversas consequências, entre elas a proliferação das *intervenções estatais*, recaindo sobre vários setores da sociedade, o surgimento de *grandes potências bélicas* buscando hegemonia e, sobretudo, uma intensa *hipertrofia do Estado*, fenômenos esses que caracterizariam os dois *modelos políticos* dominantes, dela resultantes – o *Estado do Bem-Estar Social* e o *Estado Socialista* –, de modo que a difusão global dessas consequências viria a dominar a cena política mundial durante grande parte do século XX.

Não obstante, nem à *técnica do planejamento*, nem à *arte de seu emprego na governança dos Estados*, dever-se-ão imputar os erros e abusos históricos causados pela aguda estatalatria e pelos ferozes regimes autocráticos que gerou, pois, afinal, como meros *instrumentos* – uma vez consistentes basicamente na *organização racional de meios e de atividades para alcançar objetivos predeterminados* –, jamais foram nada além de *técnicas moralmente neutras*, senão que haviam revelado as possibilidades de uma ampla aplicação positiva para o *progresso dos povos*, como historicamente se seguiria, com as revoluções científico-tecnológicas e das comunicações.

Em suma, o *planejamento estatal* deve ser entendido nada mais do que um *conceito instrumental*: mera *técnica social* para programar e desenvolver a correta concentração de *poder* necessária para que possa ser eficientemente empregada pelo aparelho administrativo do Estado para a racionalização de suas próprias atividades, em suas diversas *funções*; sempre operando sob *diretrizes constitucionais* e em *benefício da sociedade*, na concentração e direção dos meios que dela retira para alcançar as finalidades de interesse geral.

Historicamente, esta rigorosa vinculação do *planejamento* à *Constituição* e, hoje, ao conceito constitucionalizado de *eficiência* e, ainda, ao da *boa administração*, não era observada nem mesmo para coincidir o seu emprego com a satisfação dos interesses primários da sociedade. Com efeito, o planejamento estatal foi inicialmente introduzido nos países socialistas com o propósito de perseguir os chamados *fins estratégicos do Estado*, ainda que desvinculados dos reais *interesses da sociedade*, na linha das doutrinas totalitárias e autoritárias, então vigentes, que *não reconheciam a autonomia dos interesses públicos primários* e, muito menos, a sua supremacia sobre os *interesses estatais*, que, auspiciosamente revertidos,

passaram a ser caracterizados como interesses públicos secundários.

Esse descompasso relativo às *finalidades* da ação do Estado, na medida em que se tornava cada vez mais patente, suscitou a polêmica questão da *legitimidade* do próprio processo de *planejamento estatal*, de modo que, ainda no início do século XX, o problema de sua compatibilização com a *democracia*, ainda mais agravado pela crescente intensidade dos *comprometimentos tributários*, suscitou veementes debates que levaram à formulação de diversas soluções teóricas e ao desdobramento de variadas experiências políticas alternativas no correr do século.

Finalmente, como fruto dessas discussões e, sobretudo, das lições recolhidas com experiências históricas concretas, distinguiram-se duas nítidas posições: a dos que defendiam, notadamente por motivos ideológicos, a necessidade da imposição de um planejamento estatal sobre toda a vida econômica e social – os adeptos da denominada *planificação integral*; e a dos que, na esteira das proposições vitoriosas de Karl Mannheim, sustentavam a compatibilidade dessa técnica com a *democracia* e, portanto, a legitimidade de uma fórmula mista, que reservava o *planejamento impositivo* apenas para o Estado e se adotava, para a sociedade – os adeptos do *planejamento indicativo*.

166.2. Planejamento de Estado no Brasil

No vigente sistema constitucional brasileiro, adota-se um modelo do *planejamento democrático*, como *fundamento racionalizador para o exercício da função administrativa de fomento público* (CF, art. 174), de modo que, com seu *cártér indicativo* promova a adesão, por parte dos segmentos visados da sociedade, sem, contudo, gerar *obrigatoriedade* para os não aderentes, conciliando-se, destarte, as *vantagens técnicas do planejamento com as liberdades democráticas*.

Essa harmonização, do *impositivo e cogente*, para o *Estado*, com o *indicativo e facultativo*, para a *sociedade*, permite que os instrumentos e mecanismos administrativos do *fomento público* rendam melhores resultados, exatamente em razão das possibilidades abertas pela *livre coordenação de esforços*, tanto através da *cooperação*, quanto da *colaboração*, sobretudo pela implícita indução da *solidariedade* e pela promoção da *integração sociais*, que entre ambos produz.

A Constituição brasileira, nesta linha, atribui à União a competência para “*elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social*” com a exigência de serem aprovados pelo Congresso Nacional (art. 21, IX) e, expressamente, no campo econômico, o exercício da *função administrativa de planejamento*, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*).

167. DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Com a referência aos *planos regionais de desenvolvimento*, o legislador constitucional manteve em vigência essa peculiaridade político-administrativa da federação brasileira, que consiste na concentração da ação administrativa de fomento público da União sobre um

mesmo complexo geoeconômico e social (CF, arts. 21, IX, e 43), pela instituição desse instrumento administrativo, complementando os tributários, para equalizar as desigualdades históricas do federalismo brasileiro.

Com efeito, não obstante as esperanças do constituinte republicano de 1891, o *federalismo*, como solução para a organização político-espacial de um território de vastidão semicontinental e multicultural, não foi suficiente para superar a profunda assimetria das unidades que à época conquistavam *autonomia política*, nem, por esta razão, se havia podido realizar um desejável *desenvolvimento harmônico* das unidades federadas durante as primeiras décadas republicanas.

As fortes diretrizes introduzidas no modelo brasileiro, que então obrigavam à observância de uma idealizada *simetria federativa*, ausentes no modelo original norte-americano, revelaram-se inconciliáveis com as intensas *assimetrias reais* – políticas, econômicas, sociais e geográficas – existentes entre os recém-criados Estados-Membros da Federação, de modo que, forçadamente *homogeneizados* em sua organização, em suas funções e até em suas prioridades, não lhes permitiram encontrar, através de *experiências políticas próprias*, os seus próprios caminhos de progresso, exercitando suas autênticas opções democráticas.

Ao revés, ora macroestados, ora microestados, ora ricos, ora paupérrimos, ora densamente povoados, ora de ocupação rarefeita, ora castigados, ora privilegiados pela geografia, essas antigas Províncias do Império do Brasil, transformadas nos, hoje centenários, Estados da República Federativa do Brasil, chegaram ao século XXI exibindo diferenças abissais em seus níveis econômicos e sociais, com sua vida política e administrativa padronizada até o detalhe, quase casuístico, sujeitos às mesmas regras organizativas e funcionais constitucionais, cada vez mais homogêneas – de Constituição em Constituição e de Emenda em Emenda – por um avassalador impulso centrípeto do poder central.

Tem sido um reconhecimento, ainda que parcial e insuficiente, dessa realidade, que moveu o legislador constitucional brasileiro, desde 1946, a estabelecer *condições transfederativas* para a *integração regional*, embora sem haver logrado alcançar satisfatoriamente os resultados pretendidos, mesmo depois de mais de meio século de experiências político-administrativas.

Ainda assim, registra-se algum incipiente temperamento da rigidez uniformizadora do pacto federativo, acenando para um *transfederalismo* de *integração regional* (CF, art. 43, § 1.º, I), detalhado em *lei complementar*, que se promove através da *centralização da ação regional da União*, sem que isso leve a uma criação de *entes políticos intermédios* entre a União e os Estados federados, como propugnado por Paulo Bonavides, expandindo a burocracia político-administrativa, já tão enfatuada, com a criação, não obstante, de uma cópia de *entes administrativos federais* – os assim denominados *organismos regionais* – a ponto de exigir uma lei complementar para sistematizar e disciplinar as suas ações, não só quanto às suas atribuições, evitando superposições, como quanto à sua composição (CF, art. 43, § 1.º, II).

Assim é que, em resumo, no modelo constitucional vigente, com a previsão dos *planos regionais* e da ação executiva dos *organismos regionais*, integrados nos *planos nacionais* e conjuntamente com eles aprovados, proporcionam-se *modalidades específicas de fomento*

público de integração econômica e social nas regiões geossocioeconômicas homogêneas do País – que são os assim denominados *incentivos regionais* (CF, art. 43, § 2.º) – os quais, como qualquer outra modalidade de fomento público, devem ter previsão legal e conterão, basicamente:

- I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços;
- II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;
- III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Como exemplos de realização dessa política de acomodação federativa, segue-se breve menção aos *organismos regionais* da União, já de longa e tradicional importância, como a *Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE*; a *Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – Sudam*; e a *Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – Codevasf*.

1. SUDENE

Recriada sob forma de *autarquia especial*, pela Lei Complementar n.º 125, de 3 janeiro de 2007, a finalidade da *Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – Sudene* é proporcionar *fomento econômico* para a Região Nordeste através do estudo e proposição de diretrizes para seu desenvolvimento, da coordenação e controle de projetos a cargo dos diversos órgãos federais na região, da execução direta ou indireta de projetos e da coordenação de assistência técnica nacional ou estrangeira.

Destarte, para assegurar *unidade de ação regional*, todos os projetos de financiamento ou de aval que forem solicitados ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social ao Banco do Nordeste, para serem deferidos, deverão estar enquadrados em Plano Diretor e aprovados pela autarquia.

O principal instrumento de trabalho da Sudene é esse *Plano Diretor*, instrumento de planejamento plurianual, aprovado por lei e subdividido em etapas de execução, sendo que, de todos os projetos agroindustriais e agropecuários nele previstos, se dará preferência àqueles que absorvam mais mão de obra, sem prejuízo do emprego de tecnologia adequada.

2. SUDAM

O planejamento regional para a Amazônia, instituído em 1953, pela Lei n.º 1.806, de 6 de janeiro daquele ano, tendo como órgão executor a, então denominada, *Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia*, submete-se, atualmente, à Lei Complementar n.º 124, de 3 de janeiro de 2007, atribuindo personalidade jurídica de *autarquia especial* à *Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM*, integrando o *Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal da União*.

A delimitação de sua extensa área de ação, que compreende mais da metade do território nacional, denominada *Amazônia Legal*, mas que, em contraste com as demais regiões, não tem mais que 7,5% da população, buscou atender, desde logo, alguns critérios gerais de identidade geográfica. Não obstante, se detidamente apreciadas as características

físicas de solo, clima, vegetação, subsolo e vias de penetração do peculiaríssimo ecúmeno amazônico, verifica-se que não se trata, como se poderia supor à primeira vista, de uma região *homogênea*, mas de um colossal mosaico de áreas diversificadas e com problemas próprios, em que, de comum, destacam-se um trinômio físico – *terra, água doce e floresta* – e um binômio social – *subpovoamento e subcondições socioeconômicas*.

Com a mesma complexidade desse titânico contexto geográfico, são também os problemas entregues e as ações demandadas a essa entidade, podendo ser apreciada a magnitude de sua ação considerando suas diferentes modalidades prescritas: pesquisa, inclusive através de convênios com órgãos nacionais e estrangeiros; renovação da infraestrutura econômica; reformulação da infraestrutura social, através de medidas que visam a desenvolver o padrão humano do amazônica, especialmente por meio de bolsas e instalação de centro de formação e treinamento de técnicos de nível médio; fortalecimento da economia através de incentivos fiscais para a região e financiamento de atividades produtivas; e pela realização de *programas especiais*, dos quais se pode destacar o *Programa de Ação Concentrada*, que centraliza o fomento em 36 municípios da região visando ao desenvolvimento de *polos econômicos*, e a *Zona Franca de Manaus*, instituída para proporcionar livre comércio de importação e exportação e concessão de incentivos fiscais para a criação de um centro comercial, industrial e pecuário na área da capital do Estado do Amazonas.

3. CODEVASF

Como terceiro exemplo escolhido de entidade de atuação regional, a *Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco* – CODEVASF, empresa pública de fomento econômico, que foi criada como autarquia federal pela Lei n.º 6.088, de 16 de julho de 1974, sucedendo à *Superintendência do Vale do São Francisco* – SUVALE, que, por sua vez, se originou da *Comissão do Vale do São Francisco* – CVSF, então criada, em 1949, como um órgão semiautônomo da Administração Federal, também desenvolve sua ação específica de fomento público sobre uma vasta e importante área do território nacional.

A Codevasf está coordenada, por sua vez, a outras entidades públicas políticas e administrativas, locais e regionais, cabendo-lhe a promoção de um grande número de atividades de fomento público econômico, bem como a prestação conexa de certos serviços públicos que sejam necessários à eficiente realização do seu programa de estímulo, e, até mesmo, da execução de algumas funções de ordenamento econômico relativas à disciplina do uso das águas do Rio São Francisco e de seus afluentes.

Simile modo e por simetria constitucional, com objetivos de integração (art. 25, § 3.º), os Estados ficaram autorizados a agrupar municípios limítrofes para coordenar-lhes a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, instituindo, mediante lei complementar estadual: *aglomerações urbanas, microrregiões e regiões metropolitanas* em seus respectivos âmbitos territoriais, só que, distintamente dos organismos regionais federais, estes são simples órgãos autônomos, despidos de personalidade jurídica.

168.1. Generalidades sobre a suplementariedade setorial

Em sua atribuição de *fomento público*, o Estado pode atuar no sentido de *suprir carências da sociedade no campo econômico* e, por vezes, no campo *social*, de modo a *coadjuvar* no seu desenvolvimento harmônico e equilibrado. Este é um campo de atuação do *desenvolvimento setorial*, e não mais, do *desenvolvimento regional*, acima examinado.

A necessidade, aqui, portanto, já não é a de *integrar regiões geo-sócio-homogêneas*, mas a de *integrar certos setores de atividades* em que o Poder Público deva agir para suprir a *debilidade da iniciativa privada*, que se mostre incapaz de atuar suficientemente para a solução de problemas de *segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo* (CF, art. 173, *caput* e seus parágrafos), conceitos jurídicos indeterminados que, como foi exposto, deverão estar legalmente caracterizados e justificados para sustentar a criação de entidades interventivas específicas.

Assim, por se tratar de uma variedade especialíssima de *intervenção no domínio econômico*, de vez que ao Estado, nestes casos, compete *substituir a livre-iniciativa da sociedade pela própria*, e considerando que o valor da *livre-iniciativa* é um *fundamento constitucional da ordem econômica* (art. 170, *caput*), somente por lei poderão ser criadas essas entidades de exploração econômica com o objetivo de provocar a competição entre empresas privadas ou suprir-lhes a ausência (CF, art. 173 e art. 37, XIX e XX), genericamente designadas como *empresas estatais*.

Recorde-se, por derradeiro, que, mesmo nessas hipóteses constitucionalmente excepcionadas, deve prevalecer a *lógica do mercado* e não o dirigismo econômico, de modo que as empresas para esse efeito criadas não poderão gozar de *privilegios estatais*, especial e expressamente, de *privilegios fiscais*, que não sejam gerais e extensivos ao setor privado (CF, art. 173, § 2.º).

168.2. As empresas estatais

A proliferação de *empresas estatais* de todo gênero e de todos os níveis em nosso País, foi, no passado, o resultado da coincidência de dois fatores: um, econômico, e outro, político.

O *fator econômico* foi o surto geral de desenvolvimento experimentado, a partir do Segundo Pós-Guerra, quase sem exceção, pelas nações do globo. Nessa ocasião, o Brasil, dotado de excepcionais potencialidades, soube aproveitar o quadro internacional propício, para deflagrar o que, no jargão da teoria do desenvolvimento, se convencionou chamar de *take off*: o seu deslanche econômico.

Por outro lado, o *fator político* para o progresso, que se somou ao econômico, foi o recurso à *estatização*, que se pôs em moda como herança política da forte hipertrofia estatal experimentada durante os períodos de beligerância mundial, fenômeno este que, no Brasil, acarretou uma formidável *concentração de capitais* à disposição do Estado, alimentada por tributos crescentes, que saltaram gigantescamente, durante o século XX, de cerca de *três por cento* a mais de *trinta e cinco por cento*, do produto interno bruto do País.

A Segunda Guerra Mundial já havia terminado havia mais de meio século, mas o País só

viria a sentir o peso de suas galáxias de estatais e o absurdo de suas redundâncias e irredutíveis ineficiências, quando a dívida externa e o déficit interno acusaram, alarmantemente, a absurda deformação econômica que resultou desse período: era um Estado empresário e rico e uma sociedade dependente e pobre.

Sem menosprezar as vantagens que, à época, muitas das empresas estatais efetivamente aportaram à economia, hoje se reconhece que a pior das consequências da estatização econômica promovida pela indiscriminada intervenção concorrencial e monopolística adotada, além do inevitável *clientelismo político* que criaram, foi ter relegado, na economia brasileira, a importância dos próprios *incentivos naturais do mercado*, tais como o *lucro*, a *produtividade*, a *eficiência* e a *competitividade* – que tradicionalmente foram os responsáveis pela riqueza das nações desenvolvidas – a ponto de contaminar as próprias empresas privadas, levando-as a buscar também, a qualquer custo, uma situação similar: como uma imensa clientela acomodada de favores públicos.

Por esses motivos, muito embora possa ser incidentalmente positiva, em alguns casos e por determinados períodos, a presença *estimulante* ou *supletiva* do Estado, a médio e longo prazo tornam-se inevitáveis os seus efeitos deletérios e, sobretudo, desalentadores de livres-iniciativas do corpo social, com toda a coorte de distorções econômicas, sociais e, principalmente, as políticas que produzem, pois o progresso é nada mais que um produto *toyneeano* de provocação social que ocorre no processo civilizatório: o desafio e a resposta, a emulação e a superação – sempre a criatividade, e não, raramente, a ousadia – qualidades que medram na *livre competição* e não sob a proteção de burocracias acomodadas, conservadoras, inertes e asfixiantes, quando não corruptas.

Nem por outras razões, como fruto de experiências vividas, a atual Constituição passou a exigir a edição de lei, com motivação expressa, sempre que o Poder Público, por qualquer dos fundamentos do art. 173, caput, se proponha a desenvolver algum tipo de exploração econômica, pois o Estado empresário é a exceção e como tal deve ser mantido, uma vez que, ao revés do que se pretenderia, sua hipertrofia poderá facilmente viciar, quando não desestimular o empreendedorismo na sociedade, ainda quando o pretexto anunciado possa, formalmente, ser o fomento econômico setorial, em suprimento, integração ou apoio das atividades privadas.

De resto, a Constituição de 1988, para afastar, ao máximo, os inconvenientes socioeconômicos, além dos políticos, que costumam acompanhar as empresas estatais, previu cautelosamente regê-las em dois estatutos legais: o primeiro, de caráter geral, para a organização e atuação no mercado de qualquer de suas três modalidades: *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e suas *subsidiárias*, e o segundo, específico, para regulamentar as relações das *empresas públicas* com o Estado e com a sociedade (art. 173, §§ 1.º e 3.º).

168.3. Desestatização e privatização

Em prosseguimento ao redimensionamento do Estado na área econômica, na linha dominante a partir das últimas duas décadas do século XX, o Brasil passou a adotar processos de *desestatização* e de *privatização* em vários campos e setores da vida nacional em

que atuava.

A desestatização incidiu sobre as atividades consideradas *indevidamente exploradas pelo Estado*, ou seja, as que nem são necessárias aos *imperativos da segurança nacional* nem a algum relevante interesse coletivo, realizando-se pela *privatização* de empresa total ou parcialmente estatal. A privatização atua, portanto, como um *instrumento juspolítico* para promover a desestatização da atividade considerada incompatível com os modos públicos de gestão, próprios do Estado, pois, uma vez assentado o princípio constitucional do *primado da iniciativa privada* (CF, arts. 1.º, IV, e 170, *caput*), dele decorre a *excepcionalidade da exploração de atividade econômica pelo Estado*, somente admitida em casos constitucionalmente previstos, daí a necessidade de *privatização* das empresas encontradas em descompasso com esse princípio, para restabelecer-se a *conformidade substancial* da ação do Estado no domínio econômico com o art. 173, *caput*, da Constituição.

A Constituição arma todo um sistema normativo a respeito, delimitando a ação do Estado como *agente econômico empresarial*, permitida apenas sob os parâmetros constitucionais, e nas seguintes situações:

- 1.º) na exploração econômica e direta de serviços públicos (arts. 21, XI e XII, 25, § 2.º e 30, V) e de outras atividades monopolizadas (art. 177, I, II, III, IV e V), previstas expressamente na Constituição (art. 173, *caput*);
- 2.º) na exploração econômica e direta de outras atividades previstas implicitamente na Constituição, desde que, como exposto, definidas por lei como necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*).

Assim, a criação do *Programa Nacional de Desestatização*, com a edição da Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, visou, entre outros fins, a *devolver ao setor privado* a execução de atividades econômicas “*indevidamente exploradas pelo setor público*”, seja privatizando serviços públicos executados por empresas estatais, seja privatizando atividades econômicas quaisquer, que estavam sendo desempenhadas por entidades estatais.

O grande alcance da privatização está, todavia, em sua lógica consequência política, que vem a ser a *republicização do Estado*, que durante longo tempo vinha perdendo a *legitimidade* de sua ação na área econômica, refugiando à sua *finalidade* pública, ao direcionar ações e abundantes recursos, que deveriam ser destinados à boa governança dos *interesses públicos primários* confiados pela sociedade democrática, para voltar-se ao atendimento clientelista de *interesses públicos secundários* e até de *interesses privados*, quando não espúrios, inevitáveis quando desviada a sua atuação, que deveria ser politicamente legitimada, para ser um ineficiente *Estado-empresário*.

O mais grave, contudo, além de desenvolver atividades *constitucionalmente impróprias*, conforme acima se conotou, distorcendo e desvirtuando sua legítima *atuação primária*, essa contínua interferência praticada pelo Estado, ao agir como agente empresarial, mesmo desrido de privilégios (CF, art. 173, § 1.º, II), atua como antifomento, em desestímulo do espírito empreendedor e do desenvolvimento de um robusto empresariado nacional e, o que

vem sendo reconhecido, lastimavelmente com muito atraso, estimulando a *corrupção* em todos os níveis.

Seção II FOMENTO SOCIAL – O HOMEM

169. O HOMEM E O FOMENTO PÚBLICO SOCIAL

O *fomento público social* tem como seu destinatário direto o *homem* e envolve a multiplicação de instrumentos de amplo alcance coletivo destinados a elevá-lo, orientá-lo e auxiliá-lo para o desfrute de uma vida condigna e produtiva em uma sociedade livre e educada.

Distinguem-se dois níveis de preceitos jurídicos de fomento público no campo social: o *constitucional*, com as espécies que serão aqui apontadas, e o *legal*, ilustrado apenas com exemplos.

Acertadamente, dando *primado ao homem*, na Constituição de 1988 a *declaração de liberdades, direitos e garantias* precede as normas da *organização política*, ou seja: tem-se, abrindo o Diploma Magno, a *Carta do Homem* (Título II), antecedendo a *Carta do Estado* (Título III) e, assim, realçando-lhe o primado. É o que sempre deveria ser – e nela efetivamente se dispôs –, mas é necessário que esse conceito se radique nos corações e mentes e se reflita em cada aspecto da vida nacional, sendo este conceito o mais elevado móbil da função administrativa de *fomento público social*.

Efetivamente, a Constituição *abre com a pessoa humana e termina com ela*: desde a consideração genérica de sua dignidade (art. 1.º, III), de seus direitos imanentes (arts. 4.º, II, e 5.º), e, de modo particular, de sua vida em família, na infância, na adolescência e na velhice (arts. 226 a 230), para encerrar também voltando ao homem, àquele que se quedou mais próximo da natureza e não pediu que lhe impusessem nossa civilização e que, por isso, merece mais que o cuidado, todo o nosso respeito – o *índio* (arts. 231 e 232).

Ao considerar, desde logo, o *núcleo social* básico de convivência, prevê-se o *fomento familiar*, pela *gratuidade do casamento* (CF, art. 226, § 1.º), pelo apoio ao *planejamento familiar privado* (CF, art. 226, § 7.º) e pela ênfase na *assistência familiar* (CF, art. 226, § 8.º), abrindo campo às variadas soluções legais a serem desenvolvidas pelo legislador ordinário.

O *homem*, desde *criança e adolescente*, é o alvo de *prioridades constitucionais*; não apenas garantindo-as *diretamente* pela ação do Estado – como objeto de especial *fomento* – como também exigindo que toda a sociedade compartilhe do esforço de valorização da *formação* de todos os seus membros (CF, art. 227 e seus parágrafos).

Do mesmo modo, os *idosos*, cuja proporção aumenta nas sociedades civilizadas, são contemplados com programas de *fomento* a serem executados preferencialmente em seus lares (CF, art. 230), estabelecendo a criação de incentivos e de facilidades para o desfrute de uma vida longa, sadia e criativa.

Quanto aos *índios*, a proposta constitucional de proteção cometida à União também só

pode ser satisfatoriamente executada se a sociedade também compartilhar desses propósitos e coparticipar de sua realização, com a fixação de objetivos apropriados, que demandam a elaboração de uma legislação cuidadosa, cientificamente embasada e especialmente incentivadora de atividades privadas coincidentes com objetivos equilibrados e sem radicalismos, de *preservação das heranças culturais* dos povos remanescentes, ao mesmo tempo em que se favoreça a *integração cultural* na sociedade brasileira, para que as futuras gerações possam desfrutar plenamente das benesses do progresso nacional. De modo geral, vale recordar, qualquer modalidade de atuação social *privada* no sentido de atender a esses objetivos, deverá ser sempre incentivada e até mesmo protegida com *imunidade tributária*, no caso de vir a ser prestada por entidades sem fins lucrativos (CF, art. 150, VI, c).

170. FOMENTO PÚBLICO SOCIAL DA EDUCAÇÃO, DA PESQUISA E DA INFORMAÇÃO

O tema mais exaustivamente tratado na Constituição em sede de *fomento público* é a *educação* – e não poderia ser de outro modo, em País com as características socioculturais do Brasil. O Texto inicia por declarar de *competência comum*, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência* (art. 23, V), ou seja, a *função administrativa de fomento à educação*.

Assim, desde logo incentiva-se constitucionalmente esta elevada atividade, com a *vedação de instituir impostos* sobre as entidades de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, c), seguindo-se outros preceitos na mesma linha promocional: o *apoio ao educando*, previsto no art. 208, VII; a *assistência técnica da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no desenvolvimento dos sistemas de ensino*, no art. 211, § 1.º; as *subvenções às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas*, definidas em lei, sem finalidade lucrativa, no art. 213.

Sistematizam-se, portanto, várias modalidades constitucionais de fomento, que se completam e se reforçam, com a previsão do *emprego do rádio e da televisão* (art. 221, I), aos quais cabe, institucionalmente, promover o desenvolvimento integral da pessoa e da sociedade, prevendo, a Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996), o emprego do *ensino a distância* (art. 80, leg. cit.).

São ainda muito relevantes para a informação e a divulgação educacional, as *imunidades constitucionais de impostos* conferidos aos livros, jornais, periódicos e papel (art. 150, VI, d), como veículos privilegiados da educação e da difusão do conhecimento, de ideias, da arte e, em suma, da expressão das liberdades intelectuais.

A União dispõe de órgãos próprios para a formulação e execução da *política de fomento público à educação, à cultura, à pesquisa, à formação profissional* e, de modo geral, ao *desenvolvimento intelectual do povo*, como, destacadamente, a *Comissão de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES*, em nível mais elevado, o *Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq*.

Importante iniciativa federal voltada à *vinculação e garantia da aplicação de recursos públicos na educação*, especialmente no Ensino Fundamental, foi o principal objetivo do pioneiro *Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do*

Magistério – FUNDEF (criado pela Emenda Constitucional n.º 14, em 1996), corrigindo a errática distribuição de recursos entre os Estados-membros e seus respectivos Municípios e assegurando um valor mínimo a ser investido por aluno e por ano; redistribuindo basicamente os recursos dessas próprias unidades e os complementando pela União quando os recursos estaduais disponíveis não atingirem o valor mínimo por aluno definido nacionalmente, instituindo, para tanto, a *vinculação de receitas à educação* (art. 60, ADCT).

Este Fundo foi substituído e ampliado pelo *Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB*, (também por Emenda Constitucional, n.º 53, em 2006), com vigência transitória até o ano de 2020 (art. 60, ADCT), redistribuindo os recursos para a *manutenção e desenvolvimento do ensino* previstos no art. 212 da Constituição, que destina a aplicação anual da União em nunca menos que 18% da receita resultante de impostos e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25% de suas respectivas receitas provenientes de impostos próprios e de transferências.

Paralelamente, os Estados têm desenvolvido suas próprias *instituições de fomento educacional* no mesmo sentido, mencionando-se as denominadas FAPs, *fundações de amparo à pesquisa*, de que já se tratou, e o surgimento auspicioso de instituições similares *municipais* de fomento educacional, prenunciando a plena institucionalização de um amplo *sistema nacional* com vistas à intensificação ordenada do intercâmbio de experiências e de soluções para maior eficiência operativa.

171. FOMENTO PÚBLICO SOCIAL DO TRABALHO

Por *fomento público do trabalho* entende-se o conjunto de atividades administrativas do Estado propiciadoras de condições e de instrumentos legais especificamente voltados à *melhoria das condições do trabalhador*.

A Constituição Federal impõe, genericamente, o dever de *fomento do trabalho* a todas as unidades políticas da Federação, sendo a *elevação do nível do trabalhador* uma das vias pelas quais se dá cumprimento ao princípio constitucional da *valorização do trabalho*, estabelecido como fundamento do Estado brasileiro (art. 1.º, IV) e, especificamente, da atividade econômica (art. 170, *caput*).

A legislação instituiu *sistemas mistos*, conjugando *assistência social* e *fomento público* por vocação setorial, ou seja, separadamente, para *três setores*: o dos trabalhadores na indústria, o do comércio e o do campo.

Esses três *subsistemas* se valem do auxílio de *entes de colaboração administrativa*, que são os já estudados *serviços sociais autônomos*, exercidos por *pessoas jurídicas de direito privado de assento legal*, organizadas como *associações civis*, que se distinguem pelo fato de auferirem receita arrecadada impositivamente, sob a forma de *contribuições sociais* específicas, e pela *delegação legal* que lhes é outorgada para a execução de atividades administrativas de *assistência social* e de *fomento público* do trabalhador em cada um dos três setores.

171.1. Setor industrial

Para o setor industrial destacam-se dois *entes sociais autônomos*, organizados e dirigidos pela *Confederação Nacional da Indústria – CNI*, assim caracterizados:

O SENAI – *Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial* foi instituído pelo Decreto-lei n.º 4.048, de 22 de janeiro de 1942, com a destinação específica de estabelecer escolas de aprendizagem, nas quais deve ser ministrado ensino de aperfeiçoamento e de especialização para os trabalhadores industriários, não sujeitos à aprendizagem desenvolvida nas próprias empresas, que é a regulada pela *Consolidação das Leis do Trabalho* (arts. 429 a 433).

O SESI – *Serviço Social da Indústria* foi instituído pelo Decreto-lei n.º 9.403, de 25 de junho de 1946, com a finalidade de estudar, planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar dos trabalhadores na indústria e atividades assemelhadas, atendendo, notadamente, aos setores de habitação, nutrição, higiene e problemas domésticos decorrentes da dificuldade de vida.

171.2. Setor comercial

Para o setor comercial destacam-se igualmente dois *entes sociais autônomos*, organizados e dirigidos pela *Confederação Nacional do Comércio – CNC*, com as seguintes características operacionais:

O SENAC – *Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial*, regido basicamente pelos Decretos-leis ns. 8.621 e 8.622, de 10 de janeiro de 1946, tem atribuições semelhantes às do SENAI. Para o setor comércio, cumprindo-lhe manter e organizar escolas para a aprendizagem comercial extraempresa para os empregados adultos, não sujeitos à aprendizagem prescrita pela *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*.

O SESC – *Serviço Social do Comércio*, regido basicamente pelo Decreto-lei n.º 9.853, de 13 de setembro de 1946, com a finalidade de planejar e de executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos comerciários e de suas famílias, notadamente quanto aos problemas de nutrição, habitação, vestuário, saúde, educação e transporte.

171.3. Setor rural

Para o setor rural, destaca-se um *serviço social autônomo*, o SENAR – *Serviço Nacional de Aprendizagem Rural*, por curiosidade, a única entidade desta natureza a receber previsão constitucional (art. 62, ADCT), criado pela Lei n.º 8.315, de 23 de dezembro de 1991, nos moldes dos instituídos para a aprendizagem industrial e a aprendizagem comercial.

172. FOMENTO PÚBLICO SOCIAL DA CULTURA, DO LAZER, DOS DESPORTOS E DO TURISMO

172.1. Fomento cultural

Cultura, lazer e desportos são outros três temas de fomento público contemplados na

Constituição de 1988.

Para o fomento cultural, a competência é *comum* de todas as entidades políticas (CF, art. 23, III, IV e V), sendo que o Município recebe um *cometimento específico* para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local” (CF, art. 30, IX).

As emissoras de rádio e de televisão devem desenvolver a *cultura* de forma preferencial (CF, art. 221, I, II e III) e, especificamente, as *fundações de cultura política*, criadas pelos partidos políticos, ganharam isenção tributária para realizarem seus respectivos fins (CF, art. 150, VI, c).

No âmbito federal, três entidades – o *Instituto Brasileiro de Arte e Cultura – IBAC*, o *Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC* e a *Biblioteca Nacional*, com autorização para se constituírem na Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990, com alterações posteriores – dividem entre si atribuições antes dispersas em sete fundações culturais extintas.

A proteção estatal, também constitucionalmente instituída para a *memória* e o *fomento cultural da sociedade brasileira*, que se estende aos documentos, às obras e aos locais de valor histórico e artístico, aos monumentos e às paisagens naturais notáveis, bem como às jazidas arqueológicas, far-se-á pelo emprego dos instrumentos administrativos disponíveis, da desapropriação, da servidão pública, do tombamento e das limitações, todos já estudados, e, mais, com a interdição de exportação, aplicável aos livros antigos (séculos XVI a XIX) e conjuntos bibliográficos, como bens sujeitos à legislação especial, a Lei n.º 5.471, de 9 de junho de 1968.

De qualquer modo, a atuação do Estado no campo cultural está balizada pelos arts. 215 e 216 da Constituição, limitada, assim, à proteção das fontes, das expressões e dos produtos culturais, afastando, com isso, qualquer ingerência estatal nos processos espontâneos da sociedade, vedando-se a criação cultural dirigida, bem como qualquer outra forma de intervenção, como sejam a introdução de *culturas de adoção* ou de *predileção oficial*.

172.2. Fomento do turismo

O *turismo* recebeu tratamento explícito na Constituição de 1988 ao estabelecer a competência concorrente, da União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre a *proteção do patrimônio turístico* (art. 24, VII), sobre *responsabilidade por dano a bens e direitos de valor turístico* (art. 24, VIII) e, enfaticamente, ao cometer a todas as unidades da Federação o *dever de fomento turístico*, para que promovam e incentivem o turismo, declarando-o *fator de desenvolvimento social e econômico* (art. 180).

No plano federal, a Lei n.º 8.181, de 28 de março de 1991, comete a uma *autarquia especial*, denominada *EMBRATUR – Empresa Brasileira de Turismo*, a competência para formular, coordenar, executar e fazer executar a *política nacional de turismo* (art. 2.º).

Especificamente, em sua função de fomento, compete à EMBRATUR: estimular as iniciativas públicas e privadas tendentes a desenvolver o turismo interno e o do exterior para o Brasil; promover e divulgar o turismo nacional, no País e no Exterior, de modo a ampliar o ingresso e a circulação de fluxos turísticos no território brasileiro; analisar o mercado turístico e planejar o seu desenvolvimento, definindo as áreas, empreendimentos e ações

prioritárias a serem estimuladas e incentivadas; fomentar e financiar, direta ou indiretamente, as iniciativas, planos, programas e projetos que visem ao desenvolvimento da indústria de turismo, controlando e coordenando a execução de projetos considerados como de interesse para a indústria do turismo; estimular e fomentar a ampliação, diversificação, reforma e melhoria da qualidade da infraestrutura turística nacional; definir critérios, analisar, aprovar e acompanhar os projetos de empreendimentos turísticos que sejam financiados ou incentivados pelo Estado; inventariar, hierarquizar e ordenar o uso e a ocupação de áreas e locais de interesse turístico e estimular o aproveitamento turístico dos recursos naturais e culturais que integram o patrimônio turístico, com vistas à sua preservação, de acordo com a Lei n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977; estimular as iniciativas destinadas a preservar o ambiente natural e a fisionomia social e cultural dos locais turísticos e das populações afetadas pelo seu desenvolvimento, em articulação com os demais órgãos e entidades competentes; promover, junto às autoridades competentes, os atos e medidas necessários ao desenvolvimento das atividades turísticas, à melhoria ou ao aperfeiçoamento dos serviços oferecidos aos turistas e à facilitação do deslocamento de pessoas no território nacional, com finalidade turística; realizar serviços de consultoria e de promoção destinados ao fomento da atividade turística; patrocinar eventos turísticos e conceder prêmios e outros incentivos ao turismo (art. 2.º, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XIII, XIV e XV – quase a totalidade das atividades previstas no elenco das dezenas de especificações de competências legalmente outorgadas).

Além dessas, compete à Embratur a importante função delegada de órgão de cadastramento e de classificação dos empreendimentos destinados às atividades turísticas nos termos da legislação vigente (Decreto n.º 4.898, de 26 de novembro de 2003) (art. 2.º, X), atividade esta que se constitui em instrumento para a execução de ações de fomento no setor.

173. FOMENTO PÚBLICO SOCIAL AMBIENTAL

Para a efetiva proteção do *ambiente*, não basta uma legislação ordinatória e coercitiva; é necessário o desenvolvimento de uma *ação pedagógica permanente*, com características indicativa, incentivadora e complementar, para que, em longo prazo, esta atuação venha a ser mais importante que a corretiva.

A *persuasão* se situa no foco do sistema do *fomento público social* voltado à *proteção* e *melhoria* do meio ambiente, de modo que todas as providências elencadas no art. 225 da Constituição podem e devem ser objeto de legislação de incentivo infraconstitucional paralela e como alternativa às tradicionais instituições de coerção.

Por se tratar, a *proteção ambiental*, de função administrativa de *competência comum* (CF, art. 23, VI), todas as entidades políticas podem legislar sobre sua própria atuação administrativa para a execução do *fomento ambiental*. A natureza dessas ações dependerá ou dos *setores ambientais* a serem protegidos – flora, fauna, ar, água e solo – ou dos *tipos de ações* considerados.

Tome-se como especial exemplo setorial de sistema infraconstitucional de fomento público social ambiental, o da *flora*, por sua abrangência, diversidade e importância para o País.

O fomento florestal se perfaz por diversas modalidades, tais como: pela criação de *parques nacionais, estaduais, municipais e de reservas biológicas*; pelo estímulo à criação de *reservas particulares*; pela *isenção tributária das áreas florestadas ou reflorestadas compulsoriamente pela União* (Código Florestal, Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, art. 18, § 2.º); pela *isenção do imposto territorial rural das áreas com florestas sob regime de preservação permanente* e daquelas com *florestas plantadas para fins de exploração madeireira*; pela concessão de *prioridades de crédito*, em estabelecimentos oficiais, aos projetos ligados às atividades florestais sob regime especial; pela inserção obrigatória, em livros escolares de leitura, de textos de educação florestal e pela instituição da *Semana Florestal*, com o fito de estimular a mentalidade correta em face da riqueza arbórea, sua importância, utilização e preservação.

A legislação de fomento ambiental, como se exemplificou com o *setor florístico*, em geral, vem inserida em textos que também tratam, quando não prioritariamente, de normas de *policia*, de *ordenamento econômico* e de *ordenamento social*, sendo sempre necessário identificá-las e destacá-las, quando se pretenda desenvolver um estudo sistemático de institutos de fomento ambiental.

O fomento público é um permanente desafio lançado à imaginação e à criatividade do legislador, pois, adequadamente legislado, tem o condão de *estimular* os administrados e administradores públicos que, numa sociedade livre, são preponderantemente motivados pela *persuasão*, por ser preferível às alternativas rotineiras, próprias de uma sociedade intensamente guiada pela *coerção*, e, por isso, não deve ser relegado pela Administração Pública a um segundo plano de prioridades, mormente quando se trata de *preservação ambiental*, tema crucial para este século, como se tem enfatizado pela mídia e nos foros globais.

É com este sentido que, ultimamente, as legislações mais avançadas têm desenvolvido sistemas específicos de *fomento ambiental*, que, preferentemente a punir, *estimulam* as empresas potencial ou efetivamente poluidoras a evitar e a reduzir os danos ambientais, combinando os sistemas fiscais e sancionatórios existentes com um sistema de *bônus*, em que aquelas que poluem abaixo dos níveis de tolerância possam comercializá-los com as que poluem acima desses níveis, para que sirvam de meio liberatório para a quitação de tributos e de multas administrativas.

174. FOMENTO PÚBLICO SOCIAL RURAL E REFORMA AGRÁRIA

O *fomento rural* abrange uma série de ações de estímulo, de toda natureza, dirigidas à plena satisfação da *função social da propriedade agrária*, entre as quais, por sua importância, a facilitação do assentamento de trabalhadores rurais no campo, pela realização da *reforma agrária*.

Por *reforma agrária* deve-se entender a *função administrativa* com a finalidade promover

o *assentamento* de famílias carentes de lavradores, para dar *destinação produtiva* às terras particulares que não satisfazem às condições mínimas de satisfação de sua *função social*, tudo como parte de uma política geral agrícola e fundiária do País, a cargo da União.

O instrumento principal da *reforma agrária* é a *desapropriação rural por interesse social*, modalidade expropriatória de definição constitucional e de competência exclusiva da União (CF, arts. 184 a 191), sobre a qual já se discorreu, sublinhando que, para ser constitucionalmente admitido o seu uso – entendido que o Estado não conte com alternativas menos drásticas e menos onerosas – é necessário que se caracterize que o imóvel rural *não está cumprindo a sua função social*.

Essa caracterização decorre da constatação cumulativa de *requisitos objetivos*, genericamente elencados na Constituição e especificamente definidos em lei, de modo que o ato declaratório do Poder Executivo possa ser controlado, quanto aos *motivos*, pelo Poder Judiciário. Serão, todavia, insuscetíveis de desapropriação para tais fins a *pequena e média propriedade rural*, como a defina a lei, desde que seu proprietário não possua outra e, por motivos óbvios, seja a propriedade produtiva (CF, art. 185).

É importante ter-se em conta que a *desapropriação rural por interesse social* é um instrumento da *reforma agrária* e esta, por sua vez, um instrumento mais amplo, integrado em toda a política agrícola do País, de modo que a *eficiência* dos resultados decorrerá do emprego harmônico de todos os meios administrativos postos à disposição do Estado, convergindo para a melhoria da produção e da produtividade da terra, sem o quê, qualquer assentamento não terá sentido, quer econômico, quer social.

Dessas considerações decorre que a *expropriação para reforma agrária* não é um fim em si mesma, e os *assentamentos* que proporciona devem estar conjugados com *outros mecanismos de fomento rural*, tais como os incentivos creditícios e fiscais; os incentivos à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e o seguro agrícola, com outros mais, de previsão constitucional (CF, art. 187).

Com relação à disponibilidade da terra para o assentamento do homem do campo, ao lado do instrumento expropriatório de terras privadas e com preferência sobre o seu emprego, a Constituição de 1988 previu a *alienação e concessão de terras públicas* (art. 188, § 1.º) e manteve o instrumento de *usucapião laboral rural extraordinário*, em favor do trabalhador que, não sendo proprietário de outro imóvel, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra não superior a 50 hectares, tornada produtiva por seu trabalho, ou de sua família, nela tendo sua moradia (art. 191).

Os dispositivos constitucionais relativos à *reforma agrária* foram regulados pela Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que conceitua o *imóvel rural, a pequena propriedade, a média propriedade, os títulos da dívida agrária, a propriedade produtiva, as áreas não aproveitáveis e outros temas relevantes* (arts. 4.º, 5.º, §§ 3.º, 6.º e 10).

Seção III FOMENTO ECONÔMICO – A EMPRESA

175. FOMENTO PÚBLICO ECONÔMICO E A EMPRESA

175.1. A empresa

O gregarismo produz, historicamente, uma cópia de *modalidades associativas*, conforme os padrões evolutivos de cada sociedade referida. A *empresa* é uma dessas modalidades associativas que se desenvolvem e predominam nas sociedades civilizadas, quando se trata de realizar tarefas que ultrapassam as possibilidades do indivíduo isolado.

No conceito institucional de *empresa* convergem três elementos: a *vontade* dos que a criam, os *meios* aptos a desenvolvê-la e os *fins* determinados a serem perseguidos.

Quando esses *fins* estão os referidos ao e os *meios* são os aptos para produzir *resultados* nos setores da produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas, tem-se uma *empresa econômica*.

Quando esses *fins* estão referidos ao *campo social* e os *meios* disponibilizados aptos para produzir *resultados* nos específicos setores em que se desdobra, há uma *empresa social*.

Relativamente às *empresas*, a Constituição de 1988 não apenas *valoriza a livre-iniciativa* que as cria (art. 170), como *estimula* particularmente a modalidade empresarial *cooperativa* (art. 174, § 2.º), abaixo destacada, e ainda prescreve tratamento jurídico diferenciado *incentivado* para as *empresas de pequeno porte* (art. 179).

175.2. Fomento cooperativo

A legislação infraconstitucional mais completa é a que se refere às *cooperativas*. Tal a importância que o Estado reconhece à modalidade *cooperativa* de atuação econômica, que a ela dedica, realmente, uma disciplina pródiga e multifária, extensiva a outras formas assemelhadas de *associativismo* (CF, art. 174, § 2.º). Aqui, como em outros temas, são encontradas, em rica interpretação e intenso amalgamento, normas de *ordenamento social*, privado e administrativo, e de *ordenamento econômico*, voltadas todas à preocupação de realizar do melhor modo o *fomento público* dessa modalidade associativa.

Na clássica lição de Fábio Luz Filho, o *cooperativismo* é “um sistema econômico-social que tem por centro o homem (é união de pessoas e não de capitais) e por fim a satisfação de suas necessidades, sem visar ao lucro e, sim, ao interesse coletivo na produção e distribuição das riquezas. Colima o valor do uso e não valor da troca”.

Como se observa, justifica-se o estudo deste instituto no Capítulo dedicado ao *fomento*, porque, com sua atuação, o Estado *não intervém para a criação de cooperativas*, senão que se limita a *estimular* a multiplicação destas entidades na sociedade, ao conferir-lhes *padrões legais definidos* e *segurança nas relações de direito público e privado* que constituam, através de uma específica *função administrativa disciplinadora, fiscalizadora e sancionadora*.

Em resumo: de um lado, a atividade está submetida ao Direito Privado com o fim de harmonizar, convenientemente, e dotar de segurança as *relações de coordenação* entre os particulares, enquanto que, de outro lado, a atividade regrada pelo Direito Administrativo consiste em criar um sistema de *subordinação*, de ordenamento social e de fomento público,

visando integradamente à segurança institucional do cooperativismo, através de mecanismos de registro, fiscalização e apenação, intervenção e dissolução, das entidades e considerando como precípua finalidade o estímulo e propagação do cooperativismo.

Quanto à competência, no que diz respeito a seus aspectos privatísticos, é reserva da União, mas, quanto ao exercício do fomento, cada grau federativo disporá amplamente sobre a modalidade de incentivo que queira aplicar ao cooperativismo.

No plano federal, disciplina a matéria a Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a política nacional de cooperativismo e o regime jurídico das sociedades cooperativas (o art. 42 foi alterado pela Lei n.º 6.981, de 30 de março de 1982, também tratando do assunto a Medida Provisória n.º 2.168, de 2001).

175.3. Fomento às empresas de pequeno porte

Quanto ao fomento público de microempresas e de empresas de pequeno porte, a Constituição o arvora a princípio reitor da ordem econômica, como um “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (art. 170, IX) e preceituado como um subsistema jurídico diferenciado para aquelas empresas, definidas em lei, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (art. 179).

Em nível infraconstitucional esse sistema está estruturado pela Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em que são previstos procedimentos simplificados de registro societário, de recolhimento de tributos e de contribuições, além de regras especiais em procedimentos licitatórios.

Cite-se, ainda, como outro diploma normativo que veio dar concretude ao fomento público de microempresas e de empresas de pequeno porte, em nível constitucional, a Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2011, que, incluindo o art. 980-A no Código Civil, permitiu a criação da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Trata-se de espécie societária que permite que o empresário individual constitua uma sociedade unipessoal limitada, resguardando o seu patrimônio pessoal de eventuais execuções por dívidas da sociedade.

Na execução dessa política, em nível federal, atua como agente difusor um serviço social autônomo, assim caracterizado pela Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990 (art. 8.º) – o Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa – SEBRAE, cujas atividades são custeadas por contribuições próprias, instituídas no Decreto-lei n.º 2.318, de 30 de dezembro de 1986.

176. FOMENTO PÚBLICO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS PRIMÁRIAS

Este item trata do fomento público econômico setorial, voltado à agropecuária, à pesca, à pesquisa mineral e à extração mineral, em lista meramente exemplificativa destinada a ilustrar a atuação incentivadora do Poder Público em importantes setores primários da produção.

A Constituição de 1988, logo ao tratar da competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dispõe sobre o *fomento da produção agropecuária* e a organização do *abastecimento* de gêneros alimentícios nas cidades (art. 23, VIII) para, adiante, ao cuidar da ordem econômica, detalhar esta competência prevendo adequadas *políticas* de estímulo, assistência técnica, desenvolvimento e financiamento para as atividades agrícola, agroindustrial, agropecuária, florestal e pesqueira (art. 187, § 1.º).

Para que o *planejamento estatal da produção agropecuária* não se perca no papel, o legislador infraconstitucional deverá cometer às *Administrações dos três graus federativos* a atração da participação efetiva dos setores de produção, comercialização, armazenamento e transportes, através de meios persuasivos, como o crédito, o incentivo fiscal, a prestação de assistência técnica e o incentivo à tecnologia e à pesquisa (CF, art. 187).

O comando constitucional é bem claro: primeiramente, dirigido ao legislador, para que disponha sobre esses instrumentos suasórios de fomento; e, depois, à Administração, para que os utilize, com vistas a atrair o setor privado para a integração voluntária na execução do planejamento dessa política.

A este respeito, o *estímulo cooperativo*, recorde-se, integra-se ao da *produção*, notadamente a *rural*, setor no qual essa modalidade empresarial solidária é particularmente eficaz, dele não se esquecendo o legislador constitucional, mencionando-o expressamente como elemento da *política de fomento agrícola* (CF, art. 187, VI).

A *política nacional de incentivo financeiro agropecuário* parte dos Ministérios da Agricultura e do Conselho Monetário Nacional, junto ao qual, para este efeito, funciona uma *Comissão Consultiva de Crédito Rural*, constituída de representantes de órgãos públicos ligados às atividades agrárias e de outros órgãos, públicos e privados, do *sistema de crédito rural*.

São as seguintes as entidades do sistema do crédito rural: *Banco do Brasil S.A.*, *Banco do Nordeste do Brasil S.A.*, *Banco da Amazônia S.A.*, bancos privados, instituições financeiras estaduais ou municipais, que operem em crédito rural, e as cooperativas de crédito agrícola.

O Decreto-lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, criou um instrumento de direito privado – a *cédula de crédito rural* – especialmente para titular as operações do sistema. Trata-se de uma *promessa de pagamento em dinheiro*, sem ou com garantia real, que se constitui em *título de dívida líquida e certa*, hábil para execução, apresentando, ainda, características peculiares no que se refere a amortizações periódicas e prorrogações de vencimento e outras mais, admitindo quatro modalidades: cédula rural pignoratícia, garantida por penhor; cédula rural hipotecária, garantida por hipoteca; cédula rural pignoratícia e hipotecária, com ambas as garantias, e a nota de crédito rural (sem garantia real, mas que contava com o privilégio especial sobre os bens discriminados no art. 1.563 do Código Civil de 1916).

Ao Banco do Brasil S.A. compete *financiar as atividades rurais*, com taxas de juros, descontos e comissões favorecidas, sendo que as operações de valor até 50 vezes o maior salário mínimo vigente no País ficam isentas de taxas, despesas de avaliação e registro cartorário, mantendo posição de cúpula do sistema executivo da política de crédito rural.

O *fomento técnico-científico da agropecuária* se perfaz através da *Empresa Brasileira de*

Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA – empresa pública criada pela Lei n.º 5.851, de 07 de dezembro de 1972, uma paraestatal modelar no desempenho de suas atribuições de apoio e de incentivo às atividades rurais.

176.2. Fomento da pesca

Quanto ao *fomento da atividade pesqueira*, distinguem-se dois momentos: o da *captação*, que é matéria de competência legislativa concorrente da União e dos Estados (art. 24, VI), e o da *distribuição*, que visa ao abastecimento das populações, matéria de competência administrativa comum a todas as entidades políticas (art. 23, VIII); são ainda, genericamente, atribuições do Poder Público as *políticas de fomento pesqueiro* (art. 187, § 1.º).

As atribuições legais de *fomento*, bem como as funções de *pólicia da pesca*, estão cometidas ao já referido *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA*.

176.3. Fomento da produção mineral

O *fomento público da mineração* está legislado no Decreto-lei n.º 764, de 15 de agosto de 1969, realizando-se pela assistência financeira, entendida não só através da transferência de recursos como por qualquer outra modalidade de apoio financeiro, inclusive prestação de garantias e autorização para aplicação de incentivos fiscais, cabendo à *CPRM – Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais*, transformada em empresa pública pela Lei n.º 8.970, de 28 de dezembro de 1994, um importante papel no setor, como delegatária legal do Poder Público, para a execução de funções administrativas.

177. FOMENTO PÚBLICO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO

É dever do Estado, *promover e incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico*, nas modalidades e na forma disposta no art. 218 da Constituição: o *fomento científico e tecnológico*.

A *ciência*, como sistematização racional do conhecimento, encontra seu estímulo no campo *educacional e cultural*, e a *tecnologia*, como conhecimento aplicado, tem forte sentido *econômico*, estando, por isso, vinculada à *atividade empresarial*. Ambas alcançaram patamares de complexidade que exigem organização e concentração de meios em grande escala para seu desenvolvimento.

Para dispô-los convenientemente na sociedade brasileira, há extensa legislação *federal*, embora a competência para o fomento público seja *comum* a todas as entidades políticas (CF, art. 218, *caput*).

O órgão administrativo federal de cúpula do setor é o *Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia*, estruturado na Lei n.º 9.257, de 9 de janeiro de 1996, com duas alterações posteriores, destacando-se, ainda, como seu instrumento, o *Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT*, criado pelo Decreto-lei n.º 719, de 31 de

julho de 1969, restabelecido pela Lei n.º 8.172, de 18 de janeiro de 1991, de específico interesse para o desenvolvimento do setor.

O estímulo oficial pode ser prestado alternativamente *in natura*, sob forma de serviços especializados de natureza técnica ou científica, ocorrendo, predominantemente, quando a iniciativa privada, a ser estimulada, seja economicamente débil ou quando não haja sentido prático em fazer o empresário adquirir o equipamento necessário, ou contratar na área privada os serviços de que careceria, em razão do elevado preço em relação aos lucros esperados.

Com frequência, então, o Estado preferirá concentrar esses recursos materiais e humanos – instrumentos, aparelhos, laboratórios, técnicos, verbas e especialistas – em certos órgãos, pondo-os à disposição da iniciativa privada gratuitamente, sob módica remuneração ou, preferivelmente, com encargos determinados. Outra solução é a promoção, pelo Poder Público, da formação de técnicos e de cientistas para atender a esse mercado especializado de trabalho.

O desenvolvimento paralelo da pesquisa na iniciativa privada e na universidade tende a racionalizar e a corrigir essa situação, uma vez que a atividade científica e tecnológica do Estado deve ser supletiva e fiscalizadora, colocando, preferentemente, recursos à disposição dessa atividade e deixando o campo de execução às organizações de serviços particulares e às universidades, principalmente a estas, que nela encontram a solução para a obtenção de recursos para sua manutenção e para o desenvolvimento de suas próprias pesquisas, reduzindo sua dependência de onerosas subvenções públicas.

O Decreto-lei n.º 239, de 28 de fevereiro de 1967, instituiu um Sistema Nacional de Tecnologia, destinado a supervisionar, orientar, coordenar, fiscalizar e executar o programa de fomento tecnológico, assim formado: na cúpula, o Instituto Nacional de Tecnologia, órgão autárquico, sob supervisão ministerial; secundando-o, todos os órgãos tecnológicos com funções de execução delegadas, assim compreendidos os institutos tecnológicos das universidades e dos governos estaduais e municipais; este Instituto Nacional movimentará os recursos de um Fundo de Amparo à Tecnologia para sua própria manutenção e para o financiamento de projetos e estudos; quanto à transferência de execução, a lei a prevê por meio de delegação por convênios.

Como se expôs, a área do fomento público prestado diretamente ao indivíduo, destinado a seu preparo científico e tecnológico, se interpenetra com a área do fomento público da cultura e da educação, em geral, quando se trata de auxílio indireto às empresas pela qualificação e expansão do mercado de trabalho técnico. Sobre ambas as áreas desenvolvem-se os trabalhos do Conselho Nacional de Pesquisa.

Distinta desta modalidade é a prestada diretamente à empresa, colocando à sua disposição assistência técnica e científica, mantida especialmente para este fim por organismos públicos, alguns deles já lembrados no campo do ordenamento econômico, relativamente à sua área de ação.

Finalmente, é no campo da ação das universidades, integrando-as com a indústria e a agropecuária, que o fomento público do setor científico e tecnológico poderá “voltar-se

eficientemente para a solução dos grandes problemas brasileiros em escala nacional e regional”, como prescreve o art. 218, § 2.º, da Constituição.

178. FOMENTO PÚBLICO FINANCEIRO E CREDITÍCIO

Desejável ou não, a realidade demonstra que, não obstante o esforço racionalizador já realizado, a economia brasileira permanece ainda fortemente concentrada no Estado, especialmente a União, mantendo-se excessivamente elevada a *carga tributária* que pesa sobre a sociedade, sem que produza proporcionais retornos administrativos satisfatórios, notadamente em forma das *prestações básicas de segurança, de educação, de saúde e de serviços públicos*, como já ocorre exemplarmente nos países desenvolvidos.

É vultoso, por outro lado, o *desperdício* de recursos públicos em razão da *ineficiência* e da *malversação*, bem como da *sonegação* e da *corrupção*, todos agravados pela excessiva *concentração econômica* no Estado e deficiente organização administrativa do setor.

Ainda assim, a Constituição persistiu em cometer ao Poder Público a promoção de onerosas *políticas de financiamento público* da atividade econômica voltada a setores como o agrícola, o agroindustrial, o pecuário e o pesqueiro, possibilitando o desvio de volumosos *investimentos públicos*, que seriam, por motivos óbvios, mais necessários para atender à garantia básica da *segurança, da educação e da saúde* dos brasileiros.

Há, todavia, uma abissal diferença entre o *incentivar com recursos próprios* e o *criar condições incentivadoras para atração de recursos de terceiros*, inclusive de investimentos de capitais estrangeiros, para tanto existindo a previsão de *incentivos legais* na própria Constituição (art. 172).

De modo geral, esta deveria ser a correta orientação constitucional do *sistema financeiro*, tal como nela se prescreve: a promoção do *desenvolvimento equilibrado do País* (art. 192, *caput*, CF), a ser deduzida, em nível infraconstitucional, com a criação de *sistemas públicos específicos* para aqueles três setores fundamentais, acima referidos, em que a *presença do Estado é insubstituível*, para suplementar apenas o setor privado, nas atividades em que *inexistisse resposta satisfatória* dos sistemas existentes.

178.1. Sistemas de financiamento público

Desde logo, deve-se destacar do *Sistema Financeiro Nacional* (CF, art. 192) o *Sistema Financeiro Público*, no qual se inserem, por sua vez, os *subsistemas de financiamento público* peculiares aos diversos setores da atividade econômica.

As atividades econômicas primárias e secundárias são aquelas a que o Estado ampara, preferentemente, com *sistemas de financiamento público*, possibilitando facilidades para *obtenção de crédito* destinado à implantação e expansão das empresas de setores específicos.

Da mesma forma que o *crédito agrícola*, a que se fez menção, o *crédito industrial* tem sistema próprio, cuja política é definida, em alto nível, pelo *Conselho Monetário Nacional*, que, para fazê-lo, conta com uma *Comissão Consultiva de Crédito Industrial*, que recebe diretrizes governamentais básicas, provenientes de vários Ministérios da área econômica;

O sistema de financiamento à indústria tem como órgão executivo principal o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, criado como autarquia federal pela Lei n.^o 1.628, de 20 de junho de 1952, alterada pela Lei n.^o 2.973, de 26 de novembro de 1956, e transformada em empresa pública pela Lei n.^o 5.662, de 21 de junho de 1971.

Segue-se, no setor estritamente financeiro, o Banco do Brasil S.A., que atua através de sua Carteira Agrícola e Industrial, e, ainda, sem ordem de precedência, o Banco Nacional de Crédito Cooperativo, o Banco da Amazônia S.A., o Banco do Nordeste S.A., a Caixa Econômica Federal (financiamento às indústrias de materiais de construção civil), e outros bancos e sociedades de crédito, financiamento e investimentos estatais.

Coadjuvam o sistema do fomento financeiro oficial, os bancos, sociedades de crédito, de financiamento e de investimentos particulares, ao atuar sob normas uniformes de incentivo a determinada atividade produtiva e com subordinação administrativa de suas operações ao sistema.

178.2. Sistemas de financiamento público de projetos integrados

Não se reduzem apenas a entidades *exclusivamente creditícias* a fonte de financiamento do Estado para as atividades que tenha decidido estimular. Há certos tipos de financiamento que, por sua complexidade, importância ou pioneirismo, demandam um tratamento mais acurado, exames de projetos mais aprofundados e o atendimento de exigências especiais, entre as quais a adequação da atividade a ser financiada à existência de um projeto integrado.

Para este tipo de financiamento público de projetos integrados, a Administração dispõe de duas soluções institucionais: os *organismos regionais* e os *organismos setoriais*. Os primeiros, já tratados, têm competência geograficamente referida e cuidam, integradamente, dos problemas econômicos e sociais em uma determinada região. Já os *organismos setoriais* não atuam por áreas, mas voltados a *atividades homogêneas*, cujo desenvolvimento também exija planejamentos integrados.

O s *organismos regionais* destinam-se a ministrar um tratamento global em suas respectivas áreas de ação, delimitadas sob critérios geoeconômicos, sem preocupação com a divisão política do território nacional. Os *organismos setoriais* procuram, por sua vez, unificar e racionalizar as funções administrativas de *ordenamento* e de *fomento público econômico* em determinadas atividades empresariais, consideradas prioritárias.

No que tange aos *organismos setoriais*, pode-se distinguir, *grosso modo*, aqueles cuja única finalidade seja o *fomento econômico* dos que a desempenham complementarmente, entre outras atribuições administrativas de *policia*, de *ordenamento econômico* ou de *ordenamento social*.

O Estado brasileiro atuou muito, no passado, através de *fundos*, com a finalidade única ou quase única de *fomento*, em geral como *órgãos de criação legal*, dotados ou não de *personalidade jurídica*, entre os quais, cite-se, com diferentes níveis de êxito operativo: o *Fundo Federal Agropecuário (FFAP)*, criado pela Lei Delegada n.^o 8, de 11 de outubro de 1962; o *Fundo Federal de Eletrificação (FFE)*, criado pela Lei n.^o 2.308, de 31 de agosto de 1954, e com

legislação posterior, a Lei n.º 2.944, de 08 de novembro de 1956, a Lei n.º 4.156, de 28 de novembro de 1962, a Lei n.º 4.364, de 22 de julho de 1964, e a Lei n.º 4.676, de 16 de junho de 1965; o *Fundo de Desenvolvimento de Áreas Estratégicas (FDAE)*, criado pelo Decreto-lei n.º 718, de 31 de julho de 1969; o *Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT)*, criado pelo Decreto-lei n.º 719, de 31 de julho de 1969; e o *Fundo para Investimentos Privados no Desenvolvimento da Amazônia (FIDAM)*, com a constituição que lhe deu o Decreto-lei n.º 756, de 11 de agosto de 1969, entre tantos outros.

A tendência da boa doutrina é de profligar a multiplicação desses fundos, como, aliás, se positivou na Constituição de 1988, que *admitiu com reservas a sua instituição* (art. 167), desde que precedidos de *autorização legislativa* (art. 167, IX) e vedou a *vinculação de receita de impostos*, com explícitas exceções, a atividades de órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV).

Também, no mesmo sentido dessa tendência, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias *extinguiu todos os fundos que não foram ratificados pelo Congresso Nacional até 5 de outubro de 1990*, excetuados os resultantes de isenções fiscais, que passaram a integrar patrimônio privado e os que interessam à defesa nacional (art. 36).

Não obstante, no campo dos *incentivos fiscais*, esta espécie de fomento público tem logrado notáveis avanços, o que muito se deve ao desenvolvimento setorial das disciplinas fiscais e, em particular, do Direito Tributário, ao qual coube o travejamento doutrinário de um dos tecnicamente mais bem elaborados Capítulos da Constituição de 1988, que dispõe sobre o *Sistema Tributário Nacional* (arts. 145 a 156), em que pese o posterior agravamento de tributos e, notadamente, a proliferação de *contribuições*, que pesam preocupantemente sobre a economia nacional.

Não obstante, dentro de suas respectivas competências tributárias, respeitadas as condicionantes constitucionais do *Sistema*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão legislar amplamente sobre suas respectivas políticas fiscais de *fomento público*, o que lhes abre um amplo campo para o exercício da *função metafiscal do tributo*, assim entendida a que não tem como objetivo precípua *arrecadar recursos* para o erário, mas fazê-los atuar como *instrumento de estímulo ou desestímulo de atividades privadas*, vedado apenas o seu *abuso*, como, por exemplo, utilizá-lo com o efeito de *confisco*, o que equivaleria a inviabilizar determinada atividade (CF, art. 150, IV), ainda porque, encontra limitação no princípio da capacidade econômica do contribuinte (CF, art. 145, § 1.º).

Todavia, o que interessa para o Direito Administrativo é o *efeito metatributário positivo*, isto é, aquele que gera um *estímulo* para a determinada atividade econômica, daí, por serem tão diversas as modalidades que podem assumir esses *incentivos fiscais*, tornar-se difícil apresentar uma classificação satisfatória, ainda indisponível, pelo menos até o momento, razão pela qual este *Curso* se limitará apenas a referir-se a algumas das modalidades mais empregadas. Por outro lado, os *estímulos fiscais* são encontrados em profusão na legislação brasileira, refletindo o necessário esforço para diversificar o fomento público de um País em pleno desenvolvimento, daí recomendar-se a exemplificação, como a que se segue.

Destacam-se, portanto, os seguintes incentivos: em favor do *desenvolvimento industrial* (Decreto n.º 2.433, de 1988); da *indústria de materiais de construções civis* (Decreto-lei n.º 46, de 18 de novembro de 1966, coordenada e fiscalizada sua aplicação pelo *Grupo Executivo da*

Indústria de Materiais de Construção Civil – GEIMAC); do florestamento e reflorestamento (Lei n.^o 5.106, de 2 de setembro de 1966); da *exportação de manufaturados* (Decreto-lei n.^o 491, de 5 de março de 1969); da *Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM* (recriada pela Lei Complementar n.^o 124, de 03 de janeiro de 2007); da *Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE* (recriada pela Lei Complementar n.^o 125, de 3 de janeiro de 2007); da *contenção de preços e da produtividade* (Lei n.^o 4.663, de 3 de junho de 1965), entre muitos outros.

Uma modalidade específica de excelente efeito, que merece ser lembrada, é a *isenção parcial do imposto sobre a renda de pessoas físicas ou jurídicas*, quando aplicarem ou reapliquem seus recursos, direta ou indiretamente, em certas atividades econômicas a que o Estado haja elegido como preferenciais em seu planejamento.

Finalmente, o Estado tem o dever de *estimular a poupança popular*, protegendo-a e tornando-a atrativa, o que executa, no plano infraconstitucional, com a instituição de *incentivos e de garantias da poupança* através de *cadernetas vinculadas ao Sistema Federal de Habitação*, hoje sob administração da *Caixa Econômica Federal*, figurando entre mais conhecidos e duradouros exemplos de fomento público no setor financeiro.

Seção IV FOMENTO INSTITUCIONAL

179. SETOR PÚBLICO NÃO ESTATAL

179.1. Desmonopolização do poder

O conceito de que o *público* é o campo próprio da ação do Estado, porém não mais seu *monopólio*, prevalece no mundo contemporâneo. Especificamente na área da *administração pública*, na qual a revolução científica e tecnológica, notadamente no campo da *comunicação*, vem sendo abertos novos *canais de participação da sociedade*, que se torna cada vez mais consciente e demandante de seus direitos.

A pluralização dos *canais jurídicos de participação*, através dos quais o Estado também se vale de um número crescente de modelos de *colaboração*, reforça-se com os progressos do *princípio da subsidiariedade*, que, desde sua pioneira introdução na Lei Fundamental alemã de Bonn, vem multiplicando as possibilidades participativas, fato que foi desde logo observado por Caio Tácito, um dos mais autorizados administrativistas brasileiros de seu tempo, ao observar o célebre avanço da *administração associada*, revelado pela multiplicação de *instrumentos participativos*, muitos deles, como então averbou, “acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho de funções administrativas”.

A Constituição brasileira de 1988, na linha dessas tendências, reiteradamente incentiva a *colaboração social*, a começar pela afirmação do *princípio do pluralismo*, estampado no art. 1.^º, V, seguindo-se o da *participação*, no parágrafo único do mesmo artigo, descendo à previsão de vários *instrumentos de colaboração participativa* no campo da saúde (arts. 197 e

198, III), da *assistência social* (art. 204, I), da *educação* (arts. 205 e 206, IV), da *cultura* (art. 216, § 1.º), do *meio ambiente* (art. 225), da *criança* e do *adolescente* (art. 227, § 1.º), para mencionar alguns dos mais relevantes.

Como as normas constitucionais que prescrevem esses institutos não são necessariamente autoexequíveis, a legislação infraconstitucional os vem disciplinando em vários diplomas, como, destacadamente, a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como *organizações sociais* e a criação do *Programa Nacional de Publicização*, e a Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como *organizações da sociedade civil de interesse público*.

Essas novas modalidades institucionais se arrimam em suportes doutrinários de grande atualidade, nitidamente identificados nas tendências de *despolitização*, de *gerenciamento privado de interesses públicos*, de prestígio às *entidades intermédias*, de estímulo à *descentralização social* e de *autorregulação setorial*, muitas delas desenvolvidas para remediar a paulatina defasagem que apresentam as Constituições analíticas, como é o caso da Carta brasileira de 1988, para atualizarem eficientemente as funções administrativas em suas relações com uma sociedade em permanente mudança e para enfrentar exitosamente tanto os antigos problemas pendentes quanto os novos, em constante surgimento.

São, com efeito, problemas emergentes – como os suscitados pela explosão das *comunicações*, pela *globalização*, pela *competição interna e externa por mercados*, por recursos e por cérebros, pela crescente *resistência social ao aumento de tributos* e pelo despertar das massas para a *participação política* – que não encontram respostas nos aparelhos políticos de Estado herdado do século findo, com seus remanescentes novecentistas.

E em razão desses problemas emergentes revelaram-se inúmeras deficiências administrativas, com antigas *raízes estruturais*, que não se resolvem com correções constitucionais pontuais através de Emendas, conformando um quadro que só pode ser revertido se realizadas as necessárias reformas de fundo, entre as quais a sempre adiada *reforma política*, condicionante de todas as demais, notadamente, no tema em estudo, no que se refere ao aperfeiçoamento dos instrumentos da *participação democrática*, com vistas não apenas aos mecanismos *representativos*, referidos à escolha dos governantes, mas, principalmente, aos mecanismos *participativos*, tais como os referidos à *escolha de políticas públicas e das formas para sua execução*.

Em suma, como elegantemente expressou o grande decano da Sorbonne Jean Rivero, não basta, nas democracias contemporâneas, a escolha de quem nos irá governar, mas, além dela, impõe-se a escolha de como queremos ser governados.

179.2. Despolitização de interesses públicos

A *despolitização* consiste na eliminação do *conteúdo político supérfluo* em decisões administrativas diretamente relacionadas à satisfação de *interesses públicos*, que possam ser vantajosamente cometidas a *órgãos técnicos ou comunitários*, eliminando, ao mesmo tempo, as excessivas burocacia e partidarização dos cargos em comissão no setor em causa. No caso

de emprego dos *órgãos técnicos*, afasta-se essa inútil, quando não perniciosa, interferência da política partidária e da burocracia estatal e, com a criação de *órgãos comunitários apolíticos*, a esses benéficos efeitos se acresce um inegável incremento da *legitimidade* de suas decisões.

A despolitização é, portanto, uma resposta à *pluralização dos interesses*, como resultado da *identificação das novas categorizações metaindividuais de interesses coletivos e de interesses difusos*, que passam a se articular com as categorias tradicionais de interesses *públicos e privados*. O fenômeno se apresenta tanto no campo da *prestação* como no da *proteção administrativa*, possibilitando a identificação de certos interesses muito específicos, para o atendimento dos quais não há necessidade de instaurarem-se demorados debates políticos nem intrincadas tramitações burocráticas, pois melhor poderão ser atendidos por decisões que sejam exclusiva ou predominantemente técnicas e comunitárias.

A despolitização se articula também com o princípio da *subsidiariedade*, já referido, pois o seu núcleo consiste em reconhecer a *prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos* no atendimento de interesses gerais, só justificando cometimentos administrativos depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, vier a necessitar de atuação subsidiária do Estado. Este princípio aponta, assim, para a *delegação social*, como forma de devolver à sociedade organizada aquelas atividades que, não obstante específico e definido *interesse público, dispensem o tratamento político-burocrático* e, ordinariamente, o pesado e oneroso *emprego do aparelho coercitivo estatal*. Pode-se afirmar que, por esta *delegação social*, o Poder Público não perde o controle dos processos, cuja execução defere a entes da sociedade, mas apenas se retrai a uma atuação subsidiária, com atividades de acompanhamento, de fiscalização e de controle dessas entidades privadas quanto à sua higidez e eficiência.

Campo propício à despolitização é o da *deslegalização*, que possibilita, ao mesmo tempo, tanto aliviar a máquina administrativa estatal de encargos secundários, mas sempre onerosos, como estimular as iniciativas próprias da *sociedade*, com o emprego de soluções criativas de *colaboração*, como, destacadamente e como exemplo, a de *autorregulação*, na qual que se reservam ao Poder Público apenas a *supervisão* e o *controle* de atividades administrativas devolvidas à sociedade.

179.3. Pluralização de interesses

Sob outro ângulo de exame, o mundo dos *interesses*, que implicitamente é o do *direito*, tornou-se muito mais complexo e diversificado com a introdução dos conceitos sociológicos referidos a suas diferentes categorias metaindividuais. Com efeito, enquanto as relações jurídicas se ajustavam à *summa divisio*, entre *interesses públicos* e *interesses privados*, vigente por longo tempo, era relativamente simples e fácil a categorização desses institutos: de um lado, os *entes do Estado (quod ad statum rei Romanae spectat)* e, de outro, os *entes da sociedade (quod ad singulorum utilitatem pertinet)*, ou seja, a dicotomia romanista entre o público e o privado. A emergência de conceitos de *interesses coletivos* e principalmente de *interesses difusos*, desenvolvidos principalmente nas últimas décadas do século XX, veio a ampliar e tornar mais complexo o quadro categorial, que culminou, entre nós, com a elevação dessas novas

espécies ao texto constitucional de 1988.

Embora a caracterização dos novos tipos de *interesses* e dos *direitos* a eles respectivos não haja abolido a divisão clássica, uma vez que já de há muito passara a ser compreendida à luz da doutrina como fundada na ideia da *predominância* e não da *exclusividade do interesse* em jogo, o certo é que, em certas hipóteses, as novas noções ainda são frequentemente confundidas e mal compreendidas pelos *operadores do direito*, aos quais a ordem jurídica comete o múnus de cooperar para sua permanente construção e aperfeiçoamento, em busca de definições nítidas e unívocas.

179.4. Entes intermédios

Em razão dessa expansão conceitual e da perda da clássica nitidez biunívoca, tanto podem existir interesses privados submetidos à tutela e representação públicas como interesses públicos eventualmente submetidos à tutela e representação privadas. As interpenetrações conceptuais são de todo tipo, produzindo, no amplíssimo campo dos *direitos difusos* – caracterizados pela comunhão de interesses de fato – a proliferação de inumeráveis entidades de toda natureza, compreendidas no novo conceito de *continuum Sociedade-Estado*. Tais entidades já não se afiguram nem totalmente estatais nem totalmente privadas, coparticipando, simultaneamente, da natureza pública e da privada, daí sua submissão a diversas modalidades de *regimes híbridos* já existentes e em surgimento.

E aqui se reapresentam as *entidades intermédias*, antigas figuras com roupagens novas; embora perdendo algumas de suas características históricas, herdadas da antiga teoria dos corpos intermédios, tal como a via Montesquieu. Hoje elas encontram sua justificativa na concepção pluralista da sociedade. Assim já haviam sido identificadas por Alexis de Tocqueville, em sua celebrada obra sobre a democracia nos Estados Unidos da América, como *instituições fundamentais à sustentação do regime liberal e democrático*. Isso explica por que só recentemente, com a expansão contemporânea dos *interesses metaindividuais*, esses entes intermédios voltaram a encontrar um campo fértil para a sua multiplicação a partir dos países da vanguarda democrática.

A expressão abrange tanto os *entes intermédios criados pela sociedade*, destinados a cuidar de problemas derivados da existência dos novos interesses coletivos e difusos, quanto os que possam ser *criados pelo próprio Estado*, para atuar, por delegação, de modo mais próximo das comunidades diretamente interessadas, podendo, assim, tanto se apresentarem como *entes instituídos na própria esfera do Estado* como os que a ele vierem a aderir, como *entes privados delegatários de cometimentos públicos*; tudo com um amplo arco de opções, desde as entidades que estão mais próximas até as mais afastadas do Estado, conforme se apresente como necessário para atingir o máximo de eficiência e de efetividade na ação de *colaboração*.

Convém aqui recordar que as *delegações administrativas* tanto podem resultar da lei como do contrato administrativo, do ato administrativo complexo ou mesmo do simples ato administrativo. No caso extremo, de coordenação de atividades estatais e privadas com um mesmo objeto, é que se cogita dessa especial delegação, a ser concretizada por ato unilateral, formador do vínculo administrativo de *colaboração*.

Remarque-se, também, por sua importância, que tampouco importa se essas pessoas são criadas pelo Estado, caso em que surgirão *entidades de cooperação*, ou se criadas por particulares, caso em que se caracterizarão como *entidades de colaboração*, pois, em ambas as hipóteses, o princípio envolvido é o mesmo: a *descentralização, funcional ou social*, respectivamente, conforme o caso.

É sempre possível ao Estado criar entidades privadas, do mesmo modo que nada obsta reconhecer certos entes privados já existentes como *colaboradores*; o importante é a implícita atribuição de eficácia jurídico-administrativa aos atos por eles praticados, nos limites das respectivas delegações.

Essas *descentralizações sociais* unilaterais, instituídas pelos denominados *atos de reconhecimento*, já se encontram profusamente contempladas na Constituição de 1988 e em sede infraconstitucional. Todavia, em razão de sincretismos jurídicos, mais comuns na atualidade, pode-se até identificar certa tendência para seguir-se a linha institucional de inspiração anglo-saxônica, em que não se empresta relevância à distinção entre a personalidade de direito público e de direito privado, instituídas, que são, sob as mais variadas formas (*administrations, authorities, agencies, commissions, boards etc.*) para o exercício de atividades administrativas públicas específicas.

No direito europeu essas práticas de descentralização funcional e social, envolvendo atividades tradicionalmente executadas pelo Estado, distintamente daquelas que, ao contrário, são usualmente executadas por particulares, já não mais são vistas como heresias, evidenciando a mencionada convergência entre sistemas; ao contrário, como as viu o ilustre mestre espanhol, Fernando Garrido Falla, como uma “fuga para o Direito privado”, que vem ocorrendo com a criação desses organismos que desempenham “autênticas funções e atividades que constituem o próprio miolo da função administrativa”, para caracterizar uma “nova descentralização funcional privatizadora”, cuja vantagem sobre a administração centralizada, sintetiza outro ilustre administrativista, o francês Guy Braibant, no binômio: *participação dos interessados e leveza de gestão*, a que se poderá acrescentar ainda uma dimensão financeira, para compor uma tríade particularmente importante de vantagens: a política, a técnica e a fiscal.

A vantagem política reside na abertura da participação ao administrado, propiciando um clima de colaboração intenso e benéfico, aumentando, em consequência, a legitimidade das decisões da entidade intermédia. A vantagem técnica está na despolitização de inúmeras decisões que, em vez de serem tomadas por indivíduos das áreas política ou burocrática, descomprometidos pessoalmente com os resultados, no sentido do que não são por eles atingidos, passam à negociação pelos grupos sociais mais diretamente interessados, evitando a influência de posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e das indefectíveis generalizações fáceis.

A vantagem fiscal, por fim, está no fato de que esses entes de cooperação podem ser instituídos sem gerar novos ônus para o Estado, prescindindo da criação de novos tributos para custear-lhos, uma vez que os recursos necessários para mantê-los e desenvolver-lhes as atividades podem ser auferidos apenas pelo concurso das pessoas diretamente beneficiadas.

A utilização da descentralização social por meio de entidades intermédias com

personalidade de direito privado, não obstante virem a ter sua constituição *orientada* por iniciativa do Poder Público e submetida a modelos estatutários oficialmente preconizados, vem acrescentar as vantagens peculiares ao aproveitamento mais intenso da *sinergia social* no trato de problemas complexos. Com efeito, da mesma forma que no modelo institucional das *audiências públicas* e, para lembrar um exemplo mais antigo, no modelo dos *colegiados mistos*, as entidades privadas incumbidas da gestão de interesses públicos se beneficiarão não só da proximidade com os segmentos da sociedade diretamente interessados, para produzir soluções mais facilmente concertadas dos problemas, como se beneficiarão de maior riqueza de alternativas disponíveis, tudo como fruto da interação participativa.

Fica, porém, sobretudo, afastado o inconveniente das decisões unilaterais, tendencialmente veladas ou autocráticas, mesmo quando não seja esta a inconfessável intenção do agente público competente, tornando-as, ao contrário, *pluralistas* e *transparentes* e, por isso, bem menos conflituosas: em suma, socialmente estáveis.

Bastariam esses aspectos, tão bem estudados por um dos mais ilustres administrativistas norte-americanos, H. W. R. Wade, para quem o *fair play* na Administração sempre cativa as simpatias do administrado, para justificar uma escolha do modelo de descentralização funcional privatizada para o gerenciamento de certos interesses concomitantemente públicos e difusos ou públicos e coletivos.

A *descentralização social*, por fim, sempre que seja possível e recomendável, sobretudo traz consigo as vantagens reconhecidas à *participação cidadã*, gênero do qual é espécie, contribuindo para a *legitimidade* corrente e finalística do emprego do poder estatal, pois, em última análise, é a *cidadania* que se realiza plenamente através dela.

180. FOMENTO PÚBLICO À ADMINISTRAÇÃO ASSOCIADA

Na linha da tendência acima apresentada e discutida, dois são os *diplomas inaugurais de fomento institucional à administração associada de interesses públicos*: a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como *organizações sociais*, e a Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como *organizações da sociedade civil de interesse público*.

Ambas inauguram um novo quadro para a execução do *fomento institucional*, ao incentivarem a criação de *entes intermédios* pela sociedade para o desempenho de *atividades de colaboração* entre os setores públicos e privados, *convergentes para os mesmos interesses públicos*.

180.1. Organizações sociais

As *organizações sociais*, instituídas pela Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, destinadas, por seus objetivos sociais estatutários, a atuar em seis setores de interesse público: o *ensino*, a *pesquisa científica*, o *desenvolvimento tecnológico*, a *proteção e preservação do meio ambiente*, a *cultura* e a *saúde* (art. 1.º).

Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5.º, XVII), quaisquer

entidades vocacionadas ao interesse público podem ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para desempenhar outras finalidades estatutárias; mas o que distinguirá essas entidades, como caracterizadas na referida Lei, é a possibilidade de se habilitarem à qualificação administrativa de organização social, desde que atendidos os requisitos nela previstos (art. 2.º).

Essa qualificação tem a natureza jurídica de um *reconhecimento*, ato administrativo unilateral e discricionário, outorgado pelo Poder Público Federal (art. 2.º, II). Uma vez outorgado, porém, esse reconhecimento já não mais poderá ser discricionariamente revogado, cabendo apenas à União cassá-lo em processo administrativo regular de *desqualificação*, desde que nele comprovado o descumprimento de obrigações assumidas (art. 16) ou a invalidade ou a perda das condições essenciais à qualificação obtida (art. 2.º, I), entre as quais ressalta a atuação sem fins lucrativos (art. 1.º).

Expedido o ato de reconhecimento, as entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas de *interesse social e utilidade pública* para todos os efeitos legais (art. 11), habilitadas, se o desejarem, a se associarem ao Poder Público através de *contratos de gestão*, com vistas à formação de uma *relação de colaboração* (que a lei denomina inadequadamente de *parceria*) para o fomento e execução de atividades de interesse público (art. 5.º).

A classificação da relação utilizada pelo legislador federal – *contrato de gestão* – não caracteriza com a precisão técnica desejada a natureza das relações jurídicas pactuadas entre as organizações sociais e o Estado, uma vez que, como já se expôs neste Curso, *tais relações não são contratuais*. Com efeito, nesse ato bilateral não são pactuadas *prestações recíprocas*, resultantes do sinalagma, voltadas à *satisfação de interesses distintos e, em princípio, opostos*, senão que ambas as partes ajustam *prestações solidárias e conjugadas*, dirigidas à *satisfação de um interesse público que lhes é comum*.

Está-se, portanto, diante de um típico ato *administrativo complexo*, ou *ato união*, em que desporta a dupla *solidariedade, de interesses e nos resultados*, tratando-se, pois, de uma associação voluntária de propósitos e de meios, e não de um contrato, em que, diferentemente, pretenda-se uma composição de interesses distintos e até divergentes, daí a previsão contratual de *prestações recíprocas*.

Portanto, a esses atos caberia adequadamente a denominação de *convênios*, embora fosse ainda mais apropriado classificá-los em sua variedade mais atualizada do *acordo de programa*, pois neles se contém, sempre implícita, a disposição discricionária de um órgão público quanto à *melhor forma de exercitar sua própria competência administrativa por meio de transferências*, o que é perfeitamente admissível no direito brasileiro, como decorrência da *autonomia político-administrativa* reconhecida às entidades políticas (CF, arts. 1.º e 18), apresentando-se, assim, como uma característica adicional e distintiva em relação à modalidade convenial.

A propósito, todas as demais unidades federadas poderão dispor autonomamente sobre o reconhecimento de suas próprias organizações sociais estaduais, distritais-federais e municipais, obedecendo aos parâmetros da legislação federal *apenas quanto às matérias que são de competência privativa da União*, como o são as normas gerais sobre licitações e contratos e as financeiro-orçamentárias, adaptando a novel instituição às suas respectivas

organizações administrativas e específicas necessidades de fomento e de ampliação do espaço público, através de associações com o setor privado.

180.2. Organizações da sociedade civil de interesse público

A Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como *organizações da sociedade civil de interesse público*, institui uma segunda modalidade de *entes intermédios*, que a sociedade poderá instituir para desenvolver atividades de colaboração com o Estado, *convergentes para o atendimento dos mesmos interesses públicos*.

Para se qualificarem como *organizações da sociedade civil de interesse público*, as pessoas que o desejem devem atender, em seus respectivos estatutos, aos requisitos estabelecidos na referida Lei (art. 1.º), entre os quais, pelo menos uma das seguintes finalidades públicas: *promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observada a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei; promoção gratuita da saúde, observada a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima mencionadas* (art. 3.º, incisos I a XII).

Não poderão ser qualificadas como *organizações da sociedade civil de interesse público*, as entidades arroladas no art. 2.º, incisos I a XIII, da Lei, entre as quais, as que já tenham sido reconhecidas como *organizações sociais*.

O *reconhecimento* deverá ser requerido ao Ministério da Justiça que, satisfeitos os requisitos legais, emitirá o *certificado de qualificação*, um ato declarativo, de natureza vinculada, insuscetível de desfazimento senão por perda da qualificação, por decisão, também vinculada, proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados a ampla defesa e o devido contraditório (art. 7.º).

Uma vez qualificadas como *organizações da sociedade civil de interesse público*, essas entidades poderão firmar, com o Poder Público, um acordo denominado pelo legislador de *termo de parceria*, no qual serão especificadas as atividades de interesse público, genericamente definidas em rol oferecido pelo art. 3.º da Lei, acima mencionadas, que serão executadas associadamente.

A denominação *termo de parceria*, escolhida para designar a modalidade de acordo prevista (art. 9.º), tampouco é muito feliz, porque ignora a correta e pacífica denominação de *convênios*, já adotada pelo legislador constitucional ao prever este instituto para instrumentar a *gestão associada de serviços públicos* (CF, art. 241), cabendo, no caso, referir-se

simplesmente a um *termo de acordo*.

Do mesmo modo, inadequada é a classificação da modalidade de *coordenação de atividades administrativas*, encontrada no mesmo dispositivo (art. 9.º) ao referir-se à o vínculo de parceria como de “cooperação”, enquanto, por se tratar de entidades com personalidades distintas, de direito público e privado, a denominação correta do vínculo estabelecido deveria ser a de *colaboração*.

Uma vez firmado o, assim chamado, “termo de parceria”, a sua execução será objeto de acompanhamento pelo Poder Público e, seus resultados, afinal, avaliados por comissão composta também por consenso entre os associados, que emitirá relatório conclusivo (art. 11).

QUADRO XXVIII – FOMENTO PÚBLICO

FOMENTO PÚBLICO	Planejamento Estatal	{ Desenvolvimento regional Atividade suplementar do Estado
	Fomento Social (o Homem)	{ Educação, pesquisa e informação Trabalho Cultura, lazer e desportos Turismo Ambiente Rural e reforma agrária
	Fomento Econômico (a Empresa)	{ Empresarial Cooperativo Atividades econômicas primárias Científico e tecnológico Financeiro e creditício
	Fomento Institucional (os Entes Intermédios)	{ Setor público não estatal Administração associada

181. GENERALIDADES SOBRE O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em última análise, todo *controle sobre a Administração Pública* no desempenho de suas funções tem como referência o *interesse público*, mas cumpre distinguir o que foi em tese expressado pelo *legislador*, do que se apresentou como referência em hipótese pelo *administrador público*. Necessário, portanto, precisar-se em maior profundidade o conteúdo jurídico dessa fórmula chave – o *interesse público* – para melhor relacioná-la ao tema do presente Capítulo que, por tratar do *controle da administração pública*, é posto como coroamento e encerramento deste *Curso*.

181.1. O interesse público

Tanto na gestão dos *interesses da sociedade* constitucionalmente cometidos ao Poder Público quanto na gerência de seus próprios *interesses do Estado*, como pessoa jurídica, referidos a seu pessoal, bens e serviços, o Estado *age sempre absolutamente vinculado ao que vem definido pela ordem jurídica como interesse público*, desde a Constituição e, a partir dela, nas normas legais infraconstitucionais.

Deve-se atentar, todavia, para as diferentes acepções ou modalidades que assume o conceito de *interesse público*, algumas já estudadas, como as que distinguem o *interesse público primário*, do *interesse público derivado*; o *interesse público real*, do *interesse público presumido*, e o do *interesse público político*, do *interesse público jurídico*.

Para tanto, deve-se partir da ideia de que o *interesse público primário* é um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados numa sociedade, enquanto o *interesse público derivado ou secundário* é um conceito adjetivo, definido ou inferido a partir das necessidades organizativas e funcionais do Estado.

Sob o ponto de vista estritamente *político*, o interesse público pode ser *real* ou *presumido*, segundo a sua definição corresponda *efetivamente* à realidade de certa *necessidade social* ou se meramente suposta como autêntica: uma incerteza que é inelutável contingência do regime político representativo, que sempre comporta *riscos* nas escolhas públicas.

Para o específico estudo do *controle dos atos da Administração*, torna-se relevante considerar o *interesse público* em dois distintos planos de expressão: no *nível político* e no *nível jurídico*, tendo-se, assim, respectivamente, o *interesse público politicamente expresso* e o *interesse público juridicamente expresso*, como em sequência se expõe.

181.2. Expressão política do interesse público e legitimidade

O *interesse público politicamente expresso* é a sua manifestação *originária, básica e de maior*

antiguidade. Seu atual conceito se prende à *manifestação dominante da sociedade* no Estado Democrático, como expressão da *soberania da vontade popular*.

Nele se contêm as concepções prevalecentes no grupo social do que seja bem geral, que devem se canalizar em *normas* e se corporificar na atividade de *entes, órgãos e agentes* capacitados para o exercício do *poder político*, manifestando concretamente a *vontade política* e determinando o curso de *ação* do Estado.

Nas sociedades em que se pratica a *democracia representativa*, cabe, em princípio, aos *mandatários políticos* eleitos segundo suas regras, a tarefa de captar o prístino interesse público difuso, interpretá-lo e defini-lo, seja na forma de manifestações positivadas de vontade política, abstratas e gerais, seja na forma de atos concretos e particularizantes, ou seja, *legislando e administrando*.

Além dessa modalidade *indireta* de captação e definição formal do *interesse público*, outras mais existem a partir do exercício da *democracia participativa*, de forma direta ou semidireta, que se institui e conflui com idêntico propósito.

O regime constitucional brasileiro está primariamente fundado na *participação indireta*, mediante o exercício da *representação política* (CF, art. 1.º, parágrafo único), para conformar as diversas legislaturas e governos executivos, prevendo a *participação direta* e a *participação semidireta*, para as hipóteses em que se pretenda recolher a *vontade política popular* com maior segurança de autenticidade e de atualidade (e.g., CF, arts. 14, I, II e III; 29, XII e XIII, e 61, § 2.º).

Todas as modalidades, mesmo aquelas de *participação direta*, embora de difícil, ocasional e rarefeita institucionalização histórica, são instrumentos que convergem para que o Estado atue com fidelidade para o atendimento do *autêntico interesse público da sociedade, democraticamente formulado*, daí essa qualidade concebida e definida como *legitimidade* – entendida como a *conformidade da ação do Estado com a vontade política dominante na sociedade, recolhida pelos meios por ela constitucionalmente instituídos*.

181.3. Expressão jurídica do interesse público e legalidade

O *interesse público juridicamente expresso* é a sua manifestação derivada e formalmente manifestada, apresentando um conteúdo tecnicamente mais elaborado, e, por isso, de mais recente surgimento histórico. Este conceito surge conotado à ideia da *norma jurídica* entendida como a cristalização da *vontade política*, o que, no Estado de Direito, se afirmava genericamente pela *supremacia da Lei* e, atualmente, no Estado Democrático de Direito, especificamente pela *supremacia da Constituição*.

Com efeito, é fenômeno historicamente comprovado que os processos civilizatórios levam a *vontade política* a paulatinamente sedimentar-se sob a forma de *mandamentos gerais e permanentes* que, uma vez coercitivamente impostos por um centro de poder a toda uma sociedade organizada, em sua histórica evolução, passam a ser sistematicamente categorizados como *normas jurídicas* e, assim, a conformar seus respectivos *ordenamentos jurídicos*.

Embora nem todas as expressões políticas do interesse público cheguem a se positivar

juridicamente, uma vez que se disponham sob a forma de uma *norma de direito*, sua expressão se torna paradigmática e mandamental para todos, de modo que nela se concentra uma expressão objetivada do interesse público, que torna a sua observância imperativa, obrigando igualmente a sociedade e o Estado.

Esse império da *norma jurídica* é, pois, o que se tinha definido como a *legalidade em sentido amplo* – a *conformidade do agir à ordem jurídica*, hoje, um termo mais apropriadamente empregado com referência restringida à *norma legal*, entendida como uma expressão formal infraconstitucional, portanto como *legalidade em sentido estrito* – a *conformidade do agir à lei*.

182. GENERALIDADES SOBRE OS CONTROLES DE LEGITIMIDADE E DE LEGALIDADE

Se os dois referenciais enunciados – a *legitimidade* e a *legalidade* – se impõem igualmente à sociedade e ao Estado, obviamente *ambos* deverão pautar, indissociavelmente, toda sua atuação administrativa pública, tanto a *extroversa* como a *introversa*, para conformarem a categoria síntese da *juridicidade*.

O Estado desempenha quase todas as suas funções de *administração pública extroversa* especialmente por um de seus Poderes – o *Executivo* –, integrado por órgãos diferenciados dos demais para expressar *definições políticas e jurídicas* destinadas a atender, de modo direto, imediato, concreto e prioritário, os *interesses públicos primários* da sociedade a que serve.

Complementarmente, o Estado desempenha funções de *administração pública introversa*, neste caso, a cargo de todos os seus Poderes e órgãos dotados de *independência constitucional* – o *Legislativo*, o *Executivo* o *Judiciário*, os *Tribunais de Contas*, os *Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público*, os órgãos de execução das Funções Essenciais à Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil – para conformar, da melhor maneira possível, a autogestão dos respectivos *interesses públicos secundários*, cuja satisfação é necessária, por sua vez, como meio para que cada um deles atenda autonomamente, sem interferências indevidas por parte dos demais, aos *interesses públicos primários* postos a seu cargo, tal como lhes são cometidos pela Constituição.

Em ambas as formas de atuação, tanto nas *relações de subordinação* quanto nas *relações de coordenação*, o que vale dizer, tanto na *gestão dos interesses da sociedade* (*administração extroversa*) quanto na *gestão de seus próprios interesses operativos* (*administração introversa*), a ação do Estado está sempre submetida a esse *duplo parâmetro de aferição da juridicidade* – a *legitimidade* e a *legalidade* – daí decorrendo a também dupla classificação do *controle exercido sobre a atividade da Administração Pública*: o *controle de legitimidade* e o *controle de legalidade*.

Em princípio, os *agentes políticos*, formalmente intitulados, em razão de seus respectivos mandatos, a expressar a *legitimidade*, são os mesmos que devem controlá-la. Não obstante, a ordem jurídica poderá *outorgar* ou autorizar que se *delegue* a agentes *administrativos* a expressão de algumas *definições secundárias e complementares integrativas do conteúdo de legitimidade*, caso em que também sobre estes caberá o exercício do *controle hierárquico de legitimidade*, assegurado, sempre, na cúspide de cada sistema de administração pública externa, um *controle hierárquico final*, a cargo do agente político que exerce a Chefia monocrática do Poder Executivo e, nos demais Poderes e órgãos constitucionalmente

autônomos, em sua administração interna, a cargo dos respectivos órgãos de direção, monocráticos ou colegiados.

Como melhor se exporá adiante, o controle de legitimidade difere do controle de legalidade não só em razão das distintas características apontadas, como, ainda, em virtude de seus distintos efeitos, porquanto, relativamente a estes, o controle de legitimidade visa preponderantemente à fiscalização, à revogação ou à substituição do ato ilegítimo.

Pela fiscalização, busca-se detectar uma possível desconformidade da ação administrativa com o interesse público; pela revogação, objetiva-se desconstituir, total ou parcialmente, um ato considerado desconforme com o interesse público e pela substituição, se atua tanto para desconstituir, total ou parcialmente, um ato tido como desconforme com o interesse público, como para constituir outro em seu lugar, entendido como mais adequado à satisfação pretendida do interesse visado.

O controle de legitimidade, porém, em qualquer dessas três modalidades fiscalizatórias, não chega à invalidação do ato, nem, tampouco, à punição de seu autor, salvo nos casos em que certos vícios no emprego da discricionariedade (abuso, desvio, irrazoabilidade e irrealdade) remetam sua desconstituição à via judiciária. Em regra, as alternativas para superar a ilegitimidade apenas abrem uma oportunidade de aperfeiçoamento da ação do Estado, em termos do que deva ser o melhor atendimento do interesse público em causa.

Distintamente, o controle de legalidade é fundamentalmente de correção, portanto, destinado à anulação de um ato que se apresente em desacordo com a ordem jurídica positivada, ou, dito de outro modo, em desconformidade com a expressão legislada do interesse público, embora, alternativamente, também possa se apresentar com a possibilidade de ser um controle de sanção, sempre que possível recuperar-se a legalidade comprometida através do emprego do instituto da sanatória voluntária.

A técnica do controle de legalidade passa, necessariamente, pela investigação das condições de validade do ato, posto em confronto com a norma jurídica – uma atividade lógica que pressupõe como premissa maior a definição ou dicção do direito aplicável, por isso, etimologicamente, ser uma atividade de jurisdição – daí a denominação tipológica e genérica do controle jurisdicional, que se reserva à específica função de controle cometida ao Poder Judiciário.

Ante a eventual desconformidade do ato com o interesse juridicamente expresso na legislação, a atuação de controle há de ser a declaração de nulidade, podendo, neste caso, alcançar o agente responsável pela ilegalidade e aplicar-lhe as sanções previstas.

Ambas as modalidades de controle – tanto o de legitimidade quanto o de legalidade – têm o seu próprio assento constitucional. O princípio da legitimidade está expresso na Constituição Federal, logo em seu art. 1.º, parágrafo único (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”) e o princípio da legalidade, no art. 5.º, II (“Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), sendo que, no Direito Administrativo, o princípio é tomado em sentido estrito: a Administração só pode atuar conforme a ordem jurídica positivada – portanto, entendida como a norma legislada.

A *legitimidade*, como se assentou, refere-se diretamente aos *interesses públicos primários da sociedade*, embora os *interesses públicos secundários do Estado* também devam ser considerados e protegidos, não, porém, de modo autônomo e muito menos exclusivo, mas integrados, na suficiente medida em que sejam *instrumentais para a funcionalização dos interesses públicos primários da sociedade*, sendo, portanto, auxiliares à *funcionalização dos direitos fundamentais*. Por isso, os *interesses públicos secundários*, também denominados *interesses estatais*, por serem *instrumentais*, são *interesses públicos derivados* ou *interesses públicos adjetivos*, por esta razão, *axiologicamente subsidiários*.

Reafirme-se ainda uma vez: ambas as categorias de *interesses públicos* – os substantivos e os adjetivos – por certo devem ser satisfeitos, mas essa observância sempre se fará com rigoroso respeito à *precedência axiológica da legitimidade*, pois os *adjetivos* devem ceder aos *substantivos* – já que estes constituem a própria razão da existência do Estado.

Cabe, assim, ao Estado o dever de agir *legitimamente* em sua função administrativa, conformando-a, por certo, às necessidades e condições conjunturais, mas, por ser extremamente complexa e mutável a *conjuntura política, econômica e social* que a Administração Pública deve, sucessivamente, considerar, avaliar e ponderar em sua atuação, não há possibilidade de prever-se, na norma legal, em sua expressão geral e abstrata, de modo permanente e integral, em que condições o interesse público deverá ser entendido e atendido em cada caso concreto.

Ora, uma *integral vinculação* da função administrativa ao conteúdo de normas abstratas acabaria inviabilizando a sua aplicação e se tornando a negação do próprio interesse público primário a ser prioritariamente atendido, uma vez que, ante as exigências, sempre mais demandantes, cambiantes e complexas a serem enfrentadas pela Administração Pública, se torna cada vez mais difícil e, por vezes impossível, minimizar a racionalidade administrativa a nada mais que uma *aplicação automática* de normas legais, não obstante seu conteúdo se patenteie insuficientemente densificado para tipificar e atingir essas realidades que deve reger.

Incumbe, assim, à Administração, desenvolver análises e aperfeiçoar padrões de gestão, de modo a aplicar as prescrições abstratas dessas normas aos casos concretos, adequando-as, no que for possível, às características idiossincrásicas da realidade e justificando responsavelmente as opções que forem feitas. Esta é a razão pela qual se multiplicam, no Direito Administrativo, as *hipóteses de atuação administrativa que não se encontram integralmente definidas na norma legal, mas que, por isso, se valem de um leque mais ou menos amplo de escolhas de oportunidade, de conveniência e de densidade de conteúdo com vistas a atingir a sua aplicação administrativa concreta*.

Portanto, nesses casos, cabe ao legislador *delegar* a ente, órgão ou agente administrativo, uma implícita e especial competência, graças à qual se faz juridicamente possível *integrar, em cada hipótese concreta, o que seja um adequado conceito de legitimidade*, para tanto sopesando a conveniência e a oportunidade (motivo) de agir e precisando os resultados pretendidos, que constituem o seu conteúdo (objeto), ambos escolhidos considerando uma gama de efeitos juridicamente admissíveis, sem que, nesta operação, o administrador público esteja adstrito a

quaisquer outros critérios que não os de *legitimidade*, de *realidade*, de *razoabilidade* e de *proporcionalidade*.

O emprego dessas técnicas de *densificação* da norma jurídica, que se perfaz pela *integração do seu conteúdo de legitimidade ainda defectivo*, tradicionalmente descrito como *exercício de poder discricionário*, era considerado, então, como uma manifestação *própria*, se não que *característica*, da Administração Pública, muito embora sempre se reconhecesse a sua *limitação* aos casos fixados em lei e sob as condições gerais previstas na ordem jurídica vigente. Com o progresso da Ciência do Direito, atualmente, não mais se vislumbra, neste emprego do *instituto da discricionariedade*, o exercício de qualquer espécie de *poder metajuridicamente diferenciado* e, muito menos, que se o possa considerar como um “poder” *próprio da Administração*, mas, simplesmente, como o normal *exercício de uma função específica* – que é a de *integrar o conteúdo de uma norma* densificando seu conteúdo de modo a possibilitar a sua aplicação concreta.

Assim, por se tratar de *exercício de uma função* e não de *imposição de um poder autônomo*, o emprego da discricionariedade se encontra sujeito aos mesmos requisitos constitucionais exigidos para a edição de qualquer norma jurídica, notadamente a observância da *realidade* (possibilidade física) e da *razoabilidade* (possibilidade lógica).

Destarte, o exercício da discricionariedade pela Administração não se valida apenas por conter-se no âmbito de atuação que lhe foi aberto pelo legislador, como até recentemente se admitia, uma vez que, além desse requisito, faz-se necessário que as soluções escolhidas, sobre se cingirem a esses lindes legais, se apresentem também *realistas* e *razoáveis* em face da integralidade da ordem jurídica e, em acréscimo, concorram efetivamente para que sejam atingidos resultados *legítimos*.

Em suma, conceituando: a *discricionariedade administrativa* é um resíduo de *legitimidade*, cuja última definição a ordem jurídica defere à Administração Pública, de modo que a função *administrativa discricionária* é exercida para a satisfação de um implícito mandato da norma legal para integrar a vontade do legislador. Como se conclui, nem por isso ela está *imune ao controle*, mas, muito ao contrário: o reconhecimento dessa característica nomológica submete-a a uma dupla imposição: tanto ao *controle político-administrativo*, de *legitimidade* quanto ao *controle jurídico-administrativo*, de *legalidade*.

Como anomalia, rara, mas possível, no que toca ao *controle da discricionariedade*, o seu criterioso exercício poderá, eventualmente, afastar determinadas escolhas, embora faticamente possíveis e até úteis, em razão de serem elas ilegais, ilegítimas ou ilícitas, a tal ponto que a opção administrativa se restrinja apenas a uma escolha válida – que seja a única que se apresente isenta de vícios – caracterizando-se, assim, uma hipótese de *redução* ou *atrofia da discricionariedade*, que a assimilará de fato a uma *vinculação*.

Submete-se, portanto, o exercício da função *administrativa* a um amplo *controle político-administrativo de legitimidade* quanto ao emprego conveniente e oportuno da *discricionariedade*. Se, por um lado, o ligame dos elementos vinculados dá-se, especificamente, à *lei* (*submissio legis*), como *controle de legalidade*, por outro lado, a referência dos elementos *discricionários*, aqui estudados, se faz, genericamente, à *ordem jurídica* (*submissio juris*), integrado pelo *controle de legitimidade*.

O controle de legalidade que, como afirmado, se filia ao princípio do mesmo nome, já estudado na Parte Geral deste Curso, sucintamente se define como a sujeição do agir à lei, como produto da legislação estatal, sendo de especialíssima importância quanto aos atos da Administração Pública, como enfaticamente o destacou o legislador constitucional (art. 37, *caput*). Justifica-se essa especial atenção considerando-se a extensa gama que cobre a atuação administrativa pública, tornando seu estudo tão delicado quanto importante.

Tem-se que a sujeição jurídica do agir do Estado enquanto legislador é, fundamentalmente, a sua conformidade constitucional; enquanto a sujeição jurídica do agir do Estado à legislação vigente, ao proferir decisões judicárias, é, basicamente, a observância da integralidade da ordem jurídica, mas, distintamente, a sujeição do agir do Estado ao Direito, enquanto administrador de interesses públicos é muito mais ampla do que as sujeições anteriores e, também, muito mais complexa, pois, além da obrigatoriedade observância da estrita vinculação legal, deve ainda considerar se o eventual uso da discricionariedade se contele nos limites do possível e do razoável, como critérios amplamente referidos a todo o ordenamento jurídico, que, em seu conjunto – de princípios, preceitos e costumes – torna-se o referencial do interesse público, cujo atendimento é a única finalidade e justificação do Estado.

A partir do estudo da legalidade, iniciado na Parte Geral, observa-se que a desconformidade do agir à lei poderá assumir duas modalidades, lá, então, identificadas: uma, objetiva, e outra, subjetiva.

A ilegalidade objetiva é a desconformidade do agir em face da lei, sem que dela resulte, necessariamente, violação de nenhum interesse concreto juridicamente protegido. Já a ilegalidade subjetiva é a desconformidade do agir em confronto com a lei, quando dela resulte violação de algum interesse concreto juridicamente protegido.

Portanto, uma vez detectado, no exame que se proceda de uma determinada relação jurídica administrativa, um problema de legalidade, cumpre definir, preliminarmente, desde que admitida, por hipótese, tal desconformidade com a ordem jurídica em abstrato (ilegalidade objetiva), se, por acréscimo, teria também, o ato considerado, ferido algum interesse concreto juridicamente protegido (ilegalidade subjetiva). Desdobra-se, assim, em dois necessários estádios metodológicos uma pesquisa plena da ilegalidade.

Recorde-se que o interesse juridicamente protegido poderá se apresentar, como já foi explicado no Capítulo X, em dois graus: como interesse legítimo, quando, na relação jurídica, a tutela legal proteja o interesse público em jogo, refletindo-se, em certas circunstâncias, sobre a órbita jurídica do administrado, e, como direito subjetivo, quando, na relação jurídico-administrativa, a norma tutele única ou precipuamente o interesse individual, extensível ao coletivo e ao difuso.

Se a atividade administrativa em exame não feriu nem ameaçou o interesse juridicamente protegido – tanto um interesse legítimo como um direito subjetivo – inexistirá, em princípio, possibilidade de provocação de controle externo; se, ao contrário, qualquer que seja a atividade administrativa, ocorrer violação ou ameaça de interesse juridicamente protegido, será sempre invocável o controle externo, pelo acionamento dos

órgãos constitucionalmente competentes para essa tutela, o que a Carta Magna denomina de *lesão de direito*, no art. 5.º, XXXV, os quais, segundo a dicção do mesmo dispositivo, conformam o Poder Judiciário.

O controle externo das atividades administrativas que, já estudado, poderá ser realizado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, quando se tratar especificamente dessa tutela da *lesão ou de ameaça a interesses juridicamente protegidos*, casos de violação da *legalidade subjetiva*, se restringe à competência do Judiciário. Ao Poder Legislativo cabe, por outro lado, apreciar amplamente a *legalidade objetiva* dos atos da Administração, com estritíssimas exceções, as já examinadas quando do estudo dos *controles recíprocos* entre os Poderes do Estado.

Mas não ficam aqui as generalidades a serem lembradas quanto ao *controle de legalidade*: também com relação aos *efeitos* do seu controle externo, há que se fazer outra importante distinção, envolvendo a *tipologia* de atuação de um e outro Poder do Estado: enquanto o controle externo pelo Legislativo, dito Parlamentar, respeitadas as exceções, é, preponderantemente de *fiscalização*, o controle externo pelo Judiciário é precipuamente de *correção*. Por esta razão, o *controle parlamentar* não atinge diretamente o ato ilegal – e as medidas, facultativamente tomadas em seu âmbito, se processam na área de discussão política; enquanto o *controle judiciário* atinge diretamente o ato ilegal – e as medidas, necessariamente tomadas, se processam na área da decisão vinculada.

Se não há *ilegalidade subjetiva*, o Judiciário nada terá a corrigir; entretanto, o Legislativo, que não recebe o encargo de tutelar em concreto os interesses juridicamente protegidos, terá competência para introduzir na ordem jurídica uma nova solução que, em tese, lhe pareça mais adequada para o problema de juridicidade enfocado, visando a prevenir ou dirimir *conflitos futuros*, pelo aporte de aperfeiçoamentos institucionais.

Tem-se que, dentro do vasto campo do *controle de legalidade - interno*, se exercido pela própria Administração, e *externo*, se o for pelos Poderes Legislativo, Judiciário e, em suas respectivas competências de zeladora e provação, através dos demais órgãos constitucionalmente independentes, se deve concentrar especial atenção sobre a modalidade externa e, dentro desta, a *judiciária*, pois é bem amplo o conceito de *controle de legalidade* no Estado de Direito, suficientemente vasto, para nele caberem todas as formas e meios de preservá-la, seja preventiva, seja corretivamente.

A integridade do atual sistema constitucional de atuação do Estado, que se desenvolve em espetro cada vez mais plural e plurissetorizado, através de órgãos e funções de seus três Poderes, como também de órgãos e funções constitucionalmente independentes, de órgãos e funções estatais intermédios e, ainda, da atuação dos particulares delegatários, autorizatórios ou reconhecidos a qualquer título, converge para sustentar o *primado do Direito* nas relações entre os indivíduos, entre os indivíduos e o Estado e dentro do próprio Estado.

Embora cada entidade, cada Poder do Estado, cada órgão, cada agente e, individualmente, cada administrado, tenha o dever de controlar a *legalidade*, ante a evidência de uma ilegalidade deverão se ater à ação prevista em sua respectiva esfera de competência, entendida como o respectivo *poder de agir*.

Aos administrados cabe a *provocação do controle*. À Administração competirá, de maneira plena, o exercício do *autocontrole*. Ao Legislativo incumbe o *controle substitutivo*, *ex nunc* e de natureza política, sem que possa alterar o ato ilegal, cabendo-lhe apenas alterar para o futuro os pressupostos da própria legalidade. Ao Judiciário competirá, por fim, o *controle corretivo*, para anular ou desaplicar atos, com reserva da decisão final e definitiva em tema de *legalidade subjetiva* e, em casos especiais, também de *legalidade objetiva*.

Quanto aos *efeitos jurídicos do controle de legalidade*, já que seu objetivo é *eliminar da ordem jurídica o ato viciado*, por ser com ela incompatível, se limitam aos dois tipos institucionais já estudados: a *anulação* e a *sanação*, ambas, *técnicas de natureza corretiva*.

182.3. Os campos de atuação do controle

Cada um dos três Poderes do Estado e órgãos constitucionalmente independentes, atuando em seus respectivos campos específicos, tem competência constitucional para exercer um amplo e diversificado controle sobre as atividades de administração pública, seja como *auto*, seja como *heterocontrole*.

A seguir, desdobra-se o estudo da *teoria do controle*, considerado este critério, em quatro Seções: I – *O Controle Administrativo*; II – *O Controle Parlamentar*; III – *O Controle Judiciário*; e, aplicativamente, IV – *Os meios de Controle Judiciário*.

Seção I O CONTROLE ADMINISTRATIVO

183. CONCEITO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

O *controle administrativo* é, por definição, o exercido pelos órgãos com *função administrativa* sobre seus próprios atos, no desempenho da *autotutela*. Portanto, cabe ao Poder Executivo o amplo controle sobre suas próprias funções administrativas, *extroversas* e *introversas*, e aos demais Poderes do Estado, bem como aos órgãos constitucionalmente independentes, exercer o *autocontrole* no que toca às suas respectivas funções administrativas.

Em relação ao *objetivo*, esta modalidade de controle visa, genericamente, à *juridicidade* da ação administrativa pública, destacadamente quanto à sua *legitimidade* e *legalidade*.

183.1. Controle administrativo de legitimidade

No âmbito do Poder Executivo, em todos os graus federativos, o *controle administrativo de legitimidade* de seus atos é de superior importância, pelo fato de lhe competir a quase totalidade da *administração extroversa*, ou seja, a *gestão dos interesses da sociedade, que lhe são constitucionalmente confiados*, uma vez que, nesta função, atua, como regra, com ampla margem de *discretionalidade*, que, como já se definiu, é o preenchimento administrativo do resíduo de legitimidade que lhe delega o legislador.

O seu *titular unipessoal*, o Chefe do Governo – Presidente da República, Governador de Estado ou Prefeito Municipal – terá sempre a *última palavra* no desempenho de sua função, de *direção superior da Administração* (CF, art. 84, II), e os seus auxiliares diretos – os Ministros de Estado, Secretários de Estado ou Secretários de Município – exercerão a *supervisão* dos órgãos e entidades subordinadas em suas respectivas esferas de ação (CF, art. 87, parágrafo único, I), no exercício de suas próprias competências, estabelecidas por lei ou delegadas por decreto, para o *exercício de aspectos setoriais desse controle*.

Assim como essas autoridades político-administrativas têm competência para *definir o resíduo do interesse público no desempenho de suas respectivas funções discricionárias*, do mesmo modo, lhes caberá exercer sua competência para *controlar a atuação de todos entes, órgãos e agentes subordinados em seus respectivos âmbitos de atuação*, formulando juízos críticos sobre o *alcance e o resultado* dos atos sujeitos à sua *decisão e supervisão e revisão* em termos de atendimento dos interesses públicos a seu cargo. Trata-se, assim, de uma *competência de controle tanto sobre o exercício de sua própria discricionariedade como sobre aquela exercitada por todos os seus subordinados hierárquicos*, no exercício de suas respectivas competências.

O mesmo se aplica no âmbito administrativo interno dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como no dos órgãos constitucionalmente independentes, nos quais, similarmente, existem órgãos diretivos competentes para zelar por esses mesmos valores no desempenho de atividades administrativas introversas.

183.2. Controle administrativo de legalidade

O *controle administrativo de legalidade* tem diversa natureza: trata-se de um *dever geral*, que se impõe a *todo e qualquer ente, órgão ou agente* da administração pública sobre a ação de seus subordinados, não importa quem a exerça, em que hierarquia se situe ouse se trate de atividade extroversa ou introversa.

No que concerne à ação dos servidores públicos, no desempenho de seus respectivos cometimentos, esse dever está *implícito em sua investidura*, obrigando-os não somente a *agir de acordo com a lei*, como a *atuar obrigatoriamente no controle da legalidade de sua aplicação*, apontando sua violação, onde e quando for o caso, e corrigindo-a, quando para tanto competentes.

183.3. O controle como função administrativa

Ambos os modos de controle, como expostos, constituem uma específica *função* da Administração, que apresenta natureza reflexa e que lhe confere o poder-dever de praticar todos os atos necessários à *conformação corretiva de sua gestão*, tanto em referência ao interesse público não legislado, cuja integração lhe cabe (*legitimidade*), quanto ao interesse público legislado (*legalidade*), desdobrando-se, portanto, em duas espécies do gênero *função administrativa de controle*: o *controle administrativo de legitimidade* e o *controle administrativo de legalidade*.

O *controle administrativo de legitimidade*, que é o *controle do mérito administrativo*, pois se refere ao motivo e ao objeto discricionários, que constituem o *mérito*, incide, por isso,

exclusivamente sobre esses dois elementos, desde que tenham sido objeto de decisão discricionária; vale dizer, quando certos aspectos tenham sido confiados, pelo legislador, à avaliação, ponderação e escolha da possibilidade, do conteúdo, da conveniência e da oportunidade ao nuto do agente administrativo.

O controle administrativo de legalidade toca, por sua vez, não só aos elementos vinculados do ato administrativo, como se estende a todos os aspectos dos elementos discricionários que se apresentem suscetíveis, por alguma forma, de contrastamento com parâmetros positivados da ordem jurídica.

Esta afirmação confirma, mais uma vez, que a discricionariedade não é um poder da Administração, mas uma função, que, como qualquer outra, também se sujeita ao exame de legalidade em todos aqueles aspectos e pressupostos que se encontrem explícita ou implícita, direta ou indiretamente vinculados à legislação.

184. ATUAÇÃO E INSTRUMENTOS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo, por ser, desse modo, ambivalente – de mérito e de legalidade –, tem o mais amplo espectro de atuação possível, pois, tanto pode anular como confirmar, revogar, alterar, suspender ou sanar atos praticados, tendo à disposição do administrador público um arsenal institucional provido dos mais variados instrumentos jurídicos para atingir cada um desses fins.

Por esse motivo, seu estudo se desdobra em relação a dois aspectos: 1 – o referido às modalidades jurídicas de atuação do controle administrativo: classificadas quanto ao objeto visado pelo ato controlador; e 2 – o referido aos instrumentos jurídicos de atuação do controle administrativo: classificados quanto à forma que lhes confira o direito positivo.

184.1. Modalidades de atuação do controle administrativo

O controle administrativo comporta ser estudado sob dois critérios: o temporal e o objetivo: no primeiro caso, examinando o controle no tempo, tem-se o controle anterior, o concomitante e o posterior, e, no segundo caso, partindo da eficácia pretendida quanto ao objeto controlado, desdobram-se os objetos de fiscalização e de correção.

O controle anterior cerca o processo de formação da vontade administrativa de cuidados antecipativos para evitar injuridicidades, como, por exemplo, o exercido nas aprovações prévias de ações, nos referendos, nas audiências e consultas públicas.

O controle concomitante se desenvolve simultaneamente com a elaboração e a manifestação da vontade administrativa, pelo exame de cada fase em que desdobre, possibilitando a introdução de correções incidentais, como, por exemplo, nas aprovações de prosseguimento de ações e no acompanhamento de processos.

O controle posterior, que é o mais empregado porque permite que a ação administrativa se processe com maior rapidez, tem lugar a posteriori, o que não impede o emprego intercorrente de instrumentos de publicidade, para que se produzam a fiscalização eventual e a possível aplicação de correções incidentais.

Como são, basicamente, dois os objetos do controle considerando a eficácia pretendida, classificam-se duas modalidades de atuação: a de fiscalização e a de correção.

A atuação de controle administrativo de fiscalização, ou atuação fiscalizadora, é aquela que se destina ao exame e ao reexame de relações administrativas visando a identificar possíveis desconformidades, tanto em termos de legalidade como de mérito.

A atuação de controle administrativo de correção, ou atuação corretiva, é aquela que se dirige à eliminação da ilegalidade ou da ilegitimidade nas relações de direito administrativo, uma vez identificadas: são elas, elencadas quanto à ilegalidade: a anulação, a suspensão, a confirmação e a sanação, institutos já estudados, acrescendo-se, quanto à legitimidade: a revogação, a modificação e, também, aquelas mesmas formas da suspensão e da confirmação.

A atuação anulatória é a que se volta à eliminação da ilegalidade pelo desfazimento de uma relação administrativa por ilegalidade.

A atuação sanatória é a que se destina a eliminação da ilegalidade pela adaptação a posterior da relação administrativa às respectivas normas regedoras.

Atuação revocatória é a que se utiliza para desconstituir uma relação administrativa que, embora válida, não mais seja considerada de interesse público, ou por se ter constatado a impossibilidade de vir a realizá-lo através dela, ou, ainda, porque tenha sido reavaliada como inconveniente ou inoportuna para o pretendido efeito.

Atuação modificatória é a que, sem desconstituir o ato discricionário formador de uma relação administrativa, introduz-lhe alterações por considerações de mérito.

As duas modalidades corretivas comuns, aplicáveis aos problemas de legalidade e de mérito, são a suspensiva e a confirmatória.

A atuação suspensiva é a que, a Administração, por motivos cautelares, em caso de reexame de legalidade ou do mérito, interrompe o processamento da manifestação da vontade da Administração ou retira temporariamente a exequibilidade de um ato formador de determinada relação administrativa.

Finalmente, a atuação confirmatória é aquela em que a Administração reafirma a legalidade de qualquer relação administrativa posta sob dúvida ou suspeita, ou renova a apreciação de sua legitimidade, reafirmando seu juízo de possibilidade, de conveniência e de oportunidade de um ato discricionário praticado.

O controle administrativo pode ter duas modalidades, quanto à origem da atuação do controle: se for interna, denomina-se de autocontrole, em que coincidem a Administração controladora e a controlada; se de origem externa, denomina-se heterocontrole, neste caso, sendo distintos, de um lado, o órgão ou Poder controlador e, de outro, o controlado.

Cabe distinguir, ainda, quanto à oportunidade de realização do controle, duas modalidades básicas de atuação administrativa: o controle administrativo preventivo e o controle administrativo repressivo.

O controle administrativo preventivo tanto pode ser anterior, exercido antes de praticada a atividade administrativa, como concomitante, exercido durante a sua prática; em ambos os casos, para que sejam evitados defeitos de legalidade ou de mérito. Cabe à lei revestir certas atividades administrativas de cuidados especiais, como os adotados, por exemplo, em

procedimentos preparatórios, como nas licitações e nos concursos públicos, tendo a fiscalização como a sua principal forma de atuação.

O controle administrativo repressivo, de emprego posterior, é o que se executa para reconduzir uma ação administrativa à legalidade e à legitimidade, conforme os vícios que venham a ser detectados, de um ou de outro tipo, sendo a correção a sua principal modalidade de atuação, o que se aplica, notadamente, pelas vias da anulação, se de ilegalidade se trata, e da revogação, se é uma ilegitimidade o que se identifica.

184.2. Instrumentos para atuação do controle administrativo

São instrumentos do controle administrativo os atos e os processos próprios, previstos na ordem jurídica, destinados a suscitar e a realizar o reexame de relações administrativas suspeitas de defeitos na conformação legal ou no mérito.

184.2.1. Direito de petição

Este instituto, tradicionalmente previsto em nossas Constituições, está mantido no art. 5.º, XXXIV, a, da Constituição de 1988, para a defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, sendo, por isso, um instituto indissociável do conceito de Estado Democrático de Direito.

A utilização desse instrumento destinado a provocar o reexame de matéria administrativa, está franqueada a todos, ou seja, a qualquer pessoa – natural ou jurídica, nacional ou estrangeira – não exigindo mais que o requerente possua algum tipo de interesse pessoal para dele se valer, não estando, tampouco, sujeito à prescrição.

184.2.2. Redação relativa à prestação dos serviços públicos

Mais restrita do que o direito de petição, destaca-se, também com assento constitucional no art. 37, § 3.º, I, a reclamação administrativa relativa à prestação dos serviços públicos, como modalidade de provocação do controle administrativo, exigindo pertinência subjetiva entre usuário reclamante e o serviço público objeto de reclamação.

A lei, no caso, subentendida a própria de cada entidade política, em razão de sua autonomia constitucional, deverá disciplinar esse instrumento, juntamente com outras formas de participação direta e indireta dos usuários relativamente aos serviços que lhes são prestados.

184.2.3. Recursos em processos administrativos

Ainda com assento constitucional, no art. 5.º, LV, os recursos são garantidos aos litigantes em processo administrativo, não importando a disciplina específica que os regule.

Recursos administrativos são os pedidos formais de reexame de atos, geralmente fundados no princípio hierárquico ou em hipóteses especialmente instituídas em lei. O ato da autoridade

recorrida, como resultado da apresentação do recurso, salvo se de outro modo venha dispor a lei, é *devolvido* à reapreciação da autoridade recorrente sob todos os seus aspectos – de legalidade e de mérito.

Como cada unidade da Federação, no gozo de sua autonomia político-administrativa, pode dispor sobre seus próprios *processos administrativos*, torna-se importante, embora não seja imprescindível, uma vez que a norma constitucional é autoaplicável, que as entidades da Federação legislem sobre a matéria.

O s *recursos administrativos* classificam-se, quanto aos *efeitos*, em *devolutivos*, quando transferem à autoridade recorrida a competência revisora, e *suspensivos*, quando sua interposição retira apenas a exequibilidade do ato recorrido; quanto à *forma*, os *recursos* serão *hierárquicos*, quando os agentes *a quo* e *ad quem* se escalonem na mesma linha hierárquica, e *hierárquicos impróprios*, quando não tenham, entre si, relação de subordinação hierárquica, caso em que será necessária uma expressa *previsão de sua admissibilidade*; finalmente, ainda quanto à *forma*, poderão ser de *provocação voluntária ou de ofício*, segundo exijam ou não a *iniciativa* do administrado.

185. AUTOCONTROLE CONTÁBIL, FINANCEIRO, ORÇAMENTÁRIO, OPERACIONAL E PATRIMONIAL INTERNO

O Direito Administrativo abrange não apenas as *relações extroversas* da Administração com os administrados, como as *relações introversas*, que se travam entre seus entes, órgãos e agentes.

As atividades de *controle interno*, quanto à legalidade da *gestão pública financeira*, nelas incluídas a contábil, orçamentária, operacional e patrimonial públicas, constituem-se, por isso, em específico *ramo* do Direito Administrativo que, por sua importância e complexidade, se tem tratado autonomamente sob a denominação de *Direito Financeiro*, pois, em última análise, convergem especialmente para *administração das finanças* das entidades de direito público e, sob certas condições, também as das entidades paraestatais, em tudo o que toque à defesa do *erário público*, em sentido amplo.

A extensa e até redundante designação deste item repete didaticamente o subtítulo constitucional correspondente (CF, art. 70). Especificamente, porém, por *gestão financeira*, entende-se todo o *gênero*, que é a disposição administrativa dos recursos públicos; por *gestão orçamentária*, a submissão contábil dos dispêndios públicos à previsão legislativa, expressa nas três modalidades de leis de natureza orçamentária instituídas; por *gestão operacional*, a busca da eficiência administrativa, através da maximização quantitativa e qualitativa dos resultados, com a minimização dos dispêndios; e por *gestão patrimonial*, a disposição jurídica do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado.

Em consequência, as atividades correlatas de *controle* terão, genericamente, o objetivo de zelar pela *juridicidade* dos atos praticados no desempenho desses variados aspectos específicos da gestão pública.

O controle financeiro volta-se à fiscalização e à correção das ilegalidades cometidas na gestão dos dinheiros públicos, inclusive o endividamento, implicando, assim, o controle contábil, quanto a seus aspectos técnicos peculiares.

O controle orçamentário destina-se a fiscalizar e a corrigir as infrações às leis de meios – o orçamento plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual – sempre zelando pela juridicidade da disposição dos dinheiros públicos.

A conjugação dos dois controles, o financeiro e o orçamentário, possibilita a realização do que se tem como uma gestão fiscal responsável – a que, para tanto, é a planejada e a preventiva de riscos (objeto da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, art. 1.º, § 1.º)

O controle operacional direciona-se à supervisão das atividades administrativas quanto ao fiel cumprimento dos planos e programas e, especialmente, quanto ao atendimento dos resultados e metas específicas, por eles visados.

O controle patrimonial objetiva a rigorosa observância das normas que regem o uso, a conservação e a disposição dos bens públicos, com ou sem dispêndio de recursos fazendários.

Todos os Poderes e órgãos constitucionalmente independentes, de quaisquer das entidades políticas, na forma do art. 70 da Constituição e no desempenho do controle interno que lhes cabe, deverão exercer cada uma dessas modalidades de controle, abrangendo a totalidade desses aspectos: o de legalidade, legitimidade, eficácia, eficiência e economicidade, na forma da legislação que lhes for aplicável.

Esta legislação a ser aplicada é de competência concorrente da União e dos Estados, no que toca ao controle financeiro (CF, art. 24, I) e ao orçamento (CF, art. 24, II), admitindo a suplementação municipal (CF, art. 31, combinado com o art. 30, II).

Reservou-se, ainda, à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo ao regime especial previsto para as empresas públicas e sociedade de economia mista (CF, arts. 22, XXVII, c/c 37, XXI, e 173, § 1.º, III).

Observe-se que essa competência, para legislar sobre licitação e contratação, está limitada ao estabelecimento de normas gerais, não podendo, a União, sob pena de inconstitucionalidade, esgotar qualquer dos aspectos regulados.

Compete, ainda, à União legislar amplamente sobre normas gerais, e sobre normas específicas próprias, de controle orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, e, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, legislar especificamente sobre essas matérias, obedecidas as normas gerais baixadas pela União, sendo que os Municípios observarão, ainda, os princípios constitucionais e a legislação concorrente aplicável de seus respectivos Estados (CF, arts. 29 e 24, I e II).

Dessa competência destaca-se, particularmente, a de legislar sobre o orçamento (CF, art. 24, II), que é a instituição-chave para assegurar a qualidade democrática (sob o específico aspecto da legitimidade) e jurídica (sob os demais aspectos da juridicidade) da gestão da receita e da despesa públicas.

O Direito Financeiro arrola como princípios doutrinários do orçamento, entre outros, a

unidade, a universalidade, o equilíbrio, a veracidade, a especialização e a anualidade, distinguindo-se, constitucionalmente, duas leis preparatórias de natureza orçamentária, o *plano plurianual*, para as despesas de capital que exijam *continuidade* e se prolonguem por mais de um ano, e as *diretrizes orçamentárias*, compreendendo as metas e prioridades, as alterações na legislação tributária e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, art. 165 e seus parágrafos).

A Constituição distingue, ainda, quanto a essas modalidades de controle, o *interno* do *externo* (art. 70), distinção feita pela doutrina não só pela *competência* dos órgãos que os exercem (o controle interno cabe à própria administração de cada Poder e o controle externo, ao Poder Legislativo, que o exerce diretamente ou por órgãos auxiliares), como pela *abrangência* e pela *eficácia jurídica*, aspectos que são próprios a cada um deles.

O *controle interno*, preponderantemente *administrativo*, é amplíssimo, podendo se estender a aspectos de *legalidade* e de *mérito* da gestão financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, enquanto que o *controle externo*, restrito às hipóteses constitucionais (CF, art. 71), é preponderantemente *político*, sendo que cabem, em regra, a seus órgãos auxiliares internos e aos Tribunais e aos Conselhos de Contas a *fiscalização* e, excepcionalmente, a prática de um tipo de *correção* da ilegalidade contábil e financeira, como se examinará adiante.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, dispõe sobre competência, jurisdição, julgamento de contas, execução de suas decisões, recursos, fiscalização, denúncia cidadã, sanções, organização interna, Ministério Público especial, Secretaria e providências correlatas.

186. O CONTROLE PELO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Implícita na norma constitucional que garante o *recurso administrativo* (CF, art. 5.º, LV), bem como na anterior, que assegura o *devido processo legal* (CF, art. 5.º, LIV), contém-se a própria afirmação constitucional do *princípio da processualidade*, obrigatório para a atuação do Estado.

Os *processos administrativos* consistem na *sucessão de atos racionalmente dispostos*, de modo a convergirem para a obtenção de um *resultado jurídico desejado*. Esta *sucessão de atos* materializa um *procedimento*, que variará em função do *resultado* colimado.

O *Direito Administrativo Processual* é o ramo didático adjetivo voltado ao estudo e aplicação desses princípios, preceitos e técnicas jurídicas destinados a ordenar da maneira mais segura e eficiente esta fundamental atividade da Administração, em função da realização de um *ato final*, que deve conter um *resultado*, que caracterizará de cada processo.

Portanto, conforme a *eficácia pretendida* desse *ato final*, identificam-se as seguintes modalidades processuais:

- 1 – *processos ordinatórios*, os destinados a instituir atos administrativos *normativos*;
- 2 – *processos negociais*, os destinados a declarar uma vontade administrativa *anuente*.

com um interesse privado previamente expressado, tais como a licença, a autorização, a dispensa, a permissão etc.;

- 3 – processos *enunciativos*, os que objetivam uma declaração certificatória de ato ou atestatória de ato ou de omissão; e
- 4 – processos *punitivos*, os que visam a infligir uma *sanção*, interna ou externa, por violações da lei ou de comando administrativo.

Outra classificação útil distingue os processos administrativos conforme os *setores de atuação*, identificando-se, sob esse critério, quaisquer *processos específicos*, tais como, exemplificativamente, os de provimento, de edificação, de loteamento, financeiros, tributários, disciplinares etc.

Reserva-se a cada ente da Federação legislar sobre o seu próprio processo administrativo e os seus respectivos procedimentos, observados os princípios constitucionais explícitos e implícitos. Para a Administração Federal o *processo administrativo* está disciplinado pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, diploma de vanguarda e tecnicamente apurado, no qual se garantem, em síntese, aos administrados, o *recurso administrativo* e a *revisão* e se regulam vários aspectos de sua tramitação, como a reconsideração, a interposição independente de caução, o encaminhamento, a tramitação máxima por três instâncias, a legitimidade das partes, os prazos, as condições substantivas da interposição, as hipóteses de não conhecimento e a revisão de sanções (arts. 56 a 65), aplicando-se, subsidiariamente, quanto ao procedimento, todas as leis processuais administrativas específicas vigentes no plano federal.

Não obstante a sua difundida utilização na atividade administrativa, os *processos administrativos* ressentem-se, no Brasil, da falta de *regras gerais nacionais*, que deem consistência e segurança à tramitação dos atos de interesse dos administrados em todo o País. A atomização de princípios e de normas aplicáveis gera vacilações e indefinições que dificultam, quando não impedem, a plena observância da garantia constitucional do *devido processo legal*, notadamente nas hipóteses que envolvam a *liberdade* e os *bens* dos administrados (CF, art. 5.º, LIV). Neste passo, faz-se coro com uma sucessão de administrativistas, como, distinguida e pionieramente, Alberto Bittencourt Cotrim Neto, que advogaram, com empenho e persistência, a adoção de uma *processualística básica* e coerente para todos os gêneros e órbitas da ação administrativa pública brasileira.

Ainda assim, venham ou não a ser adotadas, *de lege ferenda*, essas desejadas *normas gerais nacionais de processo administrativo*, a doutrina auspiciosamente já tem avançado bastante neste propósito, distinguindo alguns *princípios básicos*, de assento e amplitude constitucionais, indispensáveis à regência de um *processo administrativo* democrático, seguro e eficiente, tais como os seguintes, que foram adotados na referida legislação federal e em outras legislações estaduais: o *princípio da legalidade*, o *princípio da publicidade*, o *princípio da oficialidade*, o *princípio do contraditório*, o *princípio da motivação* e o *princípio da recorribilidade*.

O *princípio da legalidade*, aqui tomada em sentido estrito, consiste na vinculação do processo, em todas as suas fases, a prévios ditames legais, proibidos à Administração o acréscimo ou a redução de fases e de atos, salvo com expressa previsão legal.

O princípio da publicidade determina a obrigatoriedade divulgação dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigir o sigilo.

O princípio da oficialidade corresponde à prerrogativa de impulso da Administração, pois, primando o interesse público, cabe, em princípio, à Administração, acioná-lo em todas as suas fases.

O princípio do contraditório consiste na garantia do administrado de que lhe será aberta a oportunidade de esclarecimento e de ampla defesa, de apresentação de prova e de acompanhamento de todo o procedimento, sempre que o processo verse sobre interesses cuja proteção lhe foi assegurada, sejam individuais, coletivos ou difusos (CF, art. 5.º, LV).

O princípio da motivação, já enunciado constitucionalmente (art. 93, X), determina a exposição clara e consequente das razões fáticas e jurídicas que embasem quaisquer decisões administrativas.

O princípio da recorribilidade determina que qualquer decisão tomada em processo administrativo, deverá ser revista por autoridade hierárquica recursal (CF, art. 5.º, LV).

Em suma, com a Constituição de 1988, o contraditório, a ampla defesa, os recursos e a publicidade tornaram-se obrigatorios em todos os processos, judiciais ou administrativos (art. 5.º, LV e LX), devendo as unidades federadas zelar, por sua parte, para que sejam efetivamente observados.

Seção II O CONTROLE PARLAMENTAR

187. CONCEITO DE CONTROLE PARLAMENTAR

O controle parlamentar, ou legislativo, é o exercido pelo Poder Legislativo de qualquer das três órbitas federativas; podendo ocorrer, diretamente, por seus plenários ou comissões parlamentares, e, indiretamente, com o auxílio de órgãos independentes instituídos para esse fim específico.

O controle parlamentar se insere entre os denominados *mecanismos constitucionais* de freios e contrapesos, instituições dedicadas à manutenção do equilíbrio entre os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado, disciplinando as interferências de cada um sobre os demais. Seu emprego, por excepcionar a independência funcional, está restrito às hipóteses constitucionais de admissibilidade, podendo se exercer com a natureza de controle fiscalizador, suspensivo, anulatório e, eventualmente, sancionatório (como na hipótese de impeachment).

A Constituição de 1988 adota diversas formas de controle parlamentar incidentes sobre a Administração Pública, apresentando uma sensível expansão desta modalidade relativamente às Cartas precedentes, o que concorreu para um saudável reforço político do Poder Legislativo.

A característica principal do controle parlamentar é a de ser, preponderantemente, um controle de legitimidade e, apenas excepcionalmente, de legalidade. Seu escopo consiste, em

última análise, em assegurar que a administração pública se processe com estrita fidelidade aos valores e aos interesses públicos politicamente prevalecentes, segundo a interpretação dos representantes do povo com assento nas Casas Legislativas, ou seja, com sujeição aos crivos da democracia representativa e, sempre que possível, da democracia participativa.

Dessa característica material do controle parlamentar decorre a formal, que é a de ser, normalmente, um controle de fiscalização, só excepcionalmente conduzindo à prática de atos interventivos, nestes casos, com a suspensão e a anulação de atos ou com a punição de responsáveis, como a seguir se examinará.

188. MODALIDADES DE CONTROLE PARLAMENTAR

Sob o critério orgânico, mencionaram-se três modalidades gerais de controle parlamentar: duas diretas – o controle exercido pelos plenários legislativos e o exercido por suas comissões – e uma indireta – o controle exercido em conjunto com órgãos auxiliares constitucionalmente instituídos.

Sob o critério material dos efeitos se distinguem as modalidades preventivas e as repressivas. As primeiras, nitidamente fiscalizadoras e, as demais, com eficácia suspensiva, anulatória ou sancionadora.

Como as modalidades de controle parlamentar já foram relacionadas no Capítulo X, suficiente será oferecer exemplos característicos de controle parlamentar direto, o preventivo e o repressivo, e, a seguir, do controle parlamentar indireto, o preventivo e o repressivo.

188.1. Controle parlamentar direto preventivo por plenários legislativos

Esta é a modalidade mais ampla, visando principalmente ao exercício constitucional, pelo Congresso Nacional e por suas Casas singulares, da sua competência para participar em altas decisões político-administrativas da República. Assim, tomando exemplos desta modalidade: ao Congresso Nacional, juntamente com o Presidente da República, cabe constitucionalmente fixar o efetivo das Forças Armadas (CF, art. 48, III), transferir temporariamente a sede do Governo Federal (CF, art. 48, VII) e conceder anistia (CF, art. 48, VIII), entre outras.

Ao Congresso Nacional se reserva ainda a exclusividade da prática de inúmeros outros atos político-administrativos que importam no exercício de competências de controle prévio sobre a Administração Pública Federal, como, destacadamente: a autorização ao Presidente da República para declarar guerra, celebrar a paz, permitir trânsito ou permanência de forças estrangeiras (CF, art. 49, II) e para ausentar-se do País (CF, art. 49, III); a aprovação ou suspensão do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal (CF, art. 49, IV); a incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados (CF, art. 48, VI); a fixação, dos subsídios do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (CF, art. 49, VIII); a escolha de dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (CF, art. 73, § 2.º, II), e, principalmente, a convocação de Ministros de Estado para prestar informações (CF, art. 50).

Também com privatividade, cabe ao Senado da República isoladamente: aprovar

previamente a escolha de diversos titulares de altos cargos federais (CF, art. 52, III); autorizar operações financeiras externas (CF, art. 52, V); fixar limites globais para a dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios (CF, art. 52, VI), e aprovar a exoneração de ofício do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (CF, art. 52, XI).

Finalmente, às duas Casas, em conjunto ou separadamente, compete a importante missão política de *fiscalizar e controlar todos os atos do Executivo* (CF, art. 49, X), podendo, suas respectivas Mesas, pedir informações, por escrito, aos Ministros de Estado e a outras autoridades constitucionalmente referidas (CF, art. 50, § 2.º).

188.2. Controle parlamentar direto repressivo por plenários legislativos

Essas hipóteses são encontradas em número bem mais reduzido, mas são todas de decisiva importância para o controle da legitimidade e da moralidade da Administração Pública.

Assim é que, ao Congresso Nacional cabe *julgar as contas prestadas pelo Presidente da República, apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo* (CF, art. 49, IX) e *sustar os atos normativos* do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, o que constitui o chamado *veto legislativo* (CF, art. 49, V).

Essa última modalidade, uma exceção ao princípio da separação dos Poderes, instituída para aprimorar o controle congressional sobre atos do Poder Executivo no emprego do *poder regulamentar* ou no do *poder legiferante delegado*, deve ser, todavia, como de resto toda exceção, interpretada restritivamente, e não como se fora o exercício de um *poder jurisdicional* pelo Congresso, como poderia parecer, mas como *uma expressão específica do controle de legitimidade*, competindo, inafastavelmente, ao Judiciário, a decisão final sobre a *juridicidade* daqueles atos.

À Câmara dos Deputados cabe *autorizar a instauração de processo contra o Presidente, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado* (CF, art. 51, I).

Ao Senado Federal cabe *processar e julgar* o Presidente e o Vice-Presidente da República nos *crimes de responsabilidade*, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (CF, art. 52, I); processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II).

188.3. Controle parlamentar direto preventivo pelas comissões congressuais

O Congresso Nacional e cada uma de suas Casas, por suas respectivas Comissões, permanentes ou temporárias, exercem também *controle preventivo* sobre a Administração. Não terão *controle repressivo*, que é reservado, como visto, aos Plenários, mas poderão produzir, através das *Comissões Parlamentares de Inquérito* (CF, art. 58, § 3.º), peças que

ensejam ao próprio Legislativo e aos demais Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, tomar ações repressivas imediatas, próprias de suas respectivas competências.

As modalidades de ação das *comissões parlamentares* estão estabelecidas na Constituição Federal, destacando-se a *convocação de Ministros de Estado* para nelas prestar informações (CF, art. 58, § 2.º, III).

188.4. Controle parlamentar indireto preventivo e repressivo

O controle parlamentar exercido pelo Congresso Nacional em matéria de fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, como um *controle externo*, se integrará com os sistemas de *controle interno* de cada Poder ou órgão constitucionalmente independente.

189. CONTROLE CONTÁBIL, FINANCEIRO, ORÇAMENTÁRIO, OPERACIONAL E PATRIMONIAL EXTERNO

Para auxiliá-lo nesta específica modalidade de controle – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial externo –, o Congresso Nacional atua em conjunto com um dos órgãos constitucionalmente independentes, conformado como um colegiado e provido de habilitação técnica para exercê-la – o *Tribunal de Contas da União* –, cuja competência vem minudentemente estabelecida na Constituição (art. 71), existindo, simetricamente, *Tribunais de Contas* para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, sujeitos todos, no que couber, às mesmas normas, estabelecidas nos artigos 70 a 75 da Constituição.

Sobre a origem das cortes de contas, Viveiros de Castro recorda que, em Atenas já existia um órgão dessa natureza, eleito pela *Eclésia*, a assembleia-geral dos cidadãos. Também em Roma, funções desta natureza estavam cometidas ao Senado e, no medievo, lembra ainda Maurice Duverger, as Câmaras de Contas integravam os conselhos reais. As versões modernas parecem ter suas origens nessas *Cours de Comptes* instituídas na França (1807), na Holanda (1820), na Bélgica (1831) e na Itália (1862), estranhas, porém, à organização político-administrativa de países anglo-saxões, que exercem esse tipo de fiscalização através de *auditores-gerais* nomeados enquanto bem servirem.

No Brasil, embora tivesse havido tentativas de criação de um Tribunal de Contas no Império, somente com o Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, por iniciativa de Rui Barbosa, a instituição foi introduzida no sistema político-administrativo do País, permanecendo, desde então, essas Cortes de Contas, em todas as Constituições republicanas, que, com a Carta de 1988, foram reforçadas e ampliadas em suas competências (art. 71), reguladas com maior detalhe (arts. 72 e 73) e com importantes alterações na forma de provimento de seus membros (art. 73, § 2.º), basicamente, entretanto, com a constituição, natureza jurídica e características técnicas tradicionais, devendo destacar-se como novidade a atribuição de *eficácia de título executivo* às decisões de que resulte imputação de débito ou multa (art. 71, § 3.º).

A Constituição submete à *prestaçao de contas*, perante esses órgãos, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único).

Esta atuação do controle externo é *preventiva*, disseminando-se por uma complexa rede para o exercício da *fiscalização*. Há, contudo, atividades *deliberativas*, que eventualmente se desdobram em ações *repressivas* autônomas, como o *julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos* na administração direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (CF, art. 71, II); a *sustação de atos impugnados* (CF, art. 71, X) e a *sanção dos responsáveis por irregularidades e abusos* (CF, art. 71, VIII).

Quanto às *contas prestadas anualmente pelo Presidente da República*, compete ao Tribunal de Contas da União emitir *parecer prévio* ao julgamento de competência do Congresso Nacional (CF, art. 71, I), com apreciação de aspectos de *legalidade* e de *legitimidade*.

Há *regra constitucional de simetria* que manda aplicar as normas relativas ao Tribunal de Contas da União, no que couber, aos órgãos similares dos Estados e dos Municípios (art. 75).

Expostas as generalidades dessa modalidade orgânica de *controle parlamentar financeiro*, envolvendo o contábil, o orçamentário, o operacional e o patrimonial, resta, encerrando esta Seção, examinar mais detidamente a atuação do *sistema de controle* estabelecido pelo novo ordenamento constitucional.

Trata-se de um *sistema especializado*, compreendendo o *controle interno* e o *controle externo*, que devem operar *integradamente*, como deflui da própria Constituição (art. 70), sendo necessário, por isso, não perder de vista as múltiplas imbricações funcionais desse *sistema de controle misto*, que se funda nos *princípios constitucionais de legalidade, legitimidade e economicidade* aplicados à *gestão financeira e orçamentária*.

A *economicidade* consiste em não comprometer recursos inúteis, desproporcionais ou supérfluos para alcançar os objetivos fixados; a *legalidade*, em não violar a lei e a *legitimidade*, em não se afastar dos objetivos democraticamente escolhidos pela Nação, que se incorporam à sua ordem jurídica e a orientam, bem como aos resultados coerentes da gestão administrativa.

Fundamentalmente, como se expôs, enquanto o *controle interno* é de *fiscalização* e de *correção*, acompanhando toda a execução dos programas de governo e dos orçamentos, ou seja – a gestão orçamentária, a financeira e a patrimonial – o *controle externo* é, precipuamente, de *fiscalização* e, excepcionalmente, diante de graves irregularidades, de *correção*, restrita aos casos expressamente mencionados.

A Constituição prevê, quanto à *sustação de atos e de contratos da Administração*, a tramitação de processos de acertamento e recursais que garantirão a última palavra ao Congresso Nacional (art. 71, §§ 1.º e 2.º); observe-se que expressão “o Tribunal decidirá a respeito”, encontrada no texto do art. 71, § 2.º, significa que esta competência somente é devolvida ao Tribunal de Contas em caso de inércia dos demais Poderes.

Do mesmo modo que, como acima está exposto, se institui uma *simetria* na organização e criação de *Tribunais de Contas dos Estados* e do *Distrito Federal* (marcando-se uma *singularidade federativa* com a existência de dois Tribunais de Contas de Municípios da Capital de Estados, todos como *sistemas de controle misto* de obrigatoriedade adoção, no que couber, sobre a administração pública extroversa e introversa dos Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 75).

Em conclusão, a Carta de 1988, acrescentando ao tradicional *controle financeiro e orçamentário* novas dimensões operativas, em termos de *eficácia, eficiência, economicidade e legitimidade*, sem dúvida abriu um novo ciclo de aperfeiçoamento constitucional do sistema de controle de contas, superando as antiquadas modalidades registrárias, que foram mantidas apenas em matéria de *administração de pessoal* (admissões, acumulações, aposentadorias, reformas e pensões), ao qual se acrescentou, como mais uma importante inovação no sistema, entre os institutos destinados à preservação da *responsabilidade fiscal* (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000), a modalidade preventiva de *controle prudencial*, simultaneamente de caráter político e técnico.

Seção III O CONTROLE JUDICIÁRIO

190. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MATERIAL

A expressão *contencioso administrativo* apresenta duas acepções e, por isso, um acertamento técnico-semântico deve preceder a seu estudo. Assim, em sentido lato, *contencioso administrativo* pode ser tomado como *contenda, controvérsia ou litígio* envolvendo matéria administrativa, ou seja, *concernente a relações jurídicas administrativas litigiosas*, um conceito que expressa a sua *acepção material*. Em sentido estrito, *contencioso administrativo* designa apenas a *técnica de especialização da atividade estatal para, através de órgãos diferenciados da própria Administração, julgar autonomamente aqueles litígios*, conforme já exposto neste *Curso*, sendo esta a sua *acepção formal*.

Em razão do sistema tradicionalmente adotado no Brasil, da *jurisdição una*, concentrada em um só sistema de funções – o Poder Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV) – a expressão *contencioso administrativo* será doravante utilizada em sua acepção lata, que é o seu *sentido material*. Esta, porém, é a razão de ordem *juspositiva*, pois há outra, de ordem *jusdotrínaria*, que parte da própria *natureza da relação jurídica administrativa*, pois, tal como ocorre com as demais relações jurídicas – *privadas, criminais, político-eleitorais, trabalhistas, criminal-militares e internacionais* – que demandam, respectivamente, a *diferenciação paralela* de um *contencioso cível*, um *contencioso penal*, um *contencioso eleitoral*, um *contencioso trabalhista*, um *contencioso penal-militar* e de *contenciosos internacionais*, diferencia-se também o *contencioso administrativo*, não por uma submissão formal de todos esses litígios a um *ramo especializado* do Judiciário, mas pelo aparelhamento de subsistemas organizativos do próprio Poder Judiciário para atender concentradamente, tanto preferente como exclusivamente, por órgãos judicantes especializados, às multifárias peculiaridades da relação jurídico-administrativa.

Tanto em se adotando uma quanto outra solução, o que se impõe é considerar-se a *autonomia científica do Direito Administrativo*, que, por apresentar princípios próprios e características doutrinárias inconfundíveis, convém que o tratamento das situações contenciosas de relações jurídicas administrativas ou que daquelas se derivem, seja rigorosamente *sistemático e coerente*, em benefício da *segurança jurídica* dos administrados.

Portanto, em última análise, o que não se justifica é o prejuízo da unidade conceptual e da sistematicidade de tratamento do contencioso administrativo, tanto quanto não se justificaria, pelas mesmas razões, que as relações jurídicas acima referidas fossem tratadas fragmentária e assistematicamente, quando assumissem aspectos litigiosos.

Nesta linha de ideias, ideal seria, em princípio, que a cada sistema de *contencioso material* correspondesse, no Judiciário, um sistema apropriado de *contencioso formal*, e, efetivamente, a evolução dos aparelhos de controle administrativo pelo Judiciário, tanto no exterior como no Brasil, tem atestado o acerto desta orientação e ditado a adesão a esta tendência, como, para lembrar um exemplo recente, na década passada ocorreu com as benéficas transformações experimentadas no tradicional sistema do contencioso administrativo francês e que terminaram por equipará-lo aos sistemas dos órgãos jurisdicionais ordinários, tema de uma das obras mais significativas de Eduardo Garcia de Enterría, refletindo sobre o tema que aqui se examina, que é a evolução do controle jurisdicional da Administração Pública.

É de se esperar, portanto, que o estudo e tratamento dos fenômenos do *controle de juridicidade da atividade administrativa no Brasil* sigam também a mesma tendência de *especialização* e de *aperfeiçoamento*, para que se integre, cada vez mais *coerentemente*, esta trilogia: *relação jurídica administrativa* – *relação jurídica administrativo-litigiosa* – *jurisdição contenciosa administrativa*.

O estudo do contencioso administrativo em seu sentido *material*, que será o doravante encetado, cinge-se, assim, às *relações jurídicas administrativas litigiosas e aos meios judiciários existentes para solucioná-las*. Em outros termos, o prosseguimento deste estudo concentrar-se-á nas *formas e meios de controle judiciário* sobre as relações administrativas de *juridicidade* contestada ou contestável.

190.1. Injuridicidade objetiva e injuridicidade subjetiva

O *contencioso administrativo material* colima o *controle da juridicidade* em sua expressão *subjetiva*, com as exceções às quais se dedicará um item complementar. Isto significa que a *provocação do controle* através dos *meios dispostos para o contencioso judicial administrativo*, em regra, *se fará com vistas à tutela em concreto de algum interesse juridicamente protegido*, motivo pelo qual Miguel Seabra Fagundes ensinou lapidarmente ser a “*finalidade e característica do controle jurisdicional a proteção do indivíduo* em face da Administração Pública”, antecipando de meio século a atual e hoje prevalecente *visão funcionalista dos direitos fundamentais das pessoas*, aportada pelo *neoconstitucionalismo*.

Não se considerará, em consequência, como *contencioso administrativo jurisdicional*, o exercido em instância de *autocontrole*, a cargo da Administração, vertido sobre seus próprios

atos. Desde logo, se pode notar ser bem distinta a *finalidade do autocontrole*, pois não visa precipuamente à tutela da *juridicidade subjetiva*, mas a da *juridicidade objetiva*.

Não obstante, sempre que o administrado se sentir prejudicado de direito, poderá se valer da *provocação do autocontrole* através da abertura de uma relação processual administrativa graciosa, não só pelo meio constitucional da *petição* (CF, art. 5.º, XXXIV, a), como pelos demais meios de *provocação simples e recursais* previstos nos vários e extensos níveis políticos e administrativos de normatividade processual administrativa. Observe-se, todavia, que o *objeto do exame*, que Administração procederá, nessa relação graciosa, não será o fato de ter ela *lesado direito subjetivo individual*, mas, simplesmente, *se teria ela agido objetivamente em desacordo com a lei*.

Assim, no *autocontrole*, a Administração apenas *reexamina a própria atuação em face da lei* – inexistindo, a rigor, uma *relação litigiosa*, porque o *objeto* do pronunciamento administrativo em conclusão do reexame solicitado, não estará referido a um hipotético *ferimento de direito subjetivo individual*, mas, meramente, à *conformidade ou desconformidade de seu próprio agir com a vontade da lei*. Portanto, rigorosamente, cabe à Administração, tão somente, *reconsiderar a legalidade objetiva de seus próprios atos*, sem avançar julgamentos sobre a *relação subjetiva contenciosa* subjacente, ainda porque, esta ainda não se teria instalado formalmente.

190.2. O julgamento da matéria contenciosa administrativa

Conforme o exposto, a Administração *não julga seus atos*, como *tampouco julga a si mesma*, limitando-se ao *reexame de sua atuação à luz do Direito*, simplesmente para verificar a sua *juridicidade objetiva*, de modo que, se vier a corrigi-los, para alterá-los ou anulá-los, não terá sido porque os tenha considerado *violadores* de interesses juridicamente protegidos, mas porque os deu por *juridicamente viciados*, e se acaso decidir por mantê-los, sempre remanescerá ao Judiciário definir terminativamente a respeito de sua *juridicidade subjetiva*, que não é objeto de exame *principaliter* – como questão principal – na instância administrativa, cabendo-lhe, então sim, *proferir um julgamento*, em que a preliminar lógica serão o exame e o pronunciamento da *injuridicidade objetiva*, como a última palavra de direito.

Erro, portanto, afirmar-se que o Judiciário *substitui o julgamento de juridicidade* de um ato praticado pela autoridade administrativa pelo seu próprio, pois a Administração, em nosso sistema, a rigor *não julga o contencioso de juridicidade subjetiva* adveniente de seus atos, mas apenas aprecia a sua *juridicidade objetiva*.

É necessário, portanto, que a expressão *julgamento* seja entendida, não em sua mera acepção lógica – como um sinônimo de *juízo*, o produto de uma apreciação de *congruência* ou *incongruência* entre ideias – mas em seu sentido jurídico próprio – como a *conjugação de uma atividade lógica com uma atividade substitutiva de vontade*. Com efeito, realmente, tomada a *jurisdição* como a *função do Estado*, em que se dá a *substituição da vontade decisória*, seja dos particulares seja do Estado, por outra, emanada por órgão diferenciado do próprio Estado, como ressalta o magistério de Giuseppe Chiovenda, torna-se inconciliável e *inconfundível* o conceito de *controle pelo contencioso administrativo*, que ostente essas características, com o do

autocontrole exercido pela Administração.

Conclui-se, portanto, que, através do *contencioso administrativo jurisdicional*, o Estado perfaz uma *função de controle de juridicidade subjetiva* de sua própria ação administrativa, pela substituição da expressão da vontade da Administração, pela que será a pronunciada pelo Judiciário, como afirmação do primado da lei e do Direito.

191. ESCALA DE juridicidade

O poder do Estado é uno, pois resulta, necessariamente, da própria *unidade política da Nação*, manifestando-se em diversas *funções públicas*, nas quais a *vontade estatal é sempre a mesma*, não importando como se expresse, seja na *lei*, na *sentença* e no *ato administrativo*, bem como nos atos próprios dos órgãos *constitucionalmente independentes*, os que exercem *funções essenciais à justiça*, os *tribunais de contas*, a *Ordem dos Advogados do Brasil* e os dois *Conselhos Nacionais*, o da *Justiça* e o do *Ministério Público* – de modo que o que varia é apenas a *eficácia atribuída à manifestação de cada um deles*.

Essas polimórficas atuações integram um *conjunto de atos portadores de vontade estatal*, que expressam, em sua totalidade, a *diversidade de eficácia possíveis que a ordem jurídica lhes atribui*, conformando em sua totalidade um *sistema harmônico, articulado e hierarquizado* – e necessariamente um *sistema jurídico positivo* – que, enriquecido dos *costumes da sociedade* e do trabalho da *doutrina, da jurisprudência e, em geral, dos operadores do direito*, integram o *fenômeno, mais extenso e democraticamente aberto possível: o do Ordenamento Jurídico do País*.

A esta altura, como referência para o estudo do *escalonamento hierarquizado da juridicidade*, importa enfocar uma *parte desse ordenamento jurídico*, conformado pelas *normas positivadas pelas fontes estatais do Direito: o sistema normativo positivo brasileiro*.

191.1. Sistema normativo positivo brasileiro

No topo da hierarquia normativo-administrativa assenta-se o *ordenamento constitucional – a Constituição*, com suas respectivas *emendas constitucionais* – harmonizando as esferas política e jurídica e vertebrando toda a *ordem jurídica do País*, de modo que a desconformidade de qualquer outro ato com suas normas caracteriza a mais grave modalidade de *injuridicidade: a inconstitucionalidade*.

A *Constituição*, por princípio, não contém conflitos ou desconformidades jurídicas em seu Texto, pois possíveis contradições e inconsistências são compostas, dirimidas e afastadas pela ação interpretativa, em última instância, do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às *emendas constitucionais*, distingue-se a *emenda válida* – que se incorpora à Constituição e passa a ter a mesma eficácia de qualquer das normas originais, da *emenda inválida* – que, por vulnerar regras formais ou materiais, previstas na Constituição, a ela não se incorpora, nem pode gerar a eficácia nela pretendida.

A inconsistência de qualquer ato do Poder Público, normativo ou concreto, com a Constituição, caracteriza a *inconstitucionalidade*, que poderá se apresentar como de natureza *formal ou material*. Será *inconstitucionalidade formal*, se o ato do Poder Público não for

praticado com estrita observância das normas constitucionalmente prescritas para a sua formação, estruturação e publicidade; distintamente, tratar-se-á de *inconstitucionalidade material*, se o conteúdo do ato vulnerar comandos explícita ou implicitamente expressos nas normas constitucionais, originais ou adventícias.

Segue-se ao ordenamento constitucional o ordenamento normativo *infraconstitucional*, desdobrado em quatro subordens: (1) o ordenamento normativo *infraconstitucional federal*, (2) o *estadual*, (3) o *distrital-federal* e (4) o *municipal*.

O ordenamento normativo *infraconstitucional federal* está constituído pela categoria genérica das *leis*, com as seguintes espécies: as *leis complementares*, as *leis ordinárias*, as *leis delegadas*, as *medidas provisórias*, os *decretos legislativos* e as *resoluções*, de modo que a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público Federal, com alguma dessas categorias normativas, caracterizará a ilegalidade (no sentido estrito). Estão incluídas neste rol as *medidas provisórias* (CF, art. 62), atos de competência do Presidente da República (CF, art. 84, XXVI), que têm validade, com força de lei, por 60 dias, desde sua edição, prorrogáveis por igual período nas condições previstas (CF, art. 62, §§ 3.º e 7.º).

No topo de cada ordenamento normativo *infraconstitucional estadual* situa-se a respectiva *Constituição do Estado*, com suas *emendas*, de modo que a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público estadual, com os princípios e preceitos nelas contidos, caracterizará uma *inconstitucionalidade estadual*. Este ordenamento normativo *infraconstitucional estadual* se integra com as *leis complementares*, as *leis ordinárias*, as *leis delegadas*, as *medidas provisórias*, os *decretos legislativos* e as *resoluções estaduais*, de modo que a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público estadual, confrontado com essas normas, caracterizará uma *illegalidade de nível estadual* (no sentido estrito).

No topo do ordenamento normativo *infraconstitucional distrital-federal* está a *Lei Orgânica do Distrito Federal*, com suas respectivas *emendas*, e a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público local, com os princípios e preceitos nelas contidos, caracterizará uma *illegalidade orgânica distrital-federal*. Do mesmo modo que no plano estadual, o ordenamento normativo *infraconstitucional distrital-federal* se integra pelas *leis complementares*, *leis ordinárias*, *leis delegadas*, *medidas provisórias*, *decretos legislativos* e *resoluções*, e a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público do Distrito Federal, confrontado com essas normas, caracterizará uma *illegalidade de nível distrital federal* (no sentido estrito).

No topo de cada ordenamento normativo *infraconstitucional municipal* situa-se a respectiva *Lei Orgânica Municipal*, com suas respectivas *emendas*, e a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público municipal, com os princípios e preceitos nelas contidos, caracterizará também uma *illegalidade* (no sentido estrito). Também, guardando a mesma semelhança, o ordenamento normativo *infraconstitucional municipal* se integra pelas respectivas *leis complementares*, *leis ordinárias*, *leis delegadas*, *medidas provisórias*, *decretos legislativos* e *resoluções*, de modo que a desconformidade de qualquer outro ato do Poder Público municipal, confrontado com essas normas, caracterizará uma *illegalidade de nível municipal* (no sentido estrito).

Por derradeiro, cada uma das ordens e subordens jurídicas acima descritas serão integradas, no âmbito das respectivas Administrações Públicas, pelos *decretos* e *regulamentos*

expedidos pelo respectivo Chefe de Governo para fiel execução das leis (CF, art. 84, IV), que abrem, por sua vez, o campo do *ordenamento normativo administrativo* – respectivamente, federal, estaduais, distrital-federal e municipais – de sorte que a desconformidade de qualquer outro ato da Administração em face dessas *normas regulamentares*, inclusive até aquele que venha ser singularmente praticado em desacordo pelo próprio Chefe de Governo (víncio de incoerência injurídica definido pela doutrina na expressão *venire contra factum proprium*), caracterizará outro tipo de *injuridicidade* que pode ser designado como *irregularidade*.

191.2. A inconstitucionalidade

A hierarquização das leis é formulação relativamente recente na evolução do Direito Público. Os conceitos de *supremacia constitucional*, como os de seu respectivo *controle de constitucionalidade*, surgiram como uma *evolução jurisprudencial* nos Estados Unidos da América, pois não estavam explicitamente previstos em sua Constituição, partindo da célebre decisão do *Chief Justice* (Juiz da Suprema Corte) John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, ao negar validade às leis que não se adequassem a seus comandos.

Todavia, com relação à eficácia e ao alcance do pronunciamento judiciário de inconstitucionalidade, desdobraram-se *dois sistemas*: o tradicional, que entende serem nulos e sem nenhum efeito jurídico os atos praticados em desconformidade com a Constituição, e o mais recente, o *kelseniano*, que entende serem anuláveis, para reconhecer-lhes, em princípio, certos efeitos pretéritos; tendo sido construídas, entre os dois sistemas, soluções de compromisso.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – na confluência da doutrina constitucional norte-americana e da continental europeia – a *inconstitucionalidade* – como conceito de fundamental importância na sustentação da higidez e coerência da ordem jurídica – admite duas formas de controle: 1.º – o *controle difuso* – realizado por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer processo de sua competência, quando incidentalmente a constatar; e 2.º – o *controle concentrado* – realizado como competência originária pelo Supremo Tribunal Federal, através de *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* e de *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal* (CF, art. 102, I, a) e, por via recursal, através do *recurso extraordinário* (CF, art. 102, III, a, b e c).

191.3. Níveis e soluções de controle infraconstitucional

Examinar-se-ão adiante, a partir desse nível constitucional, os subsequentes níveis positivados de controle, tendo como critério classificatório a *eficácia* do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no Direito brasileiro; note-se, entretanto, que a *inconstitucionalidade*, em tese, tanto poderá se referir à Carta Federal quanto às Cartas Estaduais, suscitando, por isto, outra distinção, no campo federativo, conforme se trate da integridade da *ordem jurídica nacional* ou a das *subordens jurídicas estaduais*, caracterizando, neste caso, uma *inconstitucionalidade de grau estadual*.

191.3.1. A ilegalidade

O ordenamento normativo *infraconstitucional* é necessariamente instituído a partir da observância dos processos *legislativos*, para tanto constitucionalmente estabelecidos (CF, art. 59), havendo simetria obrigatoria na produção de normas – a *simetria nomopoiética*, referida à edição das *leis*, em sentido amplo, em qualquer dos sistemas normativos – o federal e os estaduais, em relação às suas respectivas Constituições, bem como o distrital-federal e os municipais, em referência às respectivas leis orgânicas –, de modo que as indicações e observações que, a seguir, são apresentadas para a órbita federal se aplicam, *mutatis mutandis*, aos demais níveis da Federação.

As *leis complementares* caracterizam-se formalmente pelo *quorum* qualificado, que consiste na sua aprovação por *maioria absoluta* (CF, art. 69), e materialmente, pelos *temas*, que devam ser *obrigatoriamente* legislados sob essa forma, conforme previstos na própria Constituição, de modo que o Legislativo não poderá adotar arbitrariamente a modalidade de *legislação complementar* para outras matérias, que não as previstas na Carta. Antes da Constituição de 1967, esta espécie legislativa complementar, com a autonomia e a eficácia que hoje a caracterizam, não era formalmente conhecida no País, salvo de maneira rudimentar, como a introduzida na Emenda Parlamentarista nº 4 à Constituição de 1946.

Rara e excepcionalmente, então, como em escritos de Afonso Arinos de Mello Franco e de Miguel Reale, se encontrava algum tratamento doutrinário esparso, o que dificultava a elaboração de uma construção testada e segura a respeito desse instituto de Direito Constitucional, de singular importância para o Direito Administrativo. Vinte anos de experiência e de elaboração teórica seriam ainda necessários para o desenvolvimento da atual doutrina brasileira sobre *leis complementares*.

Vale reiterar, por fim, que tanto as leis complementares quanto todas as demais modalidades normativas elencadas no art. 59, exceto, é claro, as emendas à Constituição, não guardam qualquer hierarquia entre si, pois são eficazes em seus respectivos âmbitos, e a violação recíproca, referida a qualquer delas se constitui em simples *ilegalidade* em sentido estrito.

191.3.2. A irregulamentariedade

O poder regulamentar, a assim impropriamente denominada faculdade reconhecida aos Chefes de Governo de baixar *atos normativos* com eficácia imediatamente infralegal, é uma função prevista, originariamente, na Constituição Federal (art. 84, IV), no âmbito da União, e, de modo derivado, nos dispositivos paralelos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, em seus respectivos âmbitos juspolíticos.

O regulamento se posta, por seu turno, na cúpula de uma nova hierarquia de atos, que envolve tanto os *normativos* como os *concretos*, praticados pelos demais órgãos subordinados da Administração, dispostos em escala interna própria, não importando as denominações específicas que recebam, pois não há padronização exigida.

A doutrina reconhece dois tipos de regulamentos: o *regulamento de execução* e o

regulamento autônomo.

O *regulamento de execução*, modalidade constitucionalmente prevista, a ser sempre baixado por *decreto*, além de vincular todos os demais atos da Administração, também pode ser objeto de *arguição de inconstitucionalidade em ação direta originária* perante o Supremo Tribunal Federal, tratando-se de ato *federal ou estadual*, face à Constituição Federal, e, em se tratando de atos normativos dos respectivos Poderes Legislativos e Executivos e dos Poderes dos Municípios, face às Constituições Estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal, perante os *Tribunais de Justiça* dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto à outra modalidade – o *regulamento autônomo* – a Constituição de 1988, que havia posto cobro às dúvidas doutrinárias existentes sobre sua sobrevivência na ordem constitucional brasileira, graças a seus artigos 5.º, II e 84, III, que suportavam uma *interpretação restritiva na linha do princípio da reserva legal*, a reintroduziu com a edição da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, ao atribuir competência ao Presidente da República 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 e a extinção de cargos públicos, quando vagos (CF, art. 84, VI, a e b).

192. SOLUÇÕES CORRETIVAS DO CONTROLE JUDICIÁRIO

O controle judiciário, como estudado, visa a impor o *primado da juridicidade*, através de *funções corretivas* impostas sobre quaisquer *manifestações de vontade que contrariem a ordem jurídica*, quem quer que seja o seu autor, embora nem sempre seja possível *eliminar de fato todos os efeitos do ato corrigido*.

O Judiciário, em qualquer caso, reconhecida uma *injuridicidade*, em qualquer grau, emite uma *declaração de nulidade*, variando, no entanto, a eficácia do asserto, conforme o ato anulado se trate de *ato normativo* ou de *ato concreto*.

Para bem estabelecer essa diferença, recorde-se que o *pronunciamento de nulidade* equivale à *declaração de que um ato não está apto a produzir efeitos*, ou seja: de que o ato é *ineficaz*. Ora, para alcançar esta conclusão, o Judiciário deverá chegar a um *convencimento motivado* de que o ato em causa ou é juridicamente *inexistente* ou é *inválido* (pois a eficácia sempre resultará da *existência válida* de todos os seus elementos constitutivos).

Pois bem, em se tratando de *ato concreto*, em que os efeitos jurídicos foram casuisticamente determinados e materializados, se decretada a sua *nulidade*, perderá a razão de existir, desaparecendo do mundo jurídico. Já, quanto *ato normativo*, em que os efeitos jurídicos são indeterminados e abstraídos em tese, ainda que pronunciada casuisticamente a sua nulidade, a *eficácia da declaração se restringirá ao caso apreciado*, não comprometendo a existência da *norma*, embora reconhecida como nula, permanecendo, assim, no mundo jurídico e ainda aplicável a outras hipóteses. É que a sentença, no contencioso judicial administrativo, como de resto em qualquer outro processo judiciário, com exceção dos previstos nos arts. 102, I, a, e 125, § 2.º, da Constituição, tem sua eficácia e autoridade restritas aos limites subjetivos e objetivos da relação jurídica litigiosa concreta posta sob sua decisão.

Em outros termos: a *declaração de nulidade* de um *ato concreto* retira toda a eficácia

regular dele esperada, sustando-se, em consequência, a execução, enquanto que a declaração de nulidade do ato normativo retira-lhe a eficácia apenas quanto à hipótese decidida, não prejudicando a aplicação da norma a hipóteses não decididas. Resulta nítida essa diferença entre as duas soluções corretivas do controle judiciário: a *anulação simples*, de caráter *ablativo* ou, simplesmente, *anulação*, incidente sobre o ato concreto, que, em consequência fica desfeito, e a *anulação desaplicatória*, ou *desaplicativa* ou, simplesmente *desaplicação*, incidente sobre o ato normativo, que, em consequência, perde sua eficácia *in casu*.

Finalmente, o controle judiciário é caracteristicamente provido sob *provocação*, por via de ação ou por via de exceção, em regra, por quem tenha direito *subjetivo violado* ou sob ameaça de violação e, excepcionalmente, por pessoas que a lei legitime, como representantes, sucessores ou substitutos processuais.

193. O ESTADO EM JUÍZO

Na relação jurídica administrativa, encontra-se, por definição, ao menos em um dos seus polos, o Estado ou a entidade dele delegada. Ocorrendo conflitos de interesses sobre esta relação material, constitui-se uma *relação jurídico-administrativa contencioso-processual*, na qual, convocado o Estado ou o seu delegado, e, da mesma forma, se dele partir a provocação, o obrigará a estar em juízo como parte.

O interesse público será sempre direta ou indiretamente deduzido como *conteúdo material da relação administrativa contenciosa* levada à apreciação dos tribunais. Ora o Estado, por suas entidades centrais, União, Estados federados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, ora os seus delegatários em todos os graus, ora os administrados, *todos poderão ser partes dessa relação*, sustentando os seus respectivos interesses, de modo que quaisquer das formas assumidas nessa *relação processual administrativa que se constitui*, como se percebe, caracterizar-se-ão menos pela própria presença do Estado em juízo que pela *natureza pública da res deducta*: o interesse público, núcleo da matéria litigiosa.

Todavia, uma vez presentes em juízo as próprias entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus desdobramentos dotados de *personalidade jurídica de direito público* – tanto a sua situação como a atuação processual apresentam certas características que as distinguem da situação e da atuação ordinária dos litigantes privados.

Tais peculiaridades se originam do artifício jurídico que consiste em *submeter o Estado a julgamento do próprio Estado*, que, para tanto, se diferencia como *órgão judicante neutral e independente*, mantendo, todavia, enquanto parte da relação processual, algumas vantagens processuais, que não devem ser consideradas como *privilegios estatais*, mas como meras prerrogativas funcionais, justificadas pelas próprias circunstâncias especiais de que se reveste a sustentação judicial do interesse público e das necessárias tramitações internas nas burocracias administrativas.

193.1. Designação em juízo

Apesar de não ser designação apropriada, já que o Estado não litiga apenas por *interesses que possam expressar relações econômicas*, ditas *fazendárias*, certo é que, por tradição, o Estado em juízo se identifica como a *Fazenda Pública*, possivelmente porque, em última análise, será o *Erário* que deverá suportar os ônus de eventuais condenações.

193.2. Foro

Tradicional, também, no direito brasileiro, é o impropriamente denominado *privilégio de foro*, instituído para a União (CF, art. 109, I, e seus parágrafos) e previsto para os Estados, Distrito Federal e Municípios, ao cometer às Constituições e leis de organização judiciais estaduais a competência para definir os respectivos foros e os seus juízos privativos (CF, art. 125).

As autarquias, inclusive os territórios e as fundações autárquicas, como *pessoas de direito público*, têm o mesmo privilégio de foro da União, exceto nas causas falimentares, nas de acidentes do trabalho e nas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (CF, arts. 109, I; 121, *caput*; e 114).

Entretanto, a lei não poderá conceder às empresas públicas e sociedades de economia mista qualquer privilégio ou prerrogativa em juízo, em razão da ressalva própria do princípio que as sujeitam ao *regime jurídico próprio das empresas privadas* (art. 173, § 1º, II).

193.3. Representação

O Estado em juízo é representado, no âmbito federal, por sua *Advocacia-Geral da União* (CF, art. 131), através de seus órgãos especializados, e, nos âmbitos dos Estados e do Distrito-Federal, por seus respectivos *Procuradores* (CF, art. 132), desempenhando, seus respectivos membros, pela prática de atos próprios da *advocacia de Estado*, todas, funções *constitucionalmente independentes*, portanto, sem sujeição a qualquer outro sistema constitucional de órgãos independentes. Consideradas carreiras *essenciais à justiça*, além da atribuição de *mandato institucional privativo*, inerente a seus respectivos cargos, seus membros exercem atribuições constitucionais de *zeladoria* e de *promoção de direito para o controle de legalidade interno*, em cada um de seus respectivos âmbitos federativos.

À *Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, como órgão especializado da *Advocacia-Geral da União*, além de outras funções consultivas e representativas que lhe são inerentes, cabe *privativamente* promover a execução da *dívida ativa* de natureza tributária da União (CF, art. 131, § 3º).

As entidades com personalidade de direito público da União são representadas em juízo e assistidas em matéria jurídica pelos membros da *Procuradoria-Geral Federal*, salvo o *Banco Central do Brasil*, que, por sua relativa autonomia no plano da Administração Federal e pela especificidade de sua atuação, tem sua *Procuradoria-Geral* própria, todas também definidas como órgãos especializados da *Advocacia-Geral da União*.

Os *Municípios*, como alternativa de instituir por lei suas respectivas *Procuradorias Municipais* orgânicas, sob regime estatutário, poderão contratar advogados sob o regime civil

ou o trabalhista, e, excepcionalmente, serem representados em juízo por seus *Prefeitos* (art. 12, II, do CPC), para atender à conveniência das unidades menores e com menores recursos, desde que regularmente habilitados (CF, art. 133).

Só se entendem, todavia, conferidos, a quaisquer representantes das pessoas jurídicas de direito público, os *poderes gerais* da cláusula *ad judicia*, de modo que acrescidos poderes especiais, como transigir e desistir, serão necessários cada vez que atos exorbitantes devam ser praticados (art. 38, parágrafo único, do CPC).

Quanto às *citações*, serão feitas nas pessoas dos *Procuradores-Gerais*, *Advogados-Gerais*, *Prefeitos* ou naqueles que a lei indicar, embora as *intimações* intercorrentes possam ser feitas na pessoa dos Procuradores ou, mesmo, dos advogados privados que estejam atuando em processos em que sejam partes Municípios que não disponham de Procuradores estatutários próprios.

193.4. Prova

Duas peculiaridades devem ser aqui ressaltadas: o preceito constitucional que assegura *fé aos documentos públicos* (art. 19, II) e a *presunção de eficácia*, de que se reveste qualquer manifestação de vontade do Estado, que produza a inversão do ônus da prova.

Para a instrução do feito, a lei faculta ao Judiciário a *requisição de certidões* a repartições públicas ou estabelecimentos de caráter público e, se esta providência não bastar, a *requisição do processo administrativo* que se relacionar com a causa, neste caso fixando um prazo de 30 dias para que o juiz ordene a *extração da cópia* das peças do processo que julgar indispensáveis, devolvendo-o à repartição de origem nos três dias que se seguirem à expiração daquele prazo (O Código de Processo Civil unifica essas providências em dois incisos do art. 399).

No processo do *mandado de segurança* e no da *ação popular* existem, ainda, previsões específicas para o Judiciário ordenar, como providência preliminar, a *exibição* ou a *requisição de documentos públicos* (Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, para o mandado de segurança, e Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, para a ação popular).

193.5. Prazos

Não só o cuidado devido na *sustentação do interesse público*, como as possíveis delongas burocráticas no levantamento e entrega das informações necessárias à sua defesa em juízo, tem levado o legislador a dilatar os prazos para a *contestação*, contados em quádruplo, e para a *interposição de recurso*, contados em dobro (art. 188. CPC), observando-se que tais prerrogativas só se aplicam às *ações previstas no Código de Processo Civil*, uma vez que as *ações especiais*, definidas em leis extravagantes, obedecerão aos prazos nelas previstos.

193.6. Duplo grau de jurisdição

O Código de Processo Civil sujeita, ainda, a *duplo grau de jurisdição*, em fórmula mais ampla do que a encontrada no diploma anterior, a *sentença proferida contra a União, Estado*

e Município e a que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475, I e II).

Foram introduzidas duas ressalvas a esta regra: (1) ela não se aplica sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, revivendo o critério de *alçada* para afastar a prerrogativa de reexame e (2) também se a desaplica, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (introduzidas como §§ 2.º e 3.º do referido artigo 475 do CPC pela Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001).

Outras regras recursais especiais são previstas nas ações específicas do controle judicial da *juridicidade* da atividade administrativa, considerando a importância de sua promoção e sustentação no Estado Democrático de Direito.

193.7. Despesas judiciais

Autoriza-se a Fazenda a pagar as *despesas judiciais* apenas se vencida. O Código se refere, genericamente, a *despesas* (art. 27), excluindo, implicitamente, os salários dos assistentes técnicos (art. 33), mas dispensando do preparo os recursos interpostos pela Fazenda Pública (art. 511).

193.8. Precatório

Uma vez condenada uma *entidade de direito público* ao *pagamento de quantia certa*, como os bens públicos são impenhoráveis, a satisfação do julgado se fará através de *processo especial requisitório*, partindo do Poder Judiciário, ao erário respectivo (federal, estadual, distrital-federal ou municipal), com a indicação das importâncias devidas.

Este instituto, denominado de *precatório*, está previsto constitucionalmente no art. 100 e disciplinado infraconstitucionalmente no Código de Processo Civil (arts. 730 e 731).

Para atender aos *precatórios*, que deverão ser pagos em *rigorosa ordem cronológica*, as entidades de direito público devem *incluir, obrigatoriamente, em seus orçamentos*, as verbas suficientes para saldar todos aqueles que lhe forem apresentados até o dia 1.º de julho de cada ano, data em que todos os valores devidos serão *atualizados contabilmente*, perfazendo-se o pagamento até o final do exercício orçamentário seguinte, quando serão *atualizados monetariamente* (CF, art. 100, *caput* e § 5.º).

Será o Presidente do Tribunal que proferir a sentença exequenda, a autoridade que *determina o pagamento*, bem como, em caso de preterição do direito de precedência, quem *decreta o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito* (CF, art. 100, § 6.º).

Observe-se, finalmente, que os *créditos de natureza alimentícia*, que, por sua própria natureza, não se compadecem com delongas da tramitação, terão os seus *precatórios excluídos da ordem cronológica de apresentação*, para pagamento imediato, contra créditos adicionais abertos para este fim (CF, art. 100, §§ 1.º e 2.º).

193.9. Prescrição

Há que distinguir as *ações do Estado contra terceiros*, cuja prescrição é regida, em regra, pelo Direito Privado, daquelas *ações dos administrados contra o Estado*. Relativamente a estas, o regime é dúplice.

A prescrição das *ações pessoais* contra o Estado é a *quinquenal* (Dec. n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, complementado pelo Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942). A prescrição quinquenal, prerrogativa do Estado, uma vez interrompida, o que somente poderá ocorrer uma vez, recomeça a correr pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo (Dec. n.º 20.910, de 6 de janeiro 1932, arts. 8.º e 9.º).

A prescrição das *ações reais* contra o Estado, não tendo sido especialmente contemplada em lei especial, continua a ser a comum, de 10 anos, estabelecida no Código Civil, sempre ressalvada a *inalienabilidade* dos bens públicos.

193.10. Outras peculiaridades processuais e não processuais

Cabe, ainda, observar que o Estado ingressa em juízo ou para a *defesa de seu patrimônio* (daí a denominação peculiar de *Fazenda Pública*), ou para a *sustentação de princípios, de valores e de interesses sem conteúdo patrimonial, implícitos em seus cometimentos constitucionais*, podendo a lei, instituir outras peculiaridades distintivas, processuais ou não.

Assim, por exemplo, as *autarquias* também gozam de *prerrogativas processuais* próprias das entidades centrais, que lhes são estendidas por vários diplomas legais, amadurecendo a correta convicção categorial de que essas entidades são *desmembramentos administrativos* do próprio Poder Público e, em razão disso, *participam de sua natureza pública*, em situação bem distinta das *paraestatais*, que por serem pessoas de direito privado, não devem ostentar prerrogativas.

Como outro exemplo de *distinções processuais* específicas, a Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), *veda a concessão de qualquer medida liminar* em causas que envolvam interesses de silvícolas ou do patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio.

Distintamente, como exemplo de prerrogativas e distinções *não processuais*, cite-se ainda a *medida hierárquica*, que anacronicamente sobrevive desde o período de exceção política pós-1964, que é a *suspensão de liminar ou de sentença* prevista no art. 4.º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, nos seguintes termos “*compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Públíco ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*”.

Com efeito, desde logo se evidencia a forte *marca política* dessa medida *não processual*, que dela faz um *criptorrecurso*, não apenas pela constitucionalidade duvidosa, como também

pelas desmesuradamente amplas premissas de seu emprego – o *risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública* – que tolhem, senão que *anulam a autonomia dos magistrados e a segurança das decisões judiciais regularmente processualizadas*, aberrando, tal dilatadíssima excepcionalidade, do justo entendimento do que deva ser a rigorosa observância do princípio do *devido processo da lei* (CF, art. 5.º, LV) haveriam de ser *propriamente judiciárias e não hierárquicas*, em reverência àquele princípio. Finalmente, como último exemplo, de cunho processual, também se proíbe o deferimento da *medida liminar* contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança em virtude de vedação legal (Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, art. 1.º).

194. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO E DE PRESTADORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

194.1. Histórico e teorias sobre a responsabilidade patrimonial do Estado

A reparação de um dano patrimonial na *órbita privada* poderá resultar da infração das cláusulas de um contrato ou de obrigações gerais, que todos devam respeitar, referentes ao patrimônio e à incolumidade alheios. A primeira é a *responsabilidade contratual*, e a segunda, a *responsabilidade extracontratual*, ambas, modalidades da *responsabilidade civil*, de natureza jurídica distinta da *responsabilidade penal*, bem como da *administrativa*.

Na *órbita pública*, do mesmo modo, o Estado, ao administrar direta ou indiretamente os interesses públicos postos a seu cargo, se sujeita igualmente a respeitar o *patrimônio* dos administrados e a sua *incolumidade pessoal*. Portanto, uma atuação do Poder Público que os prejudique de fato é *objetivamente injurídica* e o torna, e, se o caso, a seus delegatários de serviços públicos, *responsáveis pelas perdas e danos causados*, embora, nesta hipótese, não se trate, rigorosamente, de uma *responsabilidade* instituída em sede *civil*, mas de uma *responsabilidade pública*, pois que tem fundamento constitucional próprio e originário (art. 37, § 6.º) e suas diretrizes doutrinárias específicas.

Tratavam de *responsabilidade civil da Administração*, os doutrinadores dos sistemas que distinguiam, à maneira clássica, os *atos de gestão* dos *atos de império*, indenizando os danos ocasionados a terceiros apenas pelos então designados *atos de gestão*. Hoje, a referência é à *responsabilidade patrimonial do Estado*, extensiva a delegatários de serviços públicos, não apenas em razão do específico fundamento positivo constitucional, como e principalmente, porque o seu embasamento jurídico não é mais o princípio *civilista da comutatividade*, mas o princípio *publicista da solidariedade*, que prescreve o dever de todos responderem pelos danos eventualmente causados no desempenho de atividades públicas que a todos beneficiem.

Todavia, nem sempre, na evolução do Direito Público, se reconheceu esse dever de o Estado reparar o dano causado a terceiros. Na verdade, a *responsabilidade patrimonial* do Estado alcançou suas atuais características institucionais ao cabo de uma evolução histórica que se desdobrou em três distintas fases, que, partindo de total *irresponsabilidade patrimonial*, que era própria da pessoa dos soberanos e que se estendeu à pessoa jurídica estatal,

evoluindo até a acepção contemporânea da *responsabilidade patrimonial objetiva*, tal como hoje consagrada, com algumas diferenças, nos sistemas jurídicos ocidentais.

194.1.1. Primeira fase: da irresponsabilidade

Nos primórdios do Estado, predominou a *irresponsabilidade*, uma óbvia decorrência do absolutismo dominante, que colocava os soberanos acima das leis (*princeps legibus soluto*). Assim, os monarcas e seus agentes não respondiam pelos danos causados aos súditos e, até recentemente, a Inglaterra ainda mantinha esta concepção, sintetizada na conhecida máxima “The King can do no wrong” – o rei não pode errar, ou, expressado em termos jurídicos, o rei não pode causar torto.

194.1.2. Segunda fase: da responsabilidade civilística

Aceita a tese genérica da *responsabilização patrimonial* do Estado, a primeira solução que acudiu a legisladores e a julgadores veio com fundamento no Direito Privado, por isso, a da *responsabilidade civil*, colocando o Estado em igualdade de condições com os particulares, ou seja, com a exigência de comprovação do elemento subjetivo – a *prova da culpa*, o que demandava ao já vitimado por um dano, o acrescido ônus de comprovar judicialmente a *culpa do agente* da Administração diretamente causador do dano. Não tardou que se abandonasse essa exigência, adotando-se a inversão do ônus da prova, de modo a se presumir, *juris tantum*, a culpa da Administração, abrindo-se a etapa da aceitação da *culpa presumida*.

194.1.3. Terceira fase: da responsabilidade publicística

Como a Administração, ao atuar por seus agentes na persecução do bem comum, pode, eventualmente, mesmo não o desejando, infligir um dano a alguém, é imperativo principiológico da *justiça* e da *solidariedade social* que todos os beneficiados pela ação do Estado coparticipem da composição do sacrifício imposto singularmente à vítima, em razão da atividade por ela desenvolvida. Por isto, pouco importa a existência de elemento subjetivo, caracterizador de *culpa* do agente público causador do dano, daí a fase da *teoria objetiva de inspiração publicista*, que se apresenta com três distintas modalidades ou correntes, envolvendo, progressivamente, um maior comprometimento do Estado na composição do dano.

Nesta fase, de início, adotou-se superficialmente o conceito de *responsabilidade objetiva* substituindo-se a noção de *culpa* pela de *falta do serviço*, que se caracterizaria de três modos: pela *inexistência*, pelo *mau funcionamento* ou pelo *retardamento do serviço*. Assim, uma vez infligido o *dano* e comprovada, como causa, a *falta do serviço*, decorreria a responsabilidade. A esta corrente denominou-se, marcando a transição, da *teoria da culpa administrativa*.

Dela logo se derivou a *teoria do acidente administrativo*, na qual a noção da *culpa* já se ampliava para admitir-se que *bastaria o acidente*, ou seja, a ocorrência de *imprevistível irregularidade do serviço*, como suficiente para responsabilizar o Estado.

Esta segunda corrente já rompia as últimas amarras com o *elemento subjetivo* e abria espaço para o surgimento da obrigação de reparar o dano em razão do simples *ato lesivo*. Assim, a Administração, ao desenvolver as suas atividades, por certo *assume o risco* de causar danos a terceiros, sendo esta a razão suficiente pela qual os administrados, todos, que custeiam, por seus impostos, as atividades da Administração deveriam assumir este risco, arcando com as indenizações a serem pagas pelos danos patrimoniais eventualmente causados; portanto, como se o Estado fora um segurador universal, assumindo o risco para indenizar o lesado, não mais que pela mera ocorrência do *dano*, bastando à vítima provar apenas a sua *existência e a autoria*, daí a denominação *teoria do risco administrativo*.

Entretanto, essa teoria do risco administrativo ainda não chegava a ponto de *ignorar a culpa concorrente ou a culpa exclusiva do prejudicado* na causação do evento, pois, na realidade, seria iníquo que o Estado – ou seja, indiretamente toda a comunidade – respondesse pela composição de um dano para o qual a *vítima concorreu com culpa*. Esta foi a razão do surgimento de uma terceira corrente, que parte da *presunção juris et de jure* de que a vítima *jamais teria culpa nem dolo, admitindo-se prova em contrário* que releve a responsabilidade do Estado, denominando-se, esta modalidade extremada, por isto, de *teoria do risco integral*.

194.2. Regime constitucional da responsabilidade patrimonial do Estado

A Constituição Federal, no art. 37, § 6.º, consagra a corrente moderada da *teoria do risco administrativo*, como já o faziam, anteriormente, a Carta de 1969, no art. 107, a de 1967, no art. 105, e a de 1946, no art. 194, estendendo-a às *entidades prestadoras de serviços públicos*. A *teoria do risco integral* veio acima referida apenas porque algumas opiniões de autoridade, se bem que isoladas, ainda sustentam ter sido a adotada no atual texto constitucional.

194.2.1. Danos causados por agentes públicos

Por aplicar-se, como se afirmou, a *teoria do risco administrativo*, expressa no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, a União, os Estados federados, o Distrito Federal, os Municípios, as suas respectivas autarquias e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos *respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causem a terceiros*.

Duas inovações são introduzidas no texto da Carta de 1988 em relação à anterior: a *extensão da teoria do risco administrativo* às pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, referindo-se, por isso, genericamente, a *agentes*, sem qualificá-los, e não a *servidores públicos* e, em segundo lugar, a omissão do requisito da *ação regressiva* para o resarcimento do dano indenizado, contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Recorde-se que a *responsabilidade patrimonial do Estado, fundada no risco administrativo*, cede ante a prova de culpa da vítima, concorrente ou excludente, bem como da ocorrência do caso fortuito e de força maior.

194.2.2. Direito de regresso

O mesmo dispositivo constitucional, que consagra o fundamento da responsabilidade patrimonial das pessoas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, também assegura o *direito de regresso* contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6.º, *in fine*).

Por “responsável”, no texto constitucional, há de se entender o agente diretamente causador do dano, mas suscitam-se controvérsias doutrinárias sobre a possibilidade ou, mesmo, necessidade, de *denunciação da lide*, pelo Estado, ao agente causador.

Uma corrente aceita a *denunciação da lide*, sob o argumento formal de que ela seria *indispensável* para que o Poder Público ou prestador de serviço público exercitasse o direito de regresso. Em oposição, outra corrente *não aceita a denunciação da lide*, sob o argumento de que o Estado, ao se empenhar em provar a culpa do agente, assume a responsabilidade perante a parte autora, havendo, assim, um comprometimento de seu campo de defesa.

Argumenta-se, também, que a exigência de *denunciação* prejudicaria a parte autora, uma vez que seria obrigada a suportar uma instrução processual em torno da *discussão da culpa ou dolo do servidor*, enquanto foi diametralmente oposta a *intenção protetora do constituinte*, daí sua superioridade, como a adequada interpretação.

194.3. Danos causados por abuso de autoridade

Ao regular o direito constitucional de *representação*, o legislador institui uma modalidade especial de responsabilidade nos casos de *abuso de autoridade*. A vítima, além da promoção da responsabilização administrativa e penal do servidor, que haja procedido com *abuso de autoridade*, terá a faculdade de acioná-lo civilmente, independentemente da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado por seu servidor, através de uma *ação autônoma*, não se tratando, portanto, de ação regressiva, de natureza vinculada (v. Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965).

194.4. Danos causados por ato legislativo

O art. 37, § 6.º, da Constituição menciona *agentes* das pessoas jurídicas de direito público, conceito genérico no qual não se assimilam os *parlamentares*, por serem *membros* e não *agentes de Poder*, ou seja, enquanto agindo na qualidade e na função de *legisladores*, isso porque, quando desempenharem a distinta função de *administradores introversos* do Poder Legislativo, atuarão efetivamente como *agentes públicos*.

Com efeito, o *ato legislativo*, em razão de suas características de *generalidade* e de *abstração*, não causa danos diretos, de modo que, se, por hipótese, a revogação ou da derrogação do *direito objetivo* causar algum prejuízo ao patrimônio de terceiros, não terá havido mais que *prejuízo de fato*, nada tendo a indenizar o Estado.

Diferentemente, se uma *lei* possibilitar a sua execução direta, imediata e concreta, incidindo sobre o patrimônio de administrados, neste caso ela terá a natureza de *ato materialmente administrativo* e, em tais condições, poderá causar danos indenizáveis, pois serão *prejuízos de direito*.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o Estado responde patrimonialmente por prejuízos decorrentes da *aplicação de uma lei que venha a ser posteriormente declarada inconstitucional*, pois, nesta hipótese, o dever de indenizar decorrerá da própria atividade legislativa, uma vez que sua aplicação danosa se deu de modo incompatível com o texto constitucional.

A *omissão legislativa* também pode acarretar a *responsabilidade patrimonial do Estado*, existindo julgados do Supremo Tribunal Federal neste sentido, em processos de mandados de injunção, nos quais se tem fixado prazo para que o direito constitucional do impetrante seja regulamentado pelo Congresso Nacional, casos em que a falta de regulamentação do direito, no prazo assinado, acarretando *mora* do Congresso, levará a União a arcar com a composição dos danos dela decorrentes.

194.5. Danos causados por ato judicário

Tanto quanto o parlamentar, tampouco o *magistrado* deve ser considerado um *agente* para os efeitos de abrangência do art. 37, § 6.º, da Carta Federal, mas um *membro de Poder*; assim será considerado o magistrado enquanto atue substantivamente em sua própria *função jurisdicional*. Não obstante, do mesmo modo que o legislador, o *juiz*, quando no desempenho de funções da *administração introversa*, atuará como um *agente administrativo do Poder Judiciário*, do mesmo modo que qualquer agente da Administração Pública, ao gerir o pessoal, os bens e os serviços que lhe são afetos.

Assim, o *ato jurisdicional próprio* e típico, que é o *julgamento* – que será a *sentença*, em primeira instância, ou a *decisão monocrática* e o *acórdão*, nos colegiados de grau superior – tampouco ofende direitos subjetivos, de vez que o magistrado, agindo no desempenho da função jurisdicional, exerce, concreta, direta e imediatamente, um poder soberano do Estado, de modo que, os danos causados a jurisdicionados serão meros *prejuízos de fato*, insuscetíveis de serem indenizados. Para que se tratasse de prejuízos indenizáveis, seria imprescindível a *comprovação* de que os danos teriam sido causados *antijuridicamente*, hipótese em que poderiam se caracterizar como *prejuízos de direito*.

Apenas em dois casos, em razão de *ato judicário*, o sistema legal vigente abre exceções: no caso de *erro judicário em matéria penal* (CF, art. 5.º, LXXV) e no caso de *dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências por parte do juiz* (art. 133, I e II, do Código de Processo Civil), sendo que, nesta segunda hipótese, a responsabilidade será *pessoal e exclusiva do magistrado que perpetrhou a ilegalidade*, não se comunicando ao Estado.

Não obstante, deve-se consignar o entendimento de que o Estado também pode ser levado a responder pelos danos decorrentes da *prisão preventiva*, se houver posterior absolvição do acusado, consentâneo, portanto, com o princípio da dignidade humana, que estaria vulnerado por uma medida acautelatória penal sem causa (CF, art. 1.º, III).

Seção IV

OS MEIOS DE CONTROLE JUDICIÁRIO

Para que o Poder Judiciário possa exercer sua missão de *controle de juridicidade* sobre as relações jurídicas administrativas, tal como o faz quanto às demais relações jurídicas públicas ou privadas, há dois requisitos: a *provocação adequada* e o emprego de *meios juridicamente apropriados*.

Há, pois, uma *técnica judiciária* destinada à obtenção dos efeitos preventivos e repressivos, tanto os de fiscalização como os de correção, próprios do campo do *Direito Processual*, submetida aos princípios da *Teoria Geral do Processo*, abrangendo os conceitos essenciais, como os de *jurisdição* e *competência* dos órgãos judiciários, natureza e tipologia das *ações*, a *relação processual*, o *procedimento*, a *prova judiciária*, a *decisão*, os *recursos*, a definição de coisa *julgada* e a *execução*.

A partir dessa base institucional comum, que é da *Teoria Geral do Processo*, subdividem-se as disciplinas didáticas autônomas específicas para cada *especialidade de jurisdição*, assim se esgalhando: o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Eleitoral, o Direito Processual Penal Militar e o Direito Processual Parlamentar, este ramo, aplicável às hipóteses em que as Casas Legislativas ajam excepcionalmente como órgãos jurisdicionais.

O *contencioso administrativo*, como já foi exposto na Seção I deste Capítulo, não dispõe de um sistema processual que lhe seja próprio e exclusivo, posto que uma interpretação equivocada do brocado *una lex, una jurisdictio* (um só direito, uma só jurisdição) responde pela dispersão da matéria contenciosa administrativa, predominando, embora, os *meios processuais civis*.

Realmente, o conceito de *una jurisdictio* não implica afastamento da especialização, bem como o de *justiça especial*, tampouco se confunde com o de *justiça de exceção*. A *justiça especial* é uma imposição da boa técnica judiciária, recomendável sempre que determinada *matéria*, por suas peculiaridades, reclame tratamento judiciário especializado, seja *orgânico* (órgãos judicantes especializados) ou *funcional* (processo judiciário especializado).

O contencioso do Poder Público no Brasil, sob este aspecto, notadamente desde o restabelecimento da Justiça Federal de primeira instância, é um *sistema híbrido*, tanto em termos *orgânicos* como em termos *funcionais*, seguindo, embora mais lentamente, a tendência universalmente observada em direção à *especialização do controle judiciário das atividades do Poder Público*, que é um conceito mais amplo do que o de *controle judiciário da relação jurídica administrativa*, que nele se insere e é o tema com o qual se prossegue esta Seção.

Com efeito, a *Justiça Federal* – com exceção do *Supremo Tribunal Federal*, que se aproxima do perfil de uma corte constitucional, e, do mesmo modo, o *Superior Tribunal de Justiça* –, quando atua no desempenho de funções de *instâncias ordinárias*, o faz predominantemente como uma *justiça especializada no contencioso administrativo material da União*; mas, em contraste, nos Estados e nos Municípios, as respectivas matérias contenciosas são cometidas à *justiça comum inespecializada*, de modo que, predominantemente, são submetidas a juízes preparados e exercitados em grande parte, quando não em quase toda a sua carreira, em

matérias do contencioso cível e criminal.

Também com relação à *provocação judicial*, cabem ainda algumas observações, como a que está *aberta aos particulares* e a que se reserva ao *Estado*: 1 – a *provocação pelos particulares*, em princípio privativa de *advogados* constituídos pelas partes ou dativos – não oferece problemas, tratando-se de agentes que desempenham a função essencial à justiça genérica da advocacia privada (CF, arts. 133 e 134); 2 – a *provocação pelo Estado* é privativa da *Advocacia do Estado*, através dos órgãos que a desempenham privativamente.

Finalmente, considerando os meios técnicos de postulação judiciária, podem-se distinguir duas classes de ações: as *ações específicas do contencioso administrativo*, criadas pela legislação apenas para efetivar-se o exercício do controle judiciário sobre a relação jurídica administrativa, e as *ações inespecíficas do contencioso administrativo*, que são todas as demais previstas na legislação constitucional e processual civil, penal, trabalhista, eleitoral e penal militar, das quais possa resultar, direta ou indiretamente, *principaliter* ou *incidenter*, o controle judiciário da ação administrativa do Estado.

Todos os meios específicos do contencioso administrativo são especiais; quanto aos meios inespecíficos do contencioso administrativo, poderão ser ordinários e especiais.

Os meios específicos do contencioso administrativo admitem, por sua vez, uma subdivisão, conforme a provocação incumba exclusivamente ao *Estado* (entidades, órgãos ou seus delegados) ou ao *administrado*, havendo, ainda, como uma terceira categoria, a provocação que lhes seja *comum*.

Para melhor visão de conjunto, antes de passar-se ao exame, ainda que sucinto, dos meios de controle por espécie, segue-se, esquematicamente, um elenco didático dos meios de controle judiciário do contencioso administrativo brasileiro:

I – Meios inespecíficos

A) ordinários

1. ação ordinária;
2. ação penal;

B) especiais

3. interditos possessórios;
4. ação de nunciação de obra nova; e
5. ação de consignação em pagamento.

II – Meios específicos

A) de provocação do Estado

1. execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública;
2. ação de desapropriação;
3. ação de intervenção de defesa econômica;
4. ação discriminatória de terras públicas;

5. ação de dissolução de sociedades ilícitas ou com subvenção; e
6. ação de renda e indenização por trabalhos de pesquisa mineral.

B) *de provocação do administrado*

1. *habeas corpus*;
2. mandado de segurança;
3. mandado de segurança coletivo;
4. ação popular;
5. *habeas data*;
6. mandado de injunção; e
7. ação penal privada subsidiária nos crimes de ação pública.

C) *de provocação comum*

1. ação direta de constitucionalidade;
2. ação declaratória de constitucionalidade;
3. conflito de atribuições;
4. ação civil pública;
5. reclamação para preservação de competência e garantia da autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça;
6. arguição de descumprimento de preceito fundamental;
7. reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contraria súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar; e
8. ação de improbidade administrativa.

Passa-se ao exame dos meios nominados.

196. MEIOS INESPECÍFICOS DE CONTROLE JUDICIÁRIO

Conforme a lista acima são os seguintes os *meios inespecíficos de controle judiciário*, de emprego difundido para veicular o *controle judiciário* dos atos do Poder Público, notadamente quando atua enquanto Administração Pública.

196.1. Meios ordinários

196.1.1. Ação ordinária

A *ação ordinária* é o meio amplíssimo, apto à defesa de *qualquer interesse juridicamente protegido*, regulado pelos arts. 282 e seguintes, do Código de Processo Civil (CPC).

O ordenamento jurídico brasileiro já contou, no passado, com uma ação específica para o *contencioso de nulidade do ato administrativo* (Lei n.^o 221, de 20 de novembro de 1894), mas desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n.^o 1.608, de 18 de setembro de 1939), a *ação ordinária* veio a se constituir na *solução instrumental genérica* para o controle jurisdicional sobre quaisquer atos comissivos ou omissivos do Poder Público no País.

As pretensões meramente *declaratórias* (art. 4.^o, CPC), para a afirmação contenciosa de existência ou inexistência de relação jurídica administrativa ou falsidade de documento que possa produzir efeitos relativamente ao Estado, são igualmente postuladas em procedimento comum.

O Código de Processo Civil institui um *processo de conhecimento*, que seguirá um *procedimento especial*. O procedimento comum, por sua vez, poderá ser ou o *ordinário* (art. 274) ou o *sumário* (art. 275).

Todas as causas podem ser postuladas em *processo de conhecimento* com emprego do procedimento *comum*, salvo disposição legal expressa em contrário, sendo que o procedimento *sumário* sempre terá aplicação delimitada.

O procedimento *sumário* (que havia sido instituído originalmente com a denominação de *sumaríssimo*) será empregado nas causas cujo valor não exceda de 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País (art. 275, I, CPC) e nas hipóteses casuisticamente nele definidas (art. 275, II, CPC), sendo que leis extravagantes poderão adotá-lo (art. 275, II, h, CPC).

196.1.2. Ação penal

N a *ação penal*, quer a comum quer a militar, há *controle incidental* da atividade administrativa por promoção privativa dos órgãos do Ministério Público, com a exceção dos crimes de ação privada e da admissibilidade de *promoção privada subsidiária*, prevista no art. 5.^o, LIX, da Constituição, para os crimes de ação pública. Não obstante inespecífica, a decisão do Poder Judiciário poderá envolver matéria de legalidade de relação jurídica administrativa.

Tome-se, como exemplo, o campo específico dos delitos praticados por servidores públicos: como já se estudou, há uma repercussão necessária do julgado criminal quanto à sanção estatutária, particularmente a de *demissão*, bem como na hipótese de condenação considerada impeditiva para contratar com o Estado.

196.2. Meios especiais

196.2.1. Interditos possessórios

Em doutrina e no direito histórico nacional, o emprego dos *interditos possessórios* contra o Estado jamais foi aceito pacificamente. O antigo Código de Processo Civil dissipava qualquer dúvida no parágrafo único do art. 371, ao determinar que não se concedesse *medida liminar* contra a União, Estado e Município sem prévia audiência dos respectivos

representantes. O Código de Processo Civil vigente, dispondo sobre as ações de manutenção e reintegração de posse, no art. 926 e seguintes, e do interdito proibitório, no art. 932 e seguintes, manteve o *meio especial* com a mesma cautela, de não permitir o deferimento de manutenção ou reintegração liminar contra pessoa jurídica de direito público sem *prévia audiência dos respectivos representantes judiciais* (art. 928, parágrafo único).

Na observação de Miguel Seabra Fagundes, as ações possessórias são daquelas raras medidas que ensejam *execução direta* contra a Administração, mesmo com a utilização da força pública, determinada pelo Judiciário, daí a dubiedade da doutrina e a cautela da redação do preceito, que veio a exigir *prévia audiência* do membro da Advocacia de Estado competente, antes de expedir-se *medida liminar*, como se sabe, sempre de extrema delicadeza, mesmo no contencioso privado.

Os *interditos proibitórios*, de manutenção e de reintegração, cabem, respectivamente, em casos de iminência de turbação, quando ela já ocorreu, mas sem desapossamento, e quando está perdida a posse por ato ilegal. Também com a cautela acima referida em relação à Administração-ré, eles podem ser propostos, indistintamente, por ela própria e pelos administrados.

196.2.2. Ação de nunciação de obra nova

A *ação de nunciação de obra nova* defende os *direitos de vizinhança*, de natureza civil, competindo a quem pretenda impedir que prédio de sua propriedade ou posse seja prejudicado, em sua natureza, substância, servidões ou fins, por obra nova em prédio vizinho (arts. 934 e segs., CPC).

Observável que em nada influi a *natureza da personalidade dos vizinhos*, podendo ser proposta por qualquer pessoa jurídica de direito público contra o administrado ou contra aquela, pelo administrado.

Não se deve confundir, todavia, o *dano geral*, decorrente do uso nocivo da propriedade, com o estrito *prejuízo vicinal*, solúvel por meio da *nunciação de obra nova*.

O Código de Processo Civil acrescenta inciso especial, que a torna *ação edilícia específica* para garantir a sanção heteroexecutória contra o particular que erga construção ilegal (art. 934, III).

196.2.3. Ação de consignação em pagamento

Esta *ação de consignação em pagamento* (art. 890 e seguintes, CPC), se emprega para *exonerar o devedor*, em geral, nas normas que disciplinam o *pagamento* no Direito das Obrigações e, em especial, nos casos previstos em lei.

197. MEIOS ESPECÍFICOS DE CONTROLE JUDICIÁRIO DE PROVOCAÇÃO DO ESTADO

Os *meios específicos de controle judiciário de provocação do Estado* são *ações especiais* destinadas ao controle prévio da legalidade da atuação do Estado, quase todas, portanto,

previstas para serem empregadas nas hipóteses de *heteroexecutoriedade*, pois, como se tem exposto, só excepcionalmente a Administração não gozará de sua regular *prerrogativa de executoriedade* e, por isso, quando tal hipótese ocorre, incumbe-lhe provocar o controle jurisdicional prévio do ato que pretenda executar.

As hipóteses materiais da *heteroexecutoriedade* são de direito estrito, a elas se conjugando os meios formais específicos para suscitar a atuação do Judiciário. Como o objetivo não é dificultar a ação administrativa, mas, simplesmente, garantir a *juridicidade do ato heteroexecutivo*, esses meios específicos, além da principiologia formal própria do processo, devem atender à principiologia material específica do Direito Administrativo, considerando, portanto, de modo particular, as presunções de veracidade dos motivos determinantes, de legalidade da atuação administrativa, de sua correta orientação à finalidade pública, de adequado emprego da *discretionalidade* e, ainda, de legitimidade referida ao resultado, que deverá ser sempre em benefício do interesse público, ficando ressalvada a prova em contrário.

Exclui-se da hipótese de controle da heteroexecutoriedade a primeira ação prevista no elenco dos meios privativos do Estado, que se destina, como se apreciará mais detidamente, ao controle *in abstractu* de *constitucionalidade*, restrito à lei ou ato normativo federal.

A vantagem da adoção de meios específicos para o controle jurisdicional do contencioso administrativo ficou comprovada pela experiência de um longo e satisfatório emprego, desde 1938, com a instituição da *ação executiva fiscal*.

197.1. Execução fiscal

O objeto da *ação executiva* é a de vincular bens do devedor, de modo a propiciar pronta e segura solução de obrigações pecuniárias, intervindo, para isto, o Judiciário, diretamente sobre o patrimônio do devedor. Seu emprego está restrito aos casos em que a lei atribua *liquidez e certeza* aos títulos de crédito que o credor pretenda cobrar por via judicial.

Especificamente, a *ação executiva fiscal* tem aplicação quando se trate de *crédito público*, ou seja, quando o credor é um ente com personalidade de direito público e que satisfaça previamente a formalidade da *inscrição da dívida*, formalidade esta que lhe atribuirá uma especial presunção de *juridicidade, certeza e liquidez*, tomado, então, a denominação de *crédito fiscal* ou *dívida ativa da Fazenda Pública*, que passa a ser exigível do devedor através desta ação específica.

Convém, entretanto, esclarecer que, quanto à origem, são distinguíveis os créditos fiscais propriamente ditos e os que são a ele equiparados. Os *créditos fiscais*, em sentido estrito, são os provenientes de obrigações que só o Estado poderá criar impositivamente, tais como tributos, contribuições e multas, enquanto que os *equiparados* resultam de outras obrigações, como foros, aluguéis, alcances e reposições, que só recebem tratamento subjetivo especial em razão de ser credor o Poder Público.

Todavia, nem sempre o Fisco necessitará usar de meios judiciais para obter a executoriedade de seus créditos fiscais, pois, excepcionalmente, o imposto de renda e algumas contribuições parafiscais poderão ser arrecadados por via autoexecutória mediante

retenção em folha de pagamento de servidores, empregados e, ainda no caso do imposto de renda, em *recibos* de prestadores de serviços autônomos, na emissão de notas fiscais e em certas operações bancárias.

A Fazenda, para o Código de Processo Civil, é um credor com título executivo (art. 566, I) extrajudicial (art. 585, VII), e seu *processo executório especial para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública* está regido pela Lei n.^º 6.830, de 22 de setembro de 1980, diploma que regula aspectos relativos à inscrição da dívida, às partes, à competência, à petição inicial, à citação, às garantias do juízo, à avaliação, à arrematação, aos incidentes, aos recursos, ao concurso de preferência, a custas e a outros temas técnicos processuais, regendo, subsidiariamente, todos os demais aspectos não previstos, o Código de Processo Civil.

Poderá ser requerida uma *medida cautelar fiscal*, antes ou no curso da execução judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias, sempre que o crédito tributário tenha sido regularmente constituído em processo administrativo. A Lei n.^º 8.397, de 6 de janeiro de 1992, disciplina a matéria, sendo seu principal efeito, uma vez concedida, a *indisponibilidade imediata* dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação (art. 4.^º).

197.2. Ação de desapropriação

Uma vez declarado pela Administração o *interesse público*, em qualquer das modalidades constitucionalmente admitidas – *necessidade pública, utilidade pública, interesse social e sancionatória* – se a desapropriação não se efetivar mediante acordo com o expropriado, impõe-se que seja intentada judicialmente a *ação de desapropriação* prevista no Decreto-lei n.^º 3.365, de 21 de junho de 1941, com as modificações posteriores introduzidas pelos Decretos-leis n^ºs 4.152, de 6 de março de 1942, 9.811, de 9 de setembro de 1946, e pelas Leis n^ºs 2.786, de 21 de maio de 1956, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 4.504, de 30 de dezembro de 1964.

A heteroexecutoriedade decorre, portanto, da intenção, manifestada pelo legislador constitucional, de estabelecer uma especial proteção ao *direito de propriedade* – aqui considerado no sentido amplo de *patrimonialidade* – que, temperado pelo princípio da função social, se constitui num dos alicerces da sociedade civilizada. Daí o litígio que se trava na ação de desapropriação ficar restrito ao valor da indenização, uma vez que apenas através dela se *recompõe o patrimônio do desapropriado* (Decreto-lei n.^º 3.365, de 21 de junho de 1941, arts. 9.^º e 20).

O autor do processo será, em regra, o *ente político* com função expropriatória própria, podendo, todavia, a lei delegar tanto a competência para *promover*, consensual ou judicialmente a desapropriação, como a competência para *declarar* a existência dos pressupostos de necessidade ou de utilidade pública, como, citando como exemplo, a atribuída à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pela Lei n.^º 9.648, de 27 de maio de 1998, para dar agilidade à realização de instalações a cargo de concessionários e permissionários de energia elétrica.

Se a Administração expropriante alegar *urgência*, uma cláusula que constará necessariamente do ato declaratório e não poderá ser renovada poderá ser *imitida provisoriamente na posse* dos bens mediante depósito de quantia arbitrada pelo juiz, prosseguindo-se o procedimento com a citação do expropriado, caducando, porém, esta declaração de urgência, se o ajuizamento não se der no prazo improrrogável de 120 dias.

A contestação desta específica ação apresenta uma importante peculiaridade: por estar a *res litigiosa restrita ao valor da indenização*, o contraditório não poderá ampliar-lhe o escopo, devendo, por isso, *qualquer outra questão* que possa ser levantada ser processada e decidida em *ação direta* (ordinária), que porventura queira promover o expropriado, pois “ao Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se estão verificados ou não os casos de utilidade pública” (arts. 9.º e 20 do Decreto-lei mencionado).

Outra peculiaridade consiste no fato de que a *ausência de contestação* não acarreta a aplicação dos efeitos da *revelia*, pois o art. 23 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, estabelece que, esgotado o prazo de defesa sem a concordância expressa por parte do proprietário expropriado, será realizada prova pericial para se definir o *justo valor da indenização*.

Assim, o proprietário expropriado, ao contestar o pedido, somente poderá se ater a esta *res litigiosa* definida pela lei, ou seja, cabe-lhe apenas *refutar o valor da indenização* ou *alegar vício processual*, o que não o impede de, em ação própria, intentar a *anulação* do ato expropriatório alegando ilegalidade, ilegitimidade ou imoralidade. Por outro lado, concentrando-se a lide sobre o *valor da indenização*, resulta que a *avaliação* do bem expropriado é crucial, devendo ser feita através de *perícia*, e fixada por meio de uma *sentença declaratória*.

Mas, ainda, como deverá resultar do *pagamento*, o encerramento de todo o procedimento expropriatório em suas duas etapas – administrativa e judicial –, a sentença será também *constitutivo-mandamental*, produzindo o efeito de imitar o Poder Expropriante na *posse* do bem. Uma vez fixado o *quantum* da indenização, sobre ele serão calculados juros compensatórios de 6% ao ano e juros moratórios também com valor de 6% ao ano (Medida Provisória n.º 2.183-56/2001).

A *desapropriação de imóvel rural por interesse social*, para fins de reforma agrária, tem procedimento contraditório especial, de rito sumário estabelecido pela Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993, previsto no art. 184, § 3.º, da Constituição.

197.3. Ação de intervenção de defesa econômica

A decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por seu Plenário, obedecidas às formalidades previstas na Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, constitui *título executivo extrajudicial* para o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer imposta administrativamente à empresa infratora da ordem econômica por abuso do poder econômico, caracterizado constitucionalmente como domínio do mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º, CF), conforme já se expôs neste *Curso*.

O processo executivo, com preferência sobre quaisquer ações, exceto o *habeas corpus* e o mandado de segurança, segue o rito previsto no art. 93 da referida lei, postulado perante a Justiça Federal do Distrito Federal ou de sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE, decretando, o juiz, se o caso, a *intervenção na empresa* e nomeando o interventor, que deverá praticar os atos necessários ao cumprimento da decisão judicial (art. 102 da Lei citada).

O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação, que vise à desconstituição do título executivo *não suspenderá a execução*, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como não afastará a prestação de *caução*, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias (art. 98), tudo a critério último do próprio juiz, considerando a gravidade da infração e o fundado receio de dano irreparável.

197.4. Ação discriminatória de terras devolutas

As terras devolutas, que na partilha territorial da Constituição cabem à União e aos Estados (arts. 20, II, e 26, IV), devem ser demarcadas e caracterizadas, de modo a estremá-las daquelas sob o domínio privado, o que se executa pelo *processo de discriminação de terras públicas*. Tanto poderá ser realizada essa discriminação de terras públicas por um *processo administrativo*, instaurado por Comissões Especiais, como por um *processo judicial*, em todos os casos em que a instância administrativa se mostrar ineficaz ou, de alguma forma, complicar-se o litígio.

A autoexecutoriedade é, portanto, *precária*, dependendo da manutenção de condições de concordância do administrado no curso do processo extrajudicial (Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, arts. 14, 19 e 25).

Quanto ao *processo discriminatório judicial*, corra ele em instância judicial federal (leg. cit., art. 19, parágrafo único) ou estadual (leg. cit., arts. 27, II), tem sempre caráter *preferencial e prejudicial* em relação às ações em andamento referentes a domínio e posse de imóveis situados, no todo ou em parte, na área discriminada, deslocando-se a competência relativa a essas ações (leg. cit., art. 23).

A *ação discriminatória de terras públicas* observará o procedimento sumário (art. 275 do Código de Processo Civil e leg. cit., art. 21) e, de sua sentença, caberá somente apelação com mero efeito devolutivo, pois o procedimento sumaríssimo previsto originalmente foi excluído desse Código com a reforma de 1994.

A *declaração discriminatória*, seja por título administrativo ou judiciário, deverá ser levada ao Registro de Imóveis, para que se proceda à matrícula e ao registro da área devoluta discriminada, em nome da União ou do Estado.

197.5. Ação de dissolução de sociedades ilícitas

Duas são as variedades desta *ação de dissolução de sociedades ilícitas*. A primeira, diz respeito à dissolução das sociedades que houverem adquirido personalidade jurídica

mediante falsa declaração de seus fins, ou que, depois de registradas, passem a exercer atividades ilícitas ou contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes; são as hipóteses previstas no Decreto-lei n.º 9.085, de 25 de março de 1946.

A outra variedade é a que diz respeito à dissolução de sociedades civis de fins assistenciais, que recebam subvenções do Poder Público ou que se mantenham, no todo ou em parte, através de contribuições periódicas da sociedade, quando deixem de desempenhar efetivamente suas devidas atividades assistenciais, falhem em aplicar as importâncias recebidas corretamente ou fiquem sem efetiva administração.

Como já se estudou no Capítulo XV, dedicado ao exercício da função de polícia, a liberdade de associação é uma garantia das pessoas (CF, art. 5.º, XVII), mas não impede que a entidade que perseguir objeto ilícito seja dissolvida compulsoriamente ou tenha as suas atividades suspensas pelo Judiciário (CF, art. 5.º, XIX).

O meio processual para efetivar a dissolução está previsto do art. 655 ao art. 674 do Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, e no art. 3.º e seu parágrafo único, do Decreto-lei n.º 41, de 18 de novembro de 1966. Os dispositivos mencionados dispõem sobre um processo abreviado, porém dilatável se o juiz não considerar a prova suficiente. Todos esses dispositivos estão mantidos pelo art. 1.218, VII, do Código de Processo Civil.

197.6. Ação de renda e indenização por trabalhos de pesquisa mineral

A ação de renda e indenização por trabalhos de pesquisa mineral é um instituto processual próprio ao contencioso administrativo do sub-ramo didático do Direito da Mineração. O fundamento material é o direito deferido pela Administração ao titular de uma autorização de pesquisa, para realizar serviços e obras destinados a efetivar a prospecção mineral em terrenos do domínio público ou privado.

Por lei, o interesse público na realização da pesquisa mineral se sobrepõe ao da exclusividade de uso do titular do domínio da terra, mas, como se dá em qualquer intervenção prevista em abstrato, que deva ser efetivada por ato concreto, não será possível impor um ônus sobre o patrimônio individual sem a sua correspondente composição, devendo, assim, o titular do alvará de pesquisa pagar aos proprietários da terra ou a seus posseiros prejudicados uma renda, que será devida pela ocupação dos terrenos, e uma indenização, em razão de danos e prejuízos que eventualmente venham a ser causados, fixadas, ambas as verbas, casuisticamente.

Entretanto, se o titular do alvará de autorização de pesquisa, até a data da transcrição do seu título, não juntar ao processo originário de sua outorga, a prova do acordo amigável com os proprietários ou posseiros do solo, acerca dessa renda e indenização, caberá à Administração, nos três dias subsequentes, provocar, mediante comunicação, o juiz da comarca onde se situa a jazida para que essas verbas venham a ser fixadas judicialmente.

Trata-se de mais um dos raros casos de heteroexecutoriedade, em que a própria autoridade administrativa poderá provocar diretamente o controle prévio, sem intermediação dos órgãos de representação judicial e sem provocação da parte privada interessada na prospecção, uma

vez que a União, como titular do *domínio* sobre a jazida, se reputa ser a parte principalmente interessada e, o prospector, um eventual executor indireto de seu interesse primário.

Como o objeto da ação é díplice – *fixar a renda e a indenização devidas* –, uma vez depositadas, respectivamente, a indenização e a renda relativa a dois anos, tem-se como garantida a execução dos trabalhos de pesquisa mineral no terreno alheio. Este processo está regulado nos arts. 27 e 28 do Código de Mineração, Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

198. MEIOS ESPECÍFICOS DE CONTROLE JUDICIÁRIO DE PROVOCAÇÃO DO ADMINISTRADO

Seguem-se, na relação geral apresentada, os seis meios constitucionais de controle judiciário postos à disposição do *administrado*, sob sua provocação, para a tutela de interesses juridicamente protegidos (interesse legítimo e direito subjetivo), e os quatro meios em que cabe postulação comum, do *Estado* e dos *administrados*.

198.1. Habeas corpus

O *habeas corpus* é o meio constitucional de controle assegurado a quem quer que esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5.º, LXVIII).

Vem a ser, portanto, um instituto típico do contencioso administrativo, pois sua destinação precípua, como poderia parecer à primeira vista, não é o exame de temas relativos à criminalidade, mas o *controle da legalidade estrita da atuação da autoridade estatal*.

O *objeto* da apreciação jurisdicional não é um *ato do indivíduo*, para uma eventual conclusão sobre sua caracterização como conduta punível, mas o *ato da autoridade*, que exerceu indevidamente a força – *a vis absoluta* – contra a liberdade pessoal, portanto destinado à pretensão de obter uma *declaração judicial de sua injuridicidade*.

Trata-se, pois, de um *meio geral de controle de legalidade* do Poder Público, especialmente aplicável a hipóteses de exercício da polícia quando atue através de *constrangimento pessoal*. Em suma: é meio genérico do contencioso de Direito Público e não um meio específico do contencioso penal.

Assim, uma vez prejudicado em seu direito de ir e vir, quem quer que seja poderá se socorrer deste remédio constitucional objetivando a *declaração de nulidade* do ato violento ou coativo praticado pela Administração ou de sua *ineficácia jurídica* para os efeitos de impor um constrangimento pessoal.

Miguel Seabra Fagundes, apontando estas características, dá-lhe a seguinte definição: “Remédio processual, destinado, especificamente, a assegurar o indivíduo contra os *atos administrativos* que lhe tolham ou possam tolher a liberdade física”.

Todas as formas pelas quais a autoridade administrativa poderá coarctar a liberdade individual estão expressas em lei: prisão em flagrante delito, prisão administrativa e pena

criminal constrictiva de liberdade. A aplicação da pena criminal é a mais importante das restrições à autoexecutoriedade administrativa, por isso, assegurada constitucionalmente, de vez que se reserva, em todos os casos, ao prévio acerto jurisdicional, sob o devido processo da lei – o *due process of law* da doutrina constitucional norte-americana, onde este princípio se enunciou.

Contra as medidas judiciais constrictivas de liberdade, *in genere*, caberão, portanto, os recursos processuais e, por extensão de conceito, o *habeas corpus*. A referência constitucional a *abuso de poder* significa que qualquer manifestação impositiva do Estado que tolha a liberdade individual ficará sob a cobertura desse remédio, de modo que o *abuso de poder* é espécie do gênero *injuridicidade*.

Como a ação *punitiva* sobre a pessoa dos indivíduos é atividade maciçamente heteroexecutória, caberá, apenas, à Administração, praticar atos *preventivos* e *preparatórios*. Qualquer excesso, que invada o campo exclusivo do *jus puniendi*, constituirá um ato ilegal corrigível pelo *habeas corpus*.

O processo do *habeas corpus* está inserido no Código de Processo Penal (arts. 647 a 667), sendo que os Tribunais poderão estabelecer normas regimentais complementares. Rigorosamente, o *habeas corpus* não é um meio de controle específico posto à disposição apenas do administrado, pois também o é do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, em razão de elevado valor objeto de sua proteção – a liberdade individual. Assim é que poderá ser provocado pelo Ministério Público ou mesmo – apresentando-se como absoluta exceção ao sistema (*ne procedat iudex ex officio*) – concedido sem ato de provocação, bastando ao juiz o simples conhecimento (*fato*) da ilegalidade constrictiva da liberdade de alguém.

Lembrável, finalmente, que o *habeas corpus* admite dois tipos de *recursos ordinários constitucionais*: um, perante o Supremo Tribunal Federal, sempre que denegado, em única ou última instância, pelos Tribunais Superiores (CF, art. 102, II, a) e o outro tipo, perante o Superior Tribunal de Justiça, sempre que denegado em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal ou Territórios (CF, art. 105, II, a).

Escapa, todavia, ao controle do *habeas corpus*, constituindo um caso de *imunidade* (substantiva), a *prisão disciplinar*, em resguardo da autoridade dos chefes militares e reforço dos fundamentos da disciplina e da hierarquia, cometendo-lhes, porém, maiores responsabilidades decisórias (CF, art. 142, § 2º).

198.2. Mandado de segurança

Da própria Constituição retira-se o conceito do *mandado de segurança*, instituto fundamental para o controle de legalidade subjetiva, inegavelmente o mais importante instrumento do contencioso administrativo material à disposição do cidadão. Define-se como meio constitucional assegurado para a proteção de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em caso de ato de autoridade ilegal ou com abuso de poder, entendendo-se essa proteção contra a conduta de particulares

no exercício de atribuições delegadas do Poder Público (art. 5.º, LXIX e LXX).

Em âmbito infraconstitucional, tal instrumento é disciplinado pela Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009. Trata-se de diploma normativo que, ao revogar a vetusta Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, positivou diversos entendimentos consagrados, há muito, na jurisprudência, dentre os quais destacam-se os seguintes: o não cabimento do *mandamus* em face dos atos empresariais praticados por empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas; o dever de inclusão da pessoa jurídica de direito público no polo passivo desta relação jurídica processual; e a exigência de caução dos impetrantes, com o objetivo de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica.

198.2.1. Histórico

O *mandado de segurança* se originou nos meios de defesa dos particulares contra a Administração desenvolvidos a partir do direito norte-americano, herdados, por sua vez, dos *writs* ingleses, especialmente os de *injunction*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* e *certiorari*, derivados, por sua vez, de uma longa elaboração jurisprudencial da *common law*, que remonta, afinal, à Magna Carta, o histórico pacto de 1215, que limitou pioneiramente o poder da monarquia absoluta na Inglaterra, com extraordinário efeito irradiador para a construção histórica do Direito Público.

Todos esses remédios, com efeitos diversos, têm, em comum, a sua *admissão extraordinária* para atender a situações para as quais não exista solução processual específica, permitindo o emprego de uma apreciável amplitude de *discrição judiciária* para que seja dispensada ao paciente a mais efetiva tutela possível de seus direitos violados ou sob ameaça por autoridades.

O conceito passou ao direito mexicano, inspirando o instituto do *juicio de amparo*, introduzido na Constituição do Estado de Yucatán, de 1840, uma expressão exemplar de Carta liberal, e, depois, nas Constituições Mexicanas de 1857 e de 1917, evoluindo do controle de constitucionalidade para o de legalidade sobre atos de qualquer autoridade.

No Brasil, além da direta inspiração dessas instituições, ocorreu uma elaboração doutrinária própria, com a chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, que resultou do esforço de advogados, ainda na vigência da Constituição de 1891, para *estender a proteção do direito de ir e vir aos demais direitos subjetivos públicos*, muito se devendo, entre outros juristas de então, a Pedro Lessa, a elaboração da construção teórica que frutificaria no projeto Gudesteu Pires, de reforma constitucional, apresentado em 1926.

Logo a seguir, na Constituição de 1934, o instituto alcançaria seu *status de remédio constitucional*, tal como foi expresso no art. 113, n.º 33, vindo a receber sua regulação pioneira na Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936. As Constituições de 1946, 1967 e 1969 mantiveram o instituto, que hoje apresenta novos e mais extensos contornos, além de um desdobramento *coletivo*, inovado na Carta Magna de 1988.

198.2.2. Objeto

Trata-se de uma *ação* do contencioso administrativo, julgada em foro cível, de rito sumário e especial. Aplicam-se, a seu processo, em tudo que não colida com as normas especiais, as regras gerais do Código de Processo Civil relativamente aos atos e termos processuais, prazos, partes, honorários, despesas, coisa julgada etc., embora exista controvérsia doutrinária em aberto, sobre a plena aplicação subsidiária daquele Diploma geral, o que se suscita, *a contrario sensu*, a partir do art. 24, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, ao autorizar, expressamente, a aplicação do Código de Processo Civil, à denúncia da lide.

O *objeto* da ação é a *prevenção* ou a *repressão*, que se efetivam pela expedição de um *mandado judicial*, que conterá um preceito positivo (fazer) ou negativo (abster-se), dirigido à autoridade que praticou o ato posto sob exame judicial.

198.2.3. Motivo

O *motivo* da ação é a *injuridicidade*, que se apresenta mais comumente como uma *ilegalidade* no sentido estrito, resultante de *ato de autoridade*, entendido que possa ser tanto um *ato administrativo* quanto um *ato com conteúdo e eficácia administrativa*, ainda que praticado por particulares investidos ou presumidamente detentores de atribuições administrativas delegadas.

O *vício* do ato administrativo, que hipoteticamente seja o *motivo* apresentado para anulá-lo ou, preventivamente, para sustar sua execução, é, também, o suficiente para impetrar o controle judiciário pela via do mandado de segurança, de modo que, mesmo existindo na Lei uma previsão de *recurso administrativo*, para que o paciente exerça o controle introverso, ele *não estará obrigado a esgotá-lo para ter acesso ao Poder Judiciário*.

Com efeito, ao consagrar o sistema de controle da *jurisdição una*, a Constituição impede que o legislador ordinário restrinja ou condicione a invocação do controle jurisdicional ao esgotamento de vias administrativas, uma vez que, existindo um direito à tutela judicial, direta e imediata, quando se trate de lesão ou ameaça de lesão, é inadmissível negá-la para manter irremediado o *direito* do paciente e sem sanção o *vício* do ato. Essa situação não se configura se o recurso administrativo for recebido sob efeito suspensivo, já que, nesta hipótese, lesão ou ameaça ficariam afastadas.

De um modo geral, não se aceita a impetração de mandado de segurança contra *ato legislativo*, em razão de suas características de generalidade e de abstração, mas a doutrina e a jurisprudência aceitam-na, contra uma *lei de efeito concreto*, por que, materialmente, esta se equipara a um ato administrativo.

Tampouco, o mandado de segurança, em princípio, não pode ser ajuizado contra *ato judicial*, uma vez que este se sujeita a recursos próprios; contudo, do mesmo modo, a doutrina e a jurisprudência temperam esse rigor, aceitando a impetração contra decisão judicial *contra a qual não existe previsão legal de recurso*.

198.2.4. Parte ativa

A parte ativa é o *impetrante*, assim considerado, toda pessoa titular de direito líquido e certo ou seu substituto processual admitido, em caso de interesse coletivo.

Observe-se que o *habeas corpus* exige, para legitimar o impetrante, a sua *personalidade física*, implícita na referência a *alguém*; todavia, no *mandado de segurança*, inexiste qualquer menção a *quem* seja o paciente da ilegalidade ou abuso de poder. Por este motivo, a interpretação constitucional mais consentânea com a generalidade da tutela, por se tratar de uma garantia fundamental, que não admite interpretação restritiva, leva à aceitação da tese de que o *impetrante poderá ser qualquer pessoa*: física, jurídica, de direito privado ou de direito público, nacional ou estrangeira, e até mesmo pessoas formais, como as Mesas dos Corpos Legislativos, comissões autônomas e algumas universalidades definidas em lei, como o espólio, a massa falida e o condomínio *pro divisio*.

198.2.5. Parte passiva

É a pessoa jurídica de direito público ou a entidade delegatária de atribuições do Poder Público que deverá *suportar os efeitos* da eventual concessão da segurança. Esses efeitos da concessão do remédio, que poderão ser patrimoniais ou não, deverão repercutir diretamente sobre essas entidades, públicas ou privadas. Daí por que o art. 6.^º da Lei n.^º 12.016, de 7 de agosto de 2009, preceitua que o impetrante deverá indicar, na sua petição inicial, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

O *coator*, que pode ser uma *autoridade* ou um *particular no exercício de atribuições do Poder Público*, não é a *parte passiva* da ação, mas o seu *agente*, o responsável pela prática do ato ilegal ou com abuso de poder, contra o qual se impetra a ação, para que, conforme o caso emende o seu ato ou o justifique, nas informações que deverá prestar pessoalmente ao Poder Judiciário.

198.2.6. Medida liminar

De grande importância para a efetividade deste remédio é a concessão da *medida liminar*, provimento cautelar *facultado* ao Judiciário, com ampla margem de discricionariedade, que é devida quando concorrerem dois pressupostos: quando o julgador entender *relevante o fundamento do pedido* e puder resultar a *ineficácia da medida*, caso venha a ser a final deferida (art. 7.^º, III, da Lei citada).

Sua natureza é *cautelar*, portanto, preventiva e não antecipatória de decisão, não importando em prejuízamento e, por isto, dela não decorrem efeitos permanentes, salvo se a decisão definitiva a mantiver.

Deferida a *medida liminar*, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou da entidade, entendidos aqueles sobre os quais recaiam seus efeitos, o seu representante judicial deverá ser imediatamente intimado, na forma do art. 9.^º da Lei n.^º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Há quem considere a liminar um *ato vinculado*, que o Judiciário *deve praticar* no caso dos

requisitos legais estarem satisfeitos – o que tornaria sua concessão um *direito* do impetrante. Os adeptos desta corrente estariam logicamente corretos se os requisitos fossem expressos *exclusivamente* como *conceitos jurídicos indeterminados*, que só admitem *uma determinação aplicativa juridicamente válida*, cabendo o emprego da *lógica de exclusão*. Mas não se trata disso: ao admitir a possibilidade de *discriminação de matizes* na *avaliação do fundamento do pedido*, dado o emprego da expressão *relevância*, o legislador não se valeu de um *conceito jurídico indeterminado* – em que não há matizes – mas de uma *abertura discricionária*, de modo a admitir a possibilidade de *ponderação de múltiplos fatores em cada hipótese*, cabendo, portanto, a aplicação de uma *lógica de inserção*, através da qual o juiz opta pela *melhor solução possível* com vistas a balancear os interesses em jogo, *enquanto não julgar, em definitivo, qual o interesse efetivamente tutelado pelo direito*, portanto, decidindo *discricionariamente*.

Não obstante, há, na legislação citada, algumas *restrições ao emprego da medida liminar*, que, importante é observar-se, por sua própria natureza, além de qualquer outro argumento, deve ser concedida com *grande prudência*, a fim de que não se torne uma forma espúria de substituição de um arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário.

Assim, para que liminares concedidas sob *exclusiva consideração de fatores individuais*, portanto, *microjurídicos*, não venham a se tornar lesivas ao *interesse público*, uma vez considerado em termos *macrojurídicos*, assim entendidos, *in genere*, os que possam causar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*, causando prejuízos maiores que os que se poderia evitar, inclusive indiscriminadamente, sobre toda sociedade ou segmento dela, a lei insere um *juízo de ponderação de interesses*.

Com efeito, a Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, no seu art. 15, adotando uma forma especial de *controle hierárquico*, dentro do Poder Judiciário, pelo qual se autoriza o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do recurso previsto em lei, a *suspender, em despacho fundamentado, a execução de qualquer medida liminar*, acena para o emprego de um *juízo de ponderação de interesses*. Além, das observações a respeito já expandidas, duas outras ainda cabem sobre essa medida.

A primeira se refere à *motivação*, ou seja, à necessidade de que o despacho “fundamentado” contenha o mencionado *juízo de ponderação de interesses* de que resulte a suspensão ou a manutenção da liminar, o que leva à necessidade da prova de ambos os interesses confrontados. A segunda observação é ainda sobre a *natureza* desse ato do Presidente do Tribunal, ao apreciar esse *pseudorrecurso*, porque não se trata de uma instância recursal regular do mandado de segurança ou rito consentâneo com a organização das instâncias processuais, de modo que o exercício dessa competência meramente *hierárquica* não produz um pronunciamento com eficácia rescindente e rescisória de julgado anterior, mas gera, apenas, *eficácia suspensiva* da respectiva execução.

E, além de *não ser formalmente um recurso*, tampouco *materialmente* o é, pois a apreciação do Presidente do Tribunal não se dá sobre a *legalidade do processo ou da decisão*, mas se dirige a *considerações colaterais, arbitrárias*, não processualizadas regularmente no mandado de segurança, para definir prelazia entre o interesse individual do impetrado e o interesse público, que a lei, nestes casos, submete a seu exclusivo e singular *juízo de Presidente de Tribunal*, no caso, atuando como *agente político*, tratando-se, em conclusão, não de uma *nova*

providência cautelar, nem, muito menos, de um *recurso processual*, mas, como se depreende do exposto, de típico *controle administrativo hierárquico*, tal como outros existentes, com a diferença de ser aplicado sobre um ato jurisdicional.

A Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, em seu art. 7.º, inciso III, facultou ao magistrado a possibilidade de exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o fim de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica. Trata-se de inovação legislativa que deve ser interpretada *cum grano salis*, isto porque o ordenamento constitucional não autoriza que o legislador ordinário obstacularize o acesso dos impetrantes à justiça, consoante o disposto no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República. Destarte, tal exigência deve ser objeto de uma ponderação de interesses entre, de um lado, o princípio da *infastabilidade da jurisdição* e, de outro, o uso abusivo do direito de ação.

O art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, traz um rol taxativo de restrições à concessão de medida liminar em processo de mandado de segurança. O referido diploma estipula que, neste tipo de demanda, não será concedida medida liminar: que tenha por objeto a compensação de créditos tributários; a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Superando aguda controvérsia existente sob a égide da lei anterior, o novo ato normativo, expressamente, prescreve que da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto no Código de Processo Civil.

198.2.7. Defesa

A defesa, no mandado de segurança, é apresentada pela *parte passiva*, isto é, pela pessoa jurídica de direito público ou pela entidade delegatária que deverá suportar, em tese, os ônus da concessão e da sucumbência.

No plano federal, a defesa incumbe à sua Advocacia-Geral, quando a parte é a União, e quando se trata de um ente de natureza autárquica, à respectiva Procuradoria Federal. No plano estadual, toca à Procuradoria-Geral do Estado, do Distrito Federal, ou a órgão similar dos respectivos entes autárquicos, e no plano municipal, à sua representação judicial, seja institucional ou contratada.

A autoridade coatora fala no processo através de *informações*, peça de *instrução* e não de *defesa*, produzida como uma espécie de depoimento antecipado e apresentado por escrito.

A *parte passiva* faz posteriormente a sua *defesa* pelo contraditório e pela oposição de recursos admitidos.

No caso de impetração contra atos de particulares, a defesa cabe à *entidade privada delegatária* de atribuições do Poder Público.

198.2.8. Direito líquido e certo

Por esta expressão se deve entender, no terço magistério de Hely Lopes Meirelles, o que

se apresenta “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Na verdade, a expressão legal não é feliz, pois, *direito líquido e certo* não é o direito *objetivo* aplicável, mas o direito *subjetivo* defendido. Portanto, deverá ser *líquido e certo* o direito *subjetivo* que, na impetração, *puder ser provado de plano*, documentalmente, sem necessidade de instrução probatória posterior, de modo que a eventual complexidade com que se apresente este direito, por mais intrincada que se mostre, não descaracteriza o requisito de liquidez e certeza, para efeito de impetração do remédio.

198.2.9. Ilegalidade ou abuso de poder

Tampouco foi feliz o legislador constitucional, ao manter a redundância; há muito, que o abuso de poder deixou de ser uma construção jurisprudencial estranha às categorias de ilegalidade, para, hoje, indisputadamente, nelas se compreender; o *abuso de poder* é um vício típico da atividade administrativa, conforme já se tem estudado (Capítulo VIII), e, portanto, quando ocorrer, redundará sempre em *illegalidade* do ato.

198.2.10. Procedimento

Impetrado o *mandado de segurança*, o que deverá ser feito, sob pena de *caducidade*, até 120 dias, improrrogáveis, a contar da ciência do ato impugnado, o juiz ordenará a *notificação* da autoridade coatora para apresentar suas *informações* sobre o ocorrido, sendo-lhe facultado conceder liminar antes ou depois de prestadas, segundo seu juízo discricionário sobre a *oportunidade* de fazê-lo.

As *informações* prestadas no mandado de segurança se revestem das presunções, de realidade, de legalidade, de legitimidade e de licitude, típicas, portanto, de quaisquer atos do Poder Público, de modo que o Poder Judiciário, como parte integrante de entes políticos, não lhes pode, em princípio, recusar fé (CF, art. 19, II).

Segue-se a *defesa*, funcionando o órgão dela encarregado, e, finalmente, o *julgamento*; se nele julgar *procedente* o pedido, o juiz comunicará a decisão por ofício, ou outros meios, à autoridade coatora, e, de decisão *denegatória* caberá *recurso de apelação*.

A competência para o julgamento será definida em função da hierarquia da autoridade coatora. A Constituição define a competência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores; quanto ao âmbito estadual, a competência será definida na Constituição Estadual e nas leis de organização judiciária.

Em caso de competência originária de Tribunal, as soluções recursais serão aquelas constantes de seus respectivos regimentos internos, com ressalva do disposto no art. 13 da Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973.

A sentença, que fica sujeita ao *duplo grau de jurisdição*, podendo, não obstante, ser *executada provisoriamente*; será exequível sempre *in natura*, através de uma ordem para que a autoridade pratique ato ou dele se abstenha; cabe, entretanto, a execução *in specie*, no caso de percepção de remuneração de servidores públicos, garantida pela sentença transitada em

julgado, a contar da data do ajuizamento da inicial.

198.2.11. Coisa julgada

Se a sentença for concessiva, fará coisa julgada relativamente à existência, liquidez e certeza do direito. Se for denegatória, há que se distinguirem duas hipóteses: se, apreciando a matéria, o Judiciário entender que *não há direito subjetivo* a ser protegido, ou seja, que *não há ilegalidade subjetiva a ser reparada* na atuação da autoridade coatora, se dará, igualmente, a coisa julgada, portanto, impeditiva de nova impetração sobre o mesmo objeto; se, todavia, apreciando a matéria, o Judiciário se limitar ao entendimento de que apenas *não há liquidez e certeza*, denegando, portanto, a segurança, sem apreciar no mérito do problema a *existência* do direito subjetivo invocado, a decisão será apenas um *non liquet* e, também este será o *conteúdo do trânsito em julgado*, o que permitirá, em consequência, a *renovação da impetração* ou o emprego da via ordinária, de maior amplitude de indagação, para sua defesa.

198.3. Mandado de segurança coletivo

Esta nova ação constitucional introduzida pela Carta de 1988 (art. 5.º, LXX), o *mandado de segurança coletivo* se destina à proteção de *direito coletivo* de que seja titular *partido político* com representação no Congresso Nacional (art. 5.º, LXX, a) ou *organização sindical, entidade de classe ou associação* legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5.º, LXX, b).

A referência genérica feita ao instituto tradicional do mandado de segurança, examinado no inciso anterior (art. 5.º, LXIX), estende ao novel remédio os mesmos requisitos e procedimentos já constantes das leis infraconstitucionais que o regulam, inclusive o requisito de liquidez e certeza do direito deduzido.

Ao considerar-se, porém, a natureza do *direito coletivo* – que é aquele assegurado de modo uniforme e indivisível a um determinado grupo da sociedade, solidarizado por uma relação jurídica comum – impõe-se a tomada de certos cuidados: 1 – não poderá ser impetrado para a proteção de direitos que sejam estranhos ao escopo institucional das entidades impetrantes; 2 – não poderá ser impetrado por entidades associativas sem expressa autorização de seus filiados (art. 5.º, XXI, CF) e 3 – não prejudicará a sua eventual denegação, a dedução judicial de um direito individual acaso abrangido.

À luz do disposto na Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, possuem *legitimidade* para impetrar *mandado de segurança coletivo*: o partido político, com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária; a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Nesta modalidade de *mandamus*, a sentença de procedência fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, sendo certo que os seus efeitos não beneficiarão o impetrante, a título individual, se este não requerer a

desistência de seu mandado de segurança, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

198.4. Ação popular

A Constituição de 1988 manteve este importante instituto do contencioso administrativo, a *ação popular*, concedendo-lhe maior amplitude subjetiva e objetiva. Seu conceito atual é o que deflui do art. 5.º, LXXIII, da Carta Magna: é o meio constitucional assegurado a qualquer *cidadão* para anular *ato lesivo* ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Com isso, derrogou-se, em alguns aspectos, a Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplinou o instituto, na ordem constitucional anterior. A seguir, examinam-se algumas características da *ação popular*.

198.4.1. Sujeito ativo

Por se tratar de uma *ação popular*, entende-se que autor deva ser qualquer *do povo*, em seu sentido técnico, portanto, um *cidadão*. A denominação, todavia, não se refere ao sujeito ativo, mas ao *interesse juridicamente protegido*, que deve ser um *interesse geral*, qualificado como *popular*. Por isso, nesta ação, o *cidadão age como substituto processual do povo*, e, salvo comprovada má-fé, estará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A Constituição, ao legitimar o *cidadão*, o entendeu tecnicamente como integrante do povo, ou seja: do segmento da população do País intitulada a participar do processo político através do sufrágio. A controvérsia sobre a possibilidade de ajuizamento de *ação popular*, por eleitor, portanto, cidadão, menor de 21 anos, se dirime pela necessária ponderação de valores constitucionais, em que sobressaem os *direitos políticos* (arts. 14 a 16) como *conformadores do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito* (art. 1.º), portanto, no sentido de ser dispensável a assistência de natureza civil.

198.4.2. Sujeito passivo

Na *ação popular*, *rés* serão as *pessoas jurídicas* em nome das quais foi praticado o ato impugnado, os *agentes* que de qualquer modo concorreram, ainda que por omissão, para sua prática, e os seus *beneficiários* diretos.

A pessoa jurídica de direito público ou privado, entretanto, cuja competência própria ou delegada foi exercitada na prática do ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público, poderá abster-se de contestar o pedido e, se assim entender, atuar ao lado do autor popular, como *litisconsorte ativo*.

Quanto ao *Ministério Público*, defensor constitucional dos interesses sociais indisponíveis, fica impedido de atuar em defesa do ato impugnado ou de seus agentes, mas, de resto, se lhe abre ampla participação na *ação popular*, pois, além de atuar como *custos legis*, deverá se empenhar na produção de provas e promover a apuração da responsabilidade civil e criminal

dos responsáveis pelo ato, podendo, ainda, assumir a titularidade da ação, se o autor abandonar o processo antes da sentença; por outro lado, terá o dever de assumir o processo, se o autor popular não promover a execução de sentença favorável.

198.4.3. Ato lesivo

Ato lesivo é, concomitantemente, o ilegal e ilegítimo – portanto, *injurídico*. Por *ilegal*, entende-se o que *viola diretamente a ordem jurídica*, o que se evidencia pela desconformidade de qualquer de seus elementos essenciais com os requisitos positivados nas normas jurídicas que o regem, e, por *ilegítimo*, entende-se o que *viola indiretamente a ordem jurídica*, o que se manifesta pela desconformidade de seu *resultado* com a *finalidade pública*, que deveria, necessariamente, justificá-lo.

Essa *ilegitimidade*, como um conceito finalístico, caracteriza uma *injuridicidade*, como sinônimo de *ilegalidade*, assumida esta expressão no sentido amplo que se lhes atribuía, porém o legislador constitucional não quis deixar qualquer margem a dúvidas de que um *ato ilegítimo* é tão nulo quanto um *ato ilegal* perante a integralidade da ordem jurídica.

Em acréscimo, às duas categorias éticas – a *ilegalidade* e a *ilegitimidade* – adiciona, a Constituição, inovadoramente, uma terceira – a *ilicitude* – para conformar o conceito contemporâneo integrado de *injuridicidade*, cominando, também, a lesão à *moralidade administrativa*, com o desfazimento compulsório do ato. Este conceito de *moralidade administrativa*, a que se refere o Texto, deve ser entendido, como já exposto neste Curso, não como uma expressão da moral comum, referida à *ética das intenções*, mas como uma expressão da moral política, portanto, referente à *ética dos resultados*, desse modo, intimamente vinculada à *finalidade* da ação administrativa, tema que adiante se voltará a examinar.

198.4.4. Valores tutelados

O rol dos valores *finalísticos* expressamente tutelados pela *ação popular* acresceu-se, substancialmente, na Carta de 1988 e, praticamente, cobre quase todos os desvãos onde se poderá acobertar a violação da ordem jurídica na administração dos interesses públicos. Em primeiro lugar, menciona-se o *patrimônio público*, no sentido material e imaterial, inclusive o estético e paisagístico. Em segundo lugar, a *moralidade administrativa*, entendida como a conformidade dos fins do ato impugnado como dever da *boa administração*, como a situa Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao sustentar que o agente público deve orientar sua competência legal de modo a atingir *efeitos*, ou seja, os *resultados* normalmente tidos como aceitáveis; assim, *moralidade administrativa*, princípio constitucional (art. 37), passa a ter o seu instrumento processual próprio de tutela para sua dedução em juízo, com as conotações examinadas. O *meio ambiente*, em terceiro lugar, também mereceu expressa proteção da ação popular, devendo-se buscar, no art. 225 da Constituição, os elementos que configuram esse valor, neles incluídos, assim, não só os fatores ambientais, diretamente considerados, como as entidades, processos e condicionantes envolvidos, inclusive a *educação ambiental*. Destaca-se, finalmente, para conferir-lhe a devida precisão, o *patrimônio histórico e cultural*,

que, mesmo não sendo do *domínio público*, esses bens, tombados ou não, são todos tuteláveis pelo autor popular. A prova do valor histórico e cultural do bem, cuja proteção se promove pela ação popular, é dispensável, quando se trate de bem já tombado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

198.4.5. Procedimento

O processo toma, basicamente, o *rito ordinário*, com algumas alterações, como a intimação do *Ministério Público* no despacho de citação, a requisição de documentos, a citação por edital dos beneficiários, o prazo mais longo para a contestação, a decisão final sem saneador, se não houver provas periciais e testemunhais requeridas, e o pagamento de custas e preparo a final.

198.4.6. Sentença

A sentença terá força de coisa julgada, oponível *erga omnes*, salvo no caso de haver sido a ação considerada *improcedente por deficiência de prova*, caso em que poderá ser renovada por qualquer autor popular, mas desde que aduzindo novas provas.

A sentença que concluir pela *improcedência* ou pela *carência da ação* está sujeita ao duplo grau de jurisdição; da que julgar *procedente*, caberá a apelação voluntária com efeito suspensivo. Se a parte vencida for o autor popular e couber recurso, qualquer cidadão será legitimado para recorrer, bem como o representante do Ministério Públíco.

Na execução de sentença, o Ministério Públíco poderá assomar como parte subsidiária, se o autor ou terceiro não a tiverem promovido nos seguintes 60 dias da publicação da decisão condenatória de segunda instância.

Esses dispositivos foram mantidos pela Carta de 1988.

Tanto nas hipóteses de ilegalidade direta quanto naquelas de ilegalidade indireta (a ilegitimidade), a sentença é de *anulação* (CF, art. 5.º, LXXIII), com efeitos declaratórios quanto ao ato e condenatórios relativamente aos agentes.

198.5. Habeas data

O desenvolvimento da informática gerou como consequência tanto a multiplicação como o hermetismo, técnico ou institucional, dos registros e bancos de dados, de entidades governamentais ou de caráter público. Com isso, o homem corre o risco de se despersonalizar e se tornar-se um mero número ou meia dúzia de dados codificados em um registro, sem maiores responsabilidades de quem os insere com a sua veracidade ou, muito menos, com os efeitos prejudiciais que incorreções possam causar com a divulgação das informações neles contidas.

A solução constitucional para a proteção das pessoas consiste em ampliar ao máximo o controle dos dados em bancos de dados e registros públicos ou de acesso ao público, assegurando-se o pleno e geral acesso dos interessados às informações e referências, de qualquer espécie neles armazenadas, a quem o deseje, bem como garantir ao interessado a

possibilidade de retificá-los (CF, art. 5.º, LXXII).

Este *direito fundamental* foi explicitamente garantido através do *habeas data*, uma ação constitucional, embora houvesse bastado ter incorporado esse campo na tutela geral proporcionada pelo mandado de segurança.

O processo do *habeas data* foi disciplinado na Lei n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997, que ampliou as hipóteses de sua utilização, sempre possível em termos de garantia de liberdades e direitos fundamentais constitucionais (CF, art. 5.º, § 2.º), viabilizando sua impetração para assegurar o direito de *promover anotação* nos seus assentamentos, de contestar ou de acrescer explicação sobre fato verdadeiro, mas passível de justificação e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

A lei define, ainda, o *procedimento administrativo* a ser adotado, para viabilizar o acesso a informações existentes junto ao órgão ou entidade depositária do registro ou do banco de dados.

198.6. Mandado de injunção

É a garantia constitucional para a proteção *individual* contra a *inconstitucionalidade por omissão* (CF, art. 5.º, LXXI). Não obstante, esta específica inconstitucionalidade vem caracterizada de modo estrito, pois que se caracteriza pela *falta de norma regulamentadora* que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

São, portanto, dois os requisitos: 1 – a *falta de norma regulamentadora*, assim entendida a norma jurídica necessária para viabilizar o exercício das liberdades e prerrogativas especificamente protegidas; e 2 – a *inviabilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*.

Por *liberdades constitucionais* devem ser entendidas as diversas expressões que assume a *liberdade individual*, inerentes à pessoa humana, reconhecidas e protegidas pela Constituição e a cargo do Estado. São manifestações de pristino poder pessoal, portanto de *natureza pré-estatal*, que necessariamente sobrevivem incólumes às organizações políticas e, por isso, protegidas pela ordem jurídica.

As *liberdades constitucionais* constituem provisões declarativas e se classificam, na teoria do Direito Públco, como *direitos fundamentais*, porque, distintamente dos *direitos* em sua acepção geral, esses não são *outorgados*, mas, por serem fundantes, apenas *reconhecidos* pelo Estado; daí, autores, com a autoridade de Pontes de Miranda, afirmarem que “os *direitos fundamentais limitam os poderes do Estado*”.

São exemplos de *liberdades constitucionais* os direitos fundamentais à vida, à locomoção, à religião, ao trabalho, à propriedade, à identidade etc., facilmente reconhecidos pela característica de *pré-estatalidade*, isto é, por não dependerem do Estado nem de leis para existirem, pois, como atributos da *personalidade humana*, são seus *consecutários* inalienáveis.

Quanto aos *direitos constitucionais*, consistem em provisões principiológicas ou prescritivas inseridas na Carta Política, com o efeito de atribuir a pessoas físicas ou jurídicas o *poder jurídico* de exigir de outras, ações ou omissões específicas.

Com natureza jurídica diversa desses pré-estatais, seguem-se, também protegidas, as *prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania*, pois aqui se enumeram *direitos especiais*, de criação constitucional, que só têm razão de existência em função da existência do Estado e em face dele. São direitos *relativos* e de fácil identificação nos textos das Cartas Constitucionais.

Essas *prerrogativas constitucionais*, como são identificados os *direitos políticos subjetivos*, na nomenclatura tradicional, são as seguintes:

- 1) o *reconhecimento da nacionalidade* (CF, art. 12);
- 2) o *exercício dos direitos inerentes à nacionalidade* (como, por exemplo, a ação popular);
- 3) o *reconhecimento da cidadania* (CF, art. 14);
- 4) o *exercício da cidadania* (CF, arts. 14 e 17) incluindo todos os preceitos expressos na Carta, relativos à participação política semidireta ou indireta, perante qualquer dos Poderes do Estado, como, por exemplo, a iniciativa popular (CF, art. 61, § 2.º).

Observe-se que a *sentença concessória do mandado de injunção* não poderá suprir a norma faltante, quando sua edição depender de *decisão política* sobre matérias de fato reservadas à apreciação exclusiva, reservada ao Poder Executivo e ao Legislativo (CF, arts. 48, 49, 51, 52 e 61, § 1.º), sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes (CF, art. 60, § 4.º, III).

Essas observações se harmonizam com a evolução ampliativa que o Supremo Tribunal Federal tem trazido à compreensão do instituto em relação ao que seja o *afastamento jurídico de impedimentos*, como o fizeram, em pronunciamentos bastante sinalizadores, ao julgar a *exequibilidade do direito de greve* e o de *aposentadoria especial* pelo desempenho de atividade insalubre, mesmo à falta de normas regulamentadoras.

Observe-se, ainda, que o *objetivo* do mandado de injunção não é o de proceder à *integração* de norma constitucional, mas o de *viabilizar o seu cumprimento*. Ao Poder Judiciário não se demanda, portanto, que edite alguma *norma substitutiva*, uma vez que, logicamente, já se presume *suficiente* a provisão constitucional para constituir o *direito* deduzido e produzir a *eficácia* pretendida; pede-se, apenas, que se afastem, com uma *ordem* concreta, os *obstáculos de direito*, que deveriam ter sido superados pela norma regulamentadora faltante, mas, em razão de sua ausência, estão inviabilizando o exercício do direito constitucional deduzido.

Quanto aos *obstáculos de fato*, remanescem para a *exclusiva apreciação política dos demais Poderes*, não podendo o Judiciário apreciá-los em seu lugar, pois, se o fizesse, estaria invadindo a competência política legiferante compartilhada entre Executivo e Legislativo.

Há que se observar, também, que o polo passivo do mandado de injunção há de ser o *ente público* que eventualmente deva suportar o ônus da decisão, embora o órgão apontado como *omissio*, se outro for, figure como um litisconsorte necessário.

As competências constitucionais para apreciação do mandado de injunção pelos

tribunais federais devem ser entendidas como *paradigmas de simetria*, para fim de definir a competência dos tribunais estaduais e o do Distrito Federal.

198.7. Ação penal privada subsidiária nos crimes de ação pública

No art. 5.º, LIX, da Constituição, na verdade, não se cria *processo novo*: apenas se admite ampliação casuística da *autoria penal*, com a admissão do particular como *promotor extraordinário*, no caso de qualquer ação pública não ter sido intentada no prazo legal. É, portanto, uma *extensão constitucional subsidiária da legitimidade ativa* e não uma substituição processual do Ministério Público. Não se trata de um direito afeto à nacionalidade, nem à cidadania, nem à condição humana em geral, mas dependente das circunstâncias de fato que produzam *in casu* um *interesse moral* à promoção penal; de outra forma, ter-se-ia uma “*promotoria universal*”, o que, com toda a certeza, não é o sentido da norma.

199. MEIOS ESPECÍFICOS DE CONTROLE JUDICIÁRIO DE PROVOCAÇÃO COMUM DO ESTADO E DOS ADMINISTRADOS

Esta última lista arrola os sete meios específicos de controle judiciário, de provação *comum* da administração e dos administrados: 1) *ação de inconstitucionalidade*; 2) *ação declaratória de constitucionalidade*; 3) *conflito de atribuições*; 4) *ação civil pública*; 5) *reclamação para preservação de competência e garantia de autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*; 6) *arguição de descumprimento de preceito fundamental* e 7) *reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar*.

199.1. Ação direta de inconstitucionalidade

Na Seção da Constituição dedicada ao Supremo Tribunal Federal disciplina-se a *ação direta de inconstitucionalidade*, estabelecendo-se, no art. 102, I, a, sua *competência originária* para processar e julgá-la, e, no art. 103, relacionando-se quais as *partes legítimas* para propô-la.

A *inconstitucionalidade*, como espécie mais grave da *injuridicidade*, admite ser declarada *incidentalmente* pelos juízes e pelos tribunais. Nos tribunais, é necessário o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos que constituem o respectivo órgão especial (CF, art. 97). Esta *declaração incidental de inconstitucionalidade* poderá ser pronunciada em qualquer tipo de processo judicial, desde que se cogite da inadequação de qualquer ato normativo do Poder Público, inclusive da própria lei, aos princípios e preceitos da Carta Magna. Distintamente, na *ação direta*, a declaração de inconstitucionalidade é feita de modo *principal*, pois é o seu objeto, sempre adstrita ao *quorum* mínimo previsto (CF, art. 97).

A atual conformação do instituto resulta de uma evolução, pois ela já existia nos ordenamentos constitucionais anteriores a 1969, embora restrito ao procedimento posto para a execução da *intervenção federal*, sempre que necessário averigar-se previamente da

inconstitucionalidade de ato estadual em face dos *princípios constitucionais sensíveis* (art. 8.º, parágrafo único, da Constituição de 1946). Na Carta de 1969, ela continuou a servir a propósitos semelhantes, funcionando como *conditio juris* para a decretação da intervenção federal (art. 11, § 1.º, c), se não bastasse para manter o império da constitucionalidade, ou a suspensão de execução do ato impugnado pelo Presidente da República (art. 11, § 2.º) ou a suspensão de execução, total ou parcial, de lei ou de decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o que devia ser feito através de um decreto legislativo do Senado Federal.

O controle judiciário *direto* da constitucionalidade, em abstrato, única via, no direito brasileiro para a tutela de *legalidade objetiva* (*lato sensu*) de lei ou ato normativo federal ou estadual, é o meio privilegiado pelo qual o Supremo Tribunal Federal desempenha extensivamente sua elevada competência de guardião da Constituição, e recebeu três ampliações em 1988: quanto à *legitimação ativa*, quanto ao *conceito de inconstitucionalidade* e quanto ao *grau de inconstitucionalidade*.

A *legitimação* para a propositura da ação, até então privativa do Procurador-Geral da República, foi democraticamente estendida a outras entidades representativas da nacionalidade, assim relacionados os aptos a propô-la segundo a Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que alterou, entre outros, o art. 103, *caput*, do corpo principal: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou de Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – o partido político com representação no Congresso Nacional; IX – as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, I a IX).

Quanto ao *conceito de inconstitucionalidade*, antes apenas entendido em seu aspecto *comissivo*, foi estendido à modalidade *omissiva*, que ocorre quando um Poder, que for competente para tornar efetiva uma norma constitucional, deixar de fazê-lo. Observe-se, todavia, que nem toda omissão em dotar a Constituição de normatividade infraconstitucional singularizará uma inconstitucionalidade, pois o Supremo Tribunal Federal deverá *julgar* preliminarmente, se o fato da omissão, em tese, caracteriza uma violação à Constituição; também as opções políticas *reservadas* aos Poderes Legislativo e Judiciário, quanto à oportunidade, conveniência e conteúdo das leis, não poderão ser objeto da demanda.

Declarada a *inconstitucionalidade por comissão*, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, compete privativamente ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de *lei*. Em se tratando de ato normativo sem força de lei, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar, diretamente, ao órgão individual ou coletivo que houver editado a norma fulminada, a sua *desaplicação*.

Declarada a *inconstitucionalidade por omissão* de medida – lei ou ato normativo com força de lei – necessária para tornar efetiva norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal dará *ciência* ao Poder competente para a *adoção das providências necessárias*, mas, em se tratando de órgão administrativo, isto é, os do Poder Executivo, bem como os dos demais

Poderes e órgãos constitucionalmente independentes – aos quais incumbe a administração introversa de seu pessoal, de seus bens e de seus interesses orgânicos – expedirá mandado com prazo de 30 dias para cumpri-lo.

Finalmente, quanto ao grau da *inconstitucionalidade* questionada, a *ação direta de inconstitucionalidade* foi estendida à desconformidade de leis ou de atos normativos estaduais e municipais *em face das Constituições Estaduais*, admitindo-se que cada Estado a institua, vedado, embora, atribuir legitimidade para agir a um único órgão (CF, art. 125, § 2.º).

No caso de inconstitucionalidade de atos normativos dos Poderes municipais, a Justiça dos Estados só poderá cotejá-los com normas da Constituição Estadual. A apreciação de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal ocorrerá apenas *indiretamente*, quando o princípio ou preceito nela existente houver sido repetido nas Constituições Estaduais. Caberá sempre, porém, a aplicação da modalidade de *controle difuso de constitucionalidade*.

Observe-se que não se trata, a rigor, de uma ação do contencioso administrativo, pois inexiste pretensão resistida ou prestação jurisdicional que deva satisfazer uma parte, mas do exercício, sob provação, do exercício de uma específica função *juspolítica* atribuída ao Supremo Tribunal Federal na sua missão de guarda da Constituição.

199.2. Ação declaratória de constitucionalidade

Esta *ação declaratória de constitucionalidade*, de propositura privativa dos mesmos acima legitimados, conforme o rol do art. 103, incisos I a IX, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, destina-se a obter do Supremo Tribunal Federal a declaração *em tese da constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal* (CF, art. 102, I, a).

Nesta nova ação destinada à tutela do *direito objetivo*, sua principal característica está na eficácia “*erga omnes*” e no *efeito vinculante*, atribuído às decisões definitivas de mérito nelas proferidas (CF, art. 102, § 2.º), sobre todos os Poderes e órgãos constitucionalmente independentes de todos os entes da Federação.

A origem desta acrescida *ação constitucional* do direito brasileiro foi a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, cuja intenção era a de eliminar as perplexidades, discrepâncias, delongas e, principalmente, a *insegurança jurídica* – decorrentes da adoção de um sistema judiciário de *quatro instâncias*, sendo, qualquer delas, apta a declarar a inconstitucionalidade nos casos concretos ajuizados, mesmo antes do exame final e definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta ação foi regulada pela Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, definindo, em seu art. 14, a sua admissibilidade, para exame, no Supremo Tribunal Federal, da *constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal*, quando questionado em razão de *controvérsia judicial relevante* sobre sua apreciação.

A condição de admissibilidade, em boa hora expressa constitucionalmente, de deduzir, na inicial da ação, a *controvérsia judicial relevante* que deve motivar a propositura da ação, evita que a Suprema Corte seja provocada como um órgão *consultivo* dos legitimados à sua

propositura (art. 14, inciso III, leg. cit.).

A ação não admite *desistência* (art. 16) nem *intervenção de terceiro* (art. 18) e *providência cautelar* poderá ser concedida (art. 21), com a *suspensão dos processos* que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo, objeto da ação, tendo entendido, o Supremo Tribunal Federal, que a essa liminar também se estende o *efeito vinculante*.

199.3. Conflito de atribuições

A importância deste meio de controle jurisdicional de *conflito de atribuições*, em qualquer sistema, como o brasileiro, de separação de Poderes Orgânicos, é evidente: ocorrendo conflito positivo ou negativo de atribuições, entre autoridades judiciais e administrativas, caberá ao Judiciário, por tratar-se de matéria de direito, dar a última palavra.

O interesse na solução do conflito será, em princípio, de relevante interesse público, razão pela qual ou as autoridades conflitantes ou o Ministério Público poderão suscitá-lo; dá-se, entretanto, que poderá haver um *interesse reflexo* (interesse legítimo) de um administrado na solução, seja para que sua pretensão possa ser *efetivamente apreciada*, se ocorrer conflito negativo, seja para que possa ser *legitimamente apreciada*, se ocorrer conflito positivo.

O processo está regulado, basicamente, no art. 124 do Código de Processo Civil, tendo ficado a cargo dos tribunais originalmente competentes para o processo, regulá-los em seus respectivos *regimentos internos*. No Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, f), a matéria está atualmente disciplinada nos arts. 168 a 173 do Regimento desta Corte.

199.4. Ação civil pública

Esta medida especial – a *ação civil pública* – que veio ao encontro de insistente reivindicação da doutrina em favor de maior abrangência na tutela de interesses difusos e coletivos, destina-se à proteção do *meio ambiente*, do *consumidor* e dos *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*, por *infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística*. A novidade está na elevação da ação ao assento constitucional em 1988 (art. 129, III).

Seu objeto poderá ser tanto a condenação em dinheiro como a cominação judiciária de uma obrigação de fazer ou deixar de fazer, admitindo-se o ajuizamento de *ação cautelar*, para prevenir a ocorrência de dano ou, com o mesmo efeito, a concessão de mandado liminar contra o responsável pelo dano, para que o cesse ou, ante uma ameaça, para não consumá-la.

Essa ação, cuja normatividade infraconstitucional se encontra na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inova substancialmente em termos de legitimação ativa, admitindo como autores, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações civis em geral, sendo que as autarquias e as pessoas de direito privado deverão estar *constituídas há pelo menos um ano* e incluam, entre suas finalidades institucionais, a *específica proteção dos valores mencionados*.

O dispositivo constitucional referido cria, ainda, um processo administrativo especial – o *inquérito civil* – que deverá ser aberto e conduzido pelo Ministério Público com vistas a instruir a consequente ação civil pública, sempre que julgar necessário.

199.5. Redação para preservação de competência e garantia da autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Por esta medida especialíssima introduzida pela Constituição de 1988, tanto o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *l*) quanto o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*) poderão exercer diretamente a guarda da autoridade de suas decisões – e nela se compreendem as garantias da execução e da inviolabilidade de seus julgados.

A Lei n.^o 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas para recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, disciplina este processo reclamatório.

199.6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal

Esta especialíssima medida, de competência exclusiva da Suprema Corte, com assento no art. 102, § 1.^º, da Constituição – a *arguição de descumprimento de preceito fundamental de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal* – tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, com a definição inconstitucional que lhe deu o art. 1.^º da Lei n.^o 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O mesmo dispositivo legal estende a arguição de descumprimento de preceito fundamental a leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, mesmo os anteriores à Constituição (art. 1.^º, parágrafo único).

Os legitimados para propor a *arguição* são os mesmos relacionados nos nove incisos do art. 103, da Constituição, que podem propor ação de inconstitucionalidade (art. 2.^º, I), facultado ao interessado, mediante *representação*, solicitar ao Procurador-Geral da República que a proponha.

Teoricamente, tal como está regulada, esta ação representaria um grave acúmulo de processos no, já congestionado, Supremo Tribunal Federal; há, todavia, condições que podem reduzir significativamente esse risco, como a exigência de não existir outro meio eficaz para sanar a lesividade (art. 4.^º, § 1.^º) e a apreciação discricionária, que se permite adotar quanto à *relevância* da controvérsia judicial subjacente, que deverá ser apontada e comprovada na inicial (art. 4.^º, *caput*).

Confirma esta Lei, portanto, quanto à *natureza jurídica* do requisito de *relevância*, agora em sede positiva, tratar-se da abertura de uma *opção discricionária*, que admite a *solução ponderada*, excluindo, portanto, a que nela pretenderia encontrar um *conceito jurídico indeterminado*, pois que só admitiria uma *solução radical*.

A *arguição* admite concessão de medida *liminar*, por decisão da maioria dos membros

todos do Supremo Tribunal Federal (art. 5.º, *caput*), que, em caso de extrema urgência, de lesão grave ou em período de recesso, poderá ser concedida, *ad referendum*, pelo Ministro relator.

Essa liminar poderá consistir na suspensão de andamento de processo ou de efeitos de decisão judiciária ou de qualquer outra medida, salvo se decorrentes de *coisa julgada* (art. 5.º, § 3.º).

A decisão, transitada em julgado, terá *efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3.º) e não poderá ser objeto de ação rescisória (art. 12).

199.7. Redação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu a *súmula vinculante*, que atribui efeitos especiais a decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas por dois terços de seus membros, com interpretações reiteradas da Corte ou sobre normas determinadas e controvérsias entre órgãos judiciais e a administração pública, que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (CF, art. 103-A e seu § 1.º).

Assim, do *ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável* editada ou do *que indevidamente a aplicar*, caberá manifestar esta reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, *anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada* e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da Súmula invocada, conforme o caso (CF, art. 103-A, § 3.º).

199.8. Ação de improbidade administrativa

São considerados *atos de improbidade* os praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ficando a eles equiparados, para efeitos legais, os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 1.º e parágrafo único).

Importam, nesta ação, dois aspectos básicos: a *caracterização do ato de improbidade* e a *responsabilização do agente*.

Quanto à *caracterização*, definem-se três espécies de atos de improbidade: os que *importam em enriquecimento ilícito*, os que *causam prejuízo ao erário* e os que *atentam contra princípios da administração pública*.

São *atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito* aqueles em que

seu agente aufere qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades acima mencionadas, importando em *enriquecimento ilícito*, conforme onze tipificações exemplificativas oferecidas em lista aberta (leg. cit., art. 9º).

São atos de *improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário* os que em razão de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, causam lesão ao erário em razão de perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das acima mencionadas, conforme quinze tipificações exemplificativas oferecidas em lista aberta (leg. cit., art. 10).

São atos de *improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública* os que atentam contra os princípios da administração pública e qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, conforme sete tipificações exemplificativas oferecidas em lista aberta (leg. cit., art. 11).

Quanto à *responsabilização* do agente indiciado pela prática de atos de improbidade administrativa, se fará por um *processo administrativo preparatório*, a que se seguirá um *processo judicial*. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, com a designação de *comissão* competente e instauração de *processo administrativo*, no qual, se encontrados fundados *indícios de responsabilidade*, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para requerer ao juízo competente a decretação do *sequestro* dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. A *ação judicial*, que seguirá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela Procuradoria da pessoa jurídica processante, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar, devendo nela atuar o Ministério Público, se não intervir no processo como parte, na qualidade de *custos legis*, sob pena de nulidade.

A Lei instituidora, entre outras disposições, institui as *penas* aplicáveis, o dever funcional e *declaração de bens*, a *vedação de acordo ou conciliação*, o *afastamento preventivo* do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual, e a *prescrição da ação de improbidade administrativa*, em cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (leg. cit., art. 23).

200. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Uma vez *exequível* uma decisão judiciária contra a Administração, o cumprimento do arresto não só se torna uma necessária satisfação do direito subjetivo do administrado reconhecido, como um desafio ao normal funcionamento do sistema de controle de

legalidade adotado e, em última análise, ao próprio regime de *Estado Democrático de Direito*.

O poder jurídico constituído para a parte vencedora – de *executar uma decisão proferida*, em satisfação de um direito subjetivo reconhecido – consiste, assim, em um novo direito subjetivo público, distinto e derivado do que foi anteriormente exercido, de acionar o mecanismo jurisdicional do Estado para suscitar a decisão solucionadora de um conflito de interesses.

Este tema, da execução de sentença contra a Administração, deve merecer, primeiramente, o exame das modalidades em que se possa apresentar a satisfação desse direito subjetivo público derivado: *in specie* ou *in natura*.

A execução *in specie* contra o Estado tem, como já se expôs, uma solução constitucional no instituto do *precatório*, através do qual o Poder Judiciário tem à sua disposição, nos orçamentos dos entes de direito público que forem sucumbentes, créditos orçamentários necessários para perfazer os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária (CF, art. 100). Caberá, apenas, ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda, determinar o pagamento, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à custa e dentro da possibilidade dos respectivos créditos do orçamento.

Qualquer violação da ordem cronológica dos pagamentos autorizará o credor preterido a solicitar ao Presidente da Corte, ouvido o Ministério Público, o *sequestro* da quantia necessária à satisfação do débito (arts. 730 e 731, CPC), sendo que os precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia terão sua ordem cronológica própria, distinta e preferencial.

A Constituição dispensa a expedição de precatórios em caso de pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, que a Fazenda Pública deverá fazer, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 100, § 3.º).

Quanto à execução *in natura*, se for de *dar coisa certa*, o Judiciário poderá requisitar a força pública para compelir quem a detenha ao cumprimento; se for de *fazer*, a ordem será expedida sempre sob as penas de lei, isto é, importando em sanções administrativas civis e penais para quem não a cumprir.

A primeira forma de execução, a que se faz *in specie*, é também a genérica, pois todas as demais, uma vez que se tornarem impossíveis, nela se resolvem, admitindo prestação pecuniária sub-rogada, como, por exemplo, quando pereça o objeto que deveria ser entregue pela Administração por força de sentença judiciária.

Problema mais complexo surge ao se considerarem hipóteses de *inexecução* de julgados contra a Administração.

Com efeito, quando qualquer ordem judicial é expedida contra a Administração, tem ela, em tese, quatro alternativas: 1 – cumpri-la; 2 – cumpri-la em parte; 3 – cumpri-la falsamente; e 4 – descumpri-la. Óbvio que só a primeira se constituirá na execução, pois as demais alternativas seriam, em suma, *inexecução*.

A doutrina aponta, entretanto, duas hipóteses de afastamento da *injuridicidade* em caso de *inexecução*: a *impossibilidade* e o *grave perigo para o interesse público*. Vejamos como tais hipóteses são tratadas no sistema jurídico brasileiro.

Quanto à *impossibilidade*, não oferece problema, já que qualquer execução *in natura*, que

se apresente *fisicamente inviável*, é conversível em *execução pecuniária* (arts. 633 e 634, CPC), tudo se processando sem qualquer sacrifício da *juridicidade*.

Quanto ao grave perigo para o interesse público, este se desdobra, todavia, em duas alternativas teóricas quanto à juridicidade da inexecução. Desde logo, em princípio, não existindo *impossibilidade*, o descumprimento da ordem judiciária configuraria um *ilícito penal*, mesmo partindo da mais alta autoridade administrativa, o próprio Presidente da República, que tipificaria *crime de responsabilidade* (CF, art. 85, VII).

Mas, por outro lado, admitindo que existam *interesses públicos, legitimamente protegidos*, que poderiam ser *gravemente prejudicados* por uma execução *in natura*, a solução já escaparia à lógica do racional, em que se opera por simples *subsumção* de normas, para demandar o emprego de uma lógica do razoável, pela qual se opera por *ponderação* de valores e de interesses em jogo.

Considere-se, assim, à guisa de exemplo nessa última linha de ideias, uma situação que poderia ocorrer se o Poder Executivo da União houvesse de executar uma decisão judiciária *in natura* que efetivamente viesse a pôr em grave e irredutível perigo *interesses públicos de altíssima relevância e constitucionalmente protegidos, até como garantia de outros interesses importantíssimos*, como, para dar exemplos, entre outros, aqueles que foram expressamente definidos no art. 85 da Carta: a *existência da União ou a segurança interna do País*.

Nessa situação, confrontado entre deveres que exprimem altos valores constitucionalizados, o Presidente da República se encontraria ante o dilema de *cometer um crime de responsabilidade por descumprimento de decisão judiciária* (livre exercício de um Poder soberano – (CF, art. 85, VII) ou de *cometer o mesmo crime, por colocar em risco a existência da União ou a segurança interna do País* (CF, art. 85, I e IV).

O dilema obviamente exige solução, pois a ordem jurídica é una e a *juridicidade* se conforma pela conjugação da legalidade, da legitimidade e da licitude do agir, sendo certo que o Brasil, como um *Estado Democrático de Direito*, garante a *coexistência daqueles valores, bem como de outros que lhes são implícitos*, já que todos estão igualmente sob a expressa proteção constitucional.

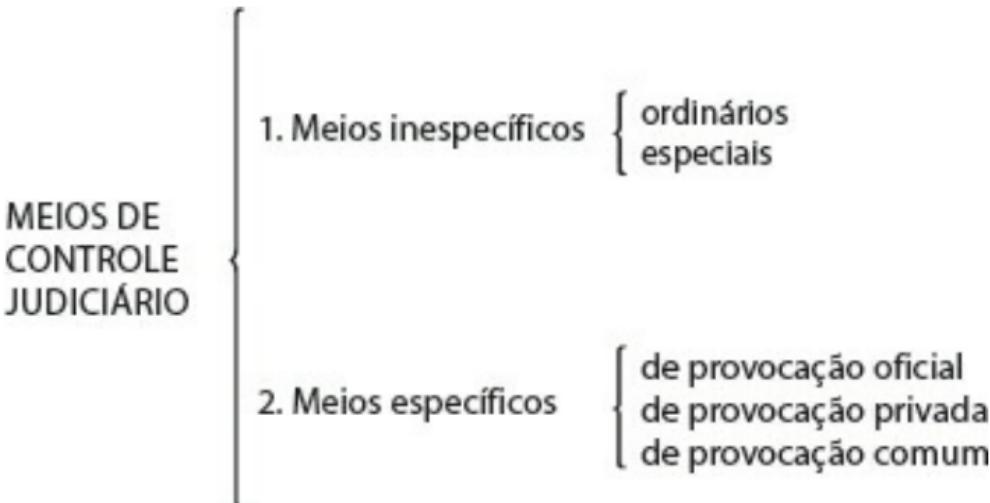
Assim, se o Presidente da República, por decisão motivada, pela *ponderação de valores e de interesses* em conflito, se convencer *justificadamente* de que o cumprimento *in natura* de determinada ordem judiciária acarretará maiores prejuízos para a sociedade e para o Estado que a sua inexecução, terá tomado uma decisão em *estado de necessidade*, equiparável à *impossibilidade jurídica*, pois, milenarmente, ao brocardo *fiat justitia, pereat mundo* responde-se, com Cícero: *summum ius, summa iniuria*.

Não obstante, ainda assim, essa *decisão ponderada e motivada* do Presidente da República poderá não ser a palavra derradeira na ordem jurídica vigente, pois, no sistema de freios e de contrapesos da Constituição, caberá a *última palavra* não mais ao *Poder Judiciário*, cuja decisão transitada em julgado se está executando; tampouco ela caberá ao *Poder Executivo*, que decidiu não cumpri-la, mas se transferirá ao *Poder Legislativo*, como instância competente para, eventualmente, *julgar* esse ato presidencial em devido *processo de crime de responsabilidade*, no qual terá plena competência para emitir, neste caso, uma *decisão*

terminativa e soberana, não apenas quanto aos aspectos de *legalidade de uma decisão presidencial pela inexecução da ordem judicial*, mas, também quanto aos aspectos de *legitimidade*, o que demandará uma elevada *apreciação política do ato*, pela Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I) e pelo Senado Federal (CF, art. 52, I).

Se, ao cabo desse *devido processo constitucional* previsto, uma vez realizado o *julgamento político*, aceitar-se a decisão presidencial como *legítima*, ficará assimilada a hipótese em causa, d e grave e irredutível perigo para o interesse público à de *impossibilidade jurídica*, e, em consequência, uma inexecução *in natura* se legitimará, convertendo-se a satisfação em causa na modalidade universal de *execução em quantia certa* (v. quadro XXIX).

QUADRO XXIX – CONTROLE JUDICIÁRIO



(os números referem-se às páginas)

A

- A. Revilla Quesada 60
A. von Kirchenheim 54
Aarão Reis 61
Ada Pellegrini Grinover 63
Adilson Abreu Dallari 63
Adolf Merkel 58
Adolf Merkl 44, 85
Affonso Quaranta 55
Afonso Arinos 641
Afonso Tesauro 55
Agustín A. Gordillo 59
Agustín Gordillo 88
Albert Venn Dicey 57
Alcides Cruz 61
Alcides Greca 58
Aldo M. Sandulli 55
Alexandre François Auguste Vivien 53
Alexis de Tocqueville 607
Alfred Bochalli 54
Alice Gonzales Borges 63
Allan Rand Brewer Carias 60
Álvaro Lazzarini 63
Amílcar de Araújo Falcão 62
André de Buttgenbach 58
André de Laubadère 45, 53
André Grisel 58
André Mast 58

André Serra Rojas 59

Anselme Polycarpe Batbie 53

Antonio C. Puchetti 168

Antonio Carlos Cintra do Amaral 63

Antônio Joaquim Ribas 61

Antonio José Brandão 103

Antonio Lopes Guimarães Pedrosa 57

Armando de Oliveira Marinho 62

Arnaldo de Valles 55

Arturo Lentini 42, 55

Augusto Olympio Viveiros de Castro 61

B

Barão de Gérando 52, 53

Bartolomé Fiorini 59

Benjamin Villegas Basavilbaso 44, 59

Bernard Schwartz 58

Bodo von Dennewitz 54

Byse 58

C

C. F. Ferraris 55

C. Gandilhon 54

C. Garcia Oviedo 56

C. Harlow-R. Rawlings 57

C. S. Zachariae 438

Caio Tácito 19, 62, 437, 469, 604

Capacioli 55

Carl Diekmann 54

Carlos Ari Sundfeld 63

Carlos Ayres de Brito 63

Carlos Pinto Coelho Mota 63
Carlos Pinto Coelho Motta 62
Carlos Porto Carreiro 61
Carlos Schimdt de Barros Júnior 62
Cármem Lúcia Antunes Rocha 63
Carré de Malberg 18, 22
Celso Antonio Bandeira de Mello 62
Celso de Magalhães 62
Celso Ribeiro Bastos 62
Cerulli Irelli 55
Charles Debbasch 53
Charles Jean Bonin 52
Christan Kötingen 54
Cino Vitta 55, 227
Clémerson Merlin Clève 63
Cooley 141
Cormenin 53
Costantino Mortati 55
Cyr Cambier 58

D

D. D. Barry 58
D. Foulkes 57
Daniel Antokoletz 58
De Gioannis Gianquinto 55
De Souza Pinto 57
Diógenes Gasparini 62, 63
Diogo de Figueiredo Moreira Neto 62
Diogo Freitas do Amaral 57
Djacir Menezes 62

E

E. Martínez-Useros 56
E. Silva Cimma 59
Edgard Lönig 54
Edimur Ferreira de Faria 62
Eduardo García de Enterría 32, 636
Eduardo García de Enterría 52, 56, 142
Egon Von Turegg 54
Émile Masseux Victor Foucart 53
Enrico Presutti 55
Enrique Sayagués Laso 60
Erimá Carneiro 282
Ernest Renan 3
Ernst Freund 58
Eros Grau 63
Eurico de Andrade Azevedo 63
Eurico Sodré 63

F

F. Benvenuti 55
Fernando Oliveira Teixeira 63
Fábio Luz Filho 596
Fábio Medina Osório 63, 91
Federico Cammeo 55
Felix Sarria 59
fenômeno 145
fenômenos jurídicos 145
fenômenos sociais 145
Fernando Garrido Falla 56, 608
Fernando H. Mendes de Almeida 62
F. González Navarro 56
Filippo Satta 55
Floriana Quadros Martins de Oliveira 62

Francesco Carnelutti 21
Francesco D'Alessio 55, 321
Francisco Bilac Pinto 155
Francis-Paul Benoit 53
François Burdeau 53
François Gény 223
Frank 54, 57
Frank J. Goodnow 57
Friedrich Giese 54
Friedrich Mayer 54
Fritz Fleiner 54
Fritz Ossenbuhl 54
Furtado de Mendonça 61

G

G. Miele 55
Gabino Fraga 59
Gabriel Dufour 53
Garcia Oviedo 56
Gascón y Marín 44, 56, 72
Gaston Bardet 563
Gaston Jèze 43, 53, 54, 155, 169, 172, 301, 469
Gellhorn 58
Georg Jellinek 3, 33, 34
Georg Meyer-Dochow 54
George Mayer 54
Georges Dupuis 53
Georges Langrod 143
Georges Vedel 53
Georges-Henri Noël 564
Gian Domenico Romagnosi 55
Giese-Neuwien-Cahn 54

Giuseppe Chiovenda 20, 638

Giuseppe Tarello 453

Greffith & Street 57

Gudesteu Pires 665

Guido Falzone 115

Guido Zanobini 22, 42, 55, 207, 208, 227, 289

Guimarães Menegale 61

Gustavo Adolfo Revidali 56

Guy Braibant 53, 608

Guy Debeyre 53

H

H. R. Whitcomb 58

H. U. Erichsen 54

H. W. R. Wade 57, 609

Hans Julius Wolff 55

Hans Kelsen 58

Hans Peter Bull 55

Hans Peters 54

Hartmut Maurer 22, 46, 55, 128, 285

Heiko Faber 55

Heinrich Stoll 108

Helita Barreira Custódio 63

Hely Lopes Meirelles 44, 62, 89, 102, 156, 160, 161, 172, 211, 269, 292, 308, 323, 378,
416, 564, 669

Henri Berthélémy 43, 53

Henrique de Carvalho Simas 62

I

I. von Münch 55

Ivan Antonio Irribarren 59

Ivan Barbosa Rigolin 63

- J. A. de Smith 57
J. A. Garcia-Trevijano 56
J. A. Pratt 60
J. F. Garner 57
J. H. Meirelles Teixeira 62
J. H.-N. de Fooz 58
J. Hart 57
J. Jowell-D. Oliver 57
J. L. Klüber 53
J. Olivera Toro 59
Jacqueline Morand-Deviller 53
Jacques Moreau 53
Jaime Vidal Perdomo 59
Jean Rivero 53, 84, 605
Jean-Claude Venezia 53
Jean-Marie Auby 53
Jean-Pierre Dubois 53
Jebens 54
Jessé Torres Pereira Júnior 63
João Tello de Magalhães Collaço 57
John A. Fairlie 57
John Dewey 108
John Locke 52
John M. Mathews 57
José Afonso da Silva 63
José Antônio Pimenta Bueno 60
José Bermejo Veras 56
José Canasi 59
José Cretella Júnior 44, 62, 102, 111, 224, 488
José dos Santos Carvalho Filho 62, 63
José Luis Villar Palasi 56

José M. Borquera Oliver 56
José María Morilla 59
José Mattos de Vasconcellos 61
José Nilo de Castro 63
José Roberto Dromi 59
José Rodrigues Valle 62
José Rubino de Oliveira 61
Joseph-Marie 52
Juan Alfonso Santamaría Pastor 56
Juan Carlos Cassagne 16, 59
Juan Modesto Ruiz y Gomes 59
Juarez Freitas 63, 117
Julien Laferrière 53
Julio Scantimburgo 62
Julius Hatschek 54
Justino Antonio de Freitas 57

K

Kenneth Culp Davis 58
Konrad Bornhak 54

L

Laforet 54
Lancis y Sanchez 59
Laudêmio 391
Léon Aucoc 53
Léon Duguit 20, 43, 86, 169, 469
Leon Frejda Szklarowsky 63
Leonard D. White 57
Lorenz von Stein 54
Lorenzo Meucci 42, 55
Louis Antoine Macarel 53

Louis Trotabas 53
Lucas Garcez 211
Lúcia Valle Figueiredo 62, 63
Luciano Benévolo de Andrade 62
Lucio V. Lopez 58
Ludwig Adamovich 58
Luigi Galateria 56
Luigi Raggi 20, 55
Luis Cosculluela Montaner 56
Luiz Alberto Blanchet 63
Luiz de Castro Neto 62
Luiz Delgado 62
Luiz Machado Guimarães 159

M

M. P. Oliveira Santos 61
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho 62, 63, 103, 148, 673
Manoel Gonçalves Ferreira Filho 257
Manoel Ribeiro 62
Manuel Colmeiro 56
Manuel Cruzado 59
Manuel Jara Cristi 59
Manuel Maria Díez 59, 155
Marçal Justen Filho 62, 63
Marcel Waline 53
Marcelo Caetano 18, 43, 57, 111, 158, 273, 382, 385, 437
Márcio Cammarosano 63
Marcos Juruena Villela Souto 63, 205, 206, 307, 475
Maria Sylvia Zanella di Pietro 62
Marie-José Guédon 53
Mário Masagão 44, 61, 165
Massimo Severo Giannini 12, 55

Massimo Stipo 56
Maurice Capart 58
Maurice Duverger 87, 633
Maurice Hauriou 53, 103, 321
Maurice Vauthier 58
Max Boucard 54
Max Rümelin 108
Mellado 56
Michel Stassinopoulos 58
Miguel Acosta Romero 59
Miguel Reale 63, 578, 641
Miguel Seabra Fagundes 61, 169, 224, 636, 657, 663
Montesquieu 52, 607

N

N. Achterberg 54
Nailé Russomano de Mendonça Lima 62
Napoleão Bonaparte 52
Nelson Schiesari 62
Nicola Matteucci 376
Norberto Bobbio 13, 70, 453

O

O. Hood Phillips 57
O. Orban 58
Odete Medauar 12, 62, 63, 314
Oliver Wendell Holmes 108
Onofre Mendes Júnior 62
Ortega y Gasset 108
Oscar de Oliveira 62
Osvaldo Aranha Bandeira de Mello 62
Otto Bachof 54, 55, 262

Otto Gierke 12, 18, 206

Otto Mayer 22, 43, 44, 45, 54, 99, 301, 321, 437, 438, 443, 481

Otto Sarwey 54

P

P. Gasparri 55

P. Jackson 57

Papa Pio XI 93

Patrício Aylwin Azócar 59

Paul Duez 43, 53

Paul Errera 58

Paul Laband 19, 34, 54

Paulino Jacques 34

Paulo Affonso Leme Machado 63

Paulo Modesto 63

Paulo Neves de Carvalho 63

Paz Soldán 59

Pedro Lessa 665

Pedro M. Carreño 59

Pedro Paulo de Almeida Dutra 63

Petrônio Braz 62

Philipp Heck 108

Piero Bodda 55

Pierre Devolvé 53

Pietro Virga 56

Pontes de Miranda 392, 410, 675

Port 57

Posada de Herrera 56

Prudêncio Geraldes Tavares da Veiga Cabral 61

R

R. Stewart 58

Rafael Bielsa 43, 58, 320, 349, 416

Rafael Entrena Cuesta 56

Raffaele Resta 115

Ramiro Borja y Borja 60

Ramón Ferreyra 58

Ramón Martín Mateo 56

Ramón Parada 56

Raul Armando Mendes 63

Regina Maria Macedo Nery Ferrari 63

Renato Alessi 55

René Chapus 53, 470

René Foignet 53

Robert Ducos-Ader 53

Robert Nebinger 54

Roberto Lucifredi 55, 148

Rocco Galli 56

Rodolfo Bullrich 58

Roger Bonnard 53

Rolf Stober 55

Romeu Felipe Bacelar Filho 63

Rosah Russomano 62

Roy Reis Friede 63

Rudolf Gneist 54

Rudolf Herrnritt 58

Rudolf von Ihering 5, 33, 247

Rui Barbosa 633

Ruy Cirne Lima 44, 61

S

S. Dreyer 58

Sabino Álvarez-Gendin 56

Sabino Cassese 56

Santi Romano 55, 281

Santiago González Varas 57

Sérgio de Andréa Ferreira 62

Sérgio Ferraz 63

Silvio Lessona 55

Sonia Rabello de Castro 63

Spiegel 54

T

Themístocles Brandão Cavalcanti 61

Theodor Maunz 54

Théophile Ducrocq 53

Tito Prates da Fonseca 62

Tomás Polanco 60

Tomás Ramón Fernandez 56

Toribio Alayza 59

Toshio Mukai 63

U

Ugo Forti 55

Ulpiano 11, 13, 181

Umberto Allegretti 12, 120, 143

Umberto Fragola 55

V

Vicente Greco Filho 63

Vicente Pereira do Rego 60

Victor Nunes Leal 211

Visconde de Cormenin 53

Visconde do Uruguai 61

Vittorio Emmanuele Orlando 55

W

- W. Martens 54
Walter Antonioli 58
Walter Campaz 63
Walter Jellinek 54
Walter Lippmann 273
Weida Zancaner 63
Wilhelm Dilthey 76, 108
Wilhelm Jebens 54
Wilhelm Laforet 54
Wilhelm Merk 54
William A. Robson 15, 57
William Bennett Munro 57
William F. Willoughby 57

Y

- Yara Darci Police Monteiro 63
Yorodzu Oda 60
Yves Gaudemet 53

Z

- Zairo Lara Filho 62

(os números referem-se às páginas)

A

- abandono 430
absolutismo 46, 52, 133, 141, 437, 649
abstração 20
abuso de autoridade 358, 359, 360, 364, 651
abuso de competência 223
abuso de poder 224, 364, 663, 664, 666, 667, 669
abuso do poder econômico 130, 524, 533
ação civil pública 216, 264, 562, 655, 676, 680
ação declaratória de constitucionalidade 265, 640, 655, 676, 678
ação de consignação em pagamento 654, 657
ação de declaração de inconstitucionalidade 265
ação de desapropriação 537, 654, 659
ação de dissolução de sociedades ilícitas 655, 661
ação de intervenção de defesa econômica 655
ação de nunciação de obra nova 576, 654, 657
ação de renda e indenização por trabalhos de pesquisa mineral 655, 662
ação direta de inconstitucionalidade 265, 640, 655, 677, 678
ação discriminatória 393, 655, 661
ação executiva fiscal 658
ação impeditiva 189
ação ordinária 654, 655
ação penal 654, 656
Ação penal privada subsidiária 676
ação popular 152, 222, 645, 655, 671, 672, 673
acessão 384, 500
acesso 343
ações pessoais contra a Fazenda Pública 242

acordo 9
acordo de leniência 217
Acordo de Leniência 104
acordo de programa 36, 195, 208, 211, 212, 236, 479, 532
acordos 148, 182, 196
acordos de programa 36, 311, 312, 387, 493
Acordos de programa 391
acordos não contratuais 182, 208
acordos substitutivos 96, 178, 216, 217
acordo substitutivo 208, 211, 215, 216, 217
acrescidos de marinha 394
acréscimos pecuniários 334
açudagem 401
acumulação remunerada 332, 372
adequabilidade 109
adestinação 404
adicional 340, 351, 368
adicional 326
adjudicação 203, 568
administração 123
administração associada 270, 274, 297, 300, 304, 305, 306, 307, 605, 609
administração associada extraestatal 299
administração associada paraestatal 297, 298
administração burocrática 133
administração consensual 578
administração da justiça 129
administração direta 128, 211, 269, 270, 274, 280, 281, 354
Administração direta 318, 330, 339
Administração Direta 493
Administração do Distrito Federal 277
administração do processo eleitoral 28
administração eficiente 143
Administração Estadual 276

administração extroversa 128, 138, 615, 622
Administração Federal 275
administração fundacional 284
administração gerencial 133
administração imperativa 578
administração indireta 26, 128, 211, 269, 270, 274, 279, 280, 281, 291, 293, 294, 298
administração indireta por delegação 290
administração introversa 128, 138, 615
administração privada associada 297
administração privada extraestatal 297
administração pública 89, 94, 115, 123, 126, 127, 128, 133, 139, 140, 141, 161, 178, 219, 270, 271, 281, 293, 294, 295, 306, 307, 385, 494, 622
Administração Pública 123, 128, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 156, 173, 179, 189, 193, 194, 196, 197, 206, 230, 239, 242, 253, 283, 297, 302, 305, 306, 309, 311, 313, 319, 323, 445, 491, 615, 631
administração pública extroversa 129, 615, 635
administração pública introversa 129, 131, 615
Administração Pública Municipal 277
administrativa de polícia 445
Administrativo da Educação 544
admissão 481
Admissões 174
admoestação 176
advocacia administrativa 356
advocacia da sociedade 29
advocacia de Estado 29
Advocacia de Estado 72, 160, 175
advocacia dos hipossuficientes 29
Advocacia-Geral da União 644
advocacia privada 29, 654
advocacia pública 28, 29
Advocacia Pública 335
Advocacias Públicas 104

Advogados-Gerais 645
aeródromos 404
aeronauta 451
Aeronáutica 368, 632
aeroportos 204, 404
afastamento 343
afastamento da licitação 200, 201
afastamento frontal 571
afastamento-pena 288
afetação 295, 382, 383, 397, 425
aforamento público 387, 390
Agência de Água Irrigação e Saneamento do Estado da Paraíba AAGISA 286
Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia AGERBA 286
Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso AGER 286
Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul AGERGS 286
Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos ARCON 286
Agência Estadual de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro ASEP 494
agência executiva 286
Agência Nacional da Aviação Civil ANAC 404
Agência Nacional de Águas ANA 494
Agência Nacional de Águas e Energia Elétrica ANEEL 504
Agência Nacional de Aviação Civil ANAC 286, 494
Agência Nacional de Cinema ANCINE 286
Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL 217, 286, 493
Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ANP 493
Agência Nacional de Saúde ANS 217
Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS 286
Agência Nacional de Saúde Suplementar ANSS 523
Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL 286, 493
Agência Nacional de Transporte Aquaviários ANTAQ 286, 493
Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ 217

Agência Nacional de Transportes Terrestres ANTT 217, 286
Agência Nacional de Transporte Terrestre ANTT 493
Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVS 286
Agência Nacional do Cinema ANCINE 494
Agência Nacional do Petróleo ANP 530
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ANP 286
Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará 286
Agência Reguladora Municipal de Serviços Públicos Concedidos, Subconcedidos ou Permitidos de Petrópolis AMSEP 286
agências governamentais autônomas 493
agências reguladoras 137, 282, 286, 492, 494
agências reguladoras independentes 173
agente 149
agente de fato 319
agente necessário 319
agente público 318, 609, 673
agente putativo 319
agentes 318, 341
agentes administrativos 318, 616
agentes de fato 319
agentes políticos 199, 318, 328, 330, 359, 362, 615
agentes públicos 196
aglomerações urbanas 36, 274, 308, 476, 585
agregado 366
águas 398, 562
águas comuns 377, 400, 401
águas externas 399, 400
águas internas 399, 400, 401
águas minerais 401, 502
águas particulares 399, 402
águas pluviais 377, 401, 402
águas públicas 398, 399, 401, 402, 403
águas públicas de uso comum 401

águas públicas dominicais 401
águas subterrâneas 401, 402, 502
águas superficiais ou subterrâneas 380, 398
ajustamento de conduta 208
ajustes 148, 182, 196, 208, 300
Alemanha 53
alienação 193, 381, 383
alienação de bens 132
alienação de bens públicos 194, 383, 384, 385
alienação dos bens imóveis 383
alienação e concessão de terras públicas 595
alinhamento 571
alterabilidade 230
alterabilidade do conteúdo político de um ato 151
alteração qualitativa da eficácia 226
alteração quantitativa de eficácia 226
alto-mar 400
alvará de autorização 441
alvará de autorização de pesquisa 662
alvará de licença 441
álveo abandonado 385, 402
álveo dos rios 402
AMAE Agência Reguladora do Município de Joinville 286
ambiente natural 560
ambiente urbano 560
ameaça a direito 231, 248, 260, 263
ampla defesa 97, 177, 313, 340, 349, 360, 361, 427, 630
ampliação do objeto 226
analogia 121
analogia juris 122
analogia legis 122
anistia 25
anulabilidade 222, 228, 232, 235

anulação 186, 201, 204, 221, 222, 227, 228, 231, 232, 235, 255, 260, 489
Anulação 226, 489
anulação da incorporação 369
Aplicação dos princípios jurídicos 80
aposentadoria 335, 349
Aposentadoria 348
aposentadoria compulsória 336
aposentadoria especial 555
aposentadoria por invalidez 555
aposentadoria por tempo de serviço 555
aposentadoria por velhice 555
aposentadoria voluntária 336
aposentados 333
aproveitamento 342, 346
arbitragem 107
arbitramento 9, 491
arbitrariiedade 106
Argentina 58
arguição de descumprimento de preceito fundamental 677, 680
arrendamento de instalações portuárias 478
arrendamento operacional 300
arrendamento portuário 300, 308
arrendatários de instalações portuárias 304
arrendatários operacionais 305
arrimo 571
arruamento 571
articulação procedimental 168
ascensão 342, 343, 348
assiduidade 354
assistência jurídica 558
assistência social 131, 298, 313, 541, 542, 550, 552, 553, 555, 556, 557, 558, 590, 591, 605, 611
Assistência Social 554

associação 299
Associação das Pioneiras Sociais APS 558
associação sindical 337
associações beneméritas 315
associações civis 315
associações de bombeiros voluntários 315
associações de moradores 311, 314
associações profissionais 311, 314
Atestados 174
atividade administrativa 50
atividade administrativa controlada 248
atividade administrativa pública 126, 229, 470
atividade assistencial 556
atividade comunicada 310
atividade de administração 22
atividade de governo 22
atividade de polícia 499
atividade discricionária 125, 225
atividade econômica 528
atividade econômico-financeiro-orçamentária 26
atividade empresarial do Estado 528
atividade empresarial econômica do Estado 527
atividade judiciária 44
atividade jurídica 574
atividade orçamentário-financeira 132
atividade ordinatória 499
atividade privada 290, 408, 414, 442, 556
atividades abstratas 44
atividades administrativas 21
atividades administrativas impróprias 290
atividades comunicadas 310
atividades concretas 44
atividades de coordenação 162

atividades de interesse público 137
atividades delegadas 298
atividades de subordinação 162
atividades discricionárias 264
atividades econômicas 124, 282, 296, 310, 477, 482, 493, 507, 525, 528, 533, 538, 565, 587, 602, 604
atividades-fim da Administração Pública 128
atividades impróprias 124, 125
atividades introversas 43
atividades juridicamente irrelevantes 127
atividades jurídicas 7, 291
atividades jurídicas do Estado 124
atividades lógicas 260
atividades pesqueiras 512
atividades privadas 462
atividades privadas de interesse público 285
atividades próprias 124
atividades sensíveis 15
atividades sociais 44, 291, 469
atividades sociais de relevante interesse público 312
atividades sociais e econômicas 291
atividades sociais, ou impróprias do Estado 124
atividades volitivas 260
atividade vinculada 125
ato administrativo 106, 150, 151, 153, 157, 164, 176, 221, 269, 300, 311, 321, 387, 494
agente 152
competência 153
forma 152, 153
formalidade 154
Ato administrativo 150
objeto 152
ato administrativo articulado 168

ato administrativo complexo 164, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 217, 231, 234, 235, 236, 269, 270, 287, 311, 312, 313, 387, 414, 479, 607, 610
ato administrativo composto 164
ato administrativo concreto 229
ato administrativo conjunto 164, 206
ato administrativo derivado 241
ato administrativo discricionário 163, 170, 225, 304, 311, 348, 490
ato administrativo incompleto 165
ato administrativo isolado 168
ato administrativo normativo 229
ato administrativo originário 226
ato administrativo perfeito 158
ato administrativo primário 167
ato administrativo secundário 167
ato administrativo simples 164
ato administrativo unilateral 207
ato administrativo vinculado 163, 490, 503, 568, 569
ato coletivo 206
Ato complementar 168
ato complexo 206, 207, 213
ato condição 169, 174, 198, 215, 313
Ato condição 168
ato constitutivo-negativo 231
ato controlador 251
ato de autoridade 292, 664, 666
Ato decisório 168
ato declarativo 611
ato declaratório 227
ato de governo 151, 262
ato de improbidade 361, 682
ato de improbidade administrativa 430
ato de jurisdição 168
ato de reconhecimento 312, 610

ato derivado 251
ato desconstitutivo 230
ato discricionário 170
Ato discricionário 163
ato executório 159, 167, 176
ato heteroexecutório 167
Ato imperfeito 167
ato incompleto 263
ato inexistente 240
Ato intermediário 168
ato irrevogável 170
ato judicial 151
ato judiciário 652
ato jurídico 149, 152, 206
ato jurídico bilateral 149
ato jurídico complexo 215, 216
ato jurídico de impulso 149
ato jurídico unilateral 149
ato jurisdicional 652
ato legislativo 151, 321, 651, 666
ato lesivo 222, 650, 671
Ato lesivo 672
Ato não executório 167
ato negocial 176
ato normativo 262
Ato pendente 167
ato perfeito 158
Ato perfeito 167
ato político 151, 262
ato primário 251
ato principal 167, 168, 490
Ato principal 168
ato processual 177

ato recepção 342
ato regra 169, 172
ato revogável 170
atos 146, 206
atos administrativos 108, 151, 177, 206, 297
credenciamento 311
reconhecimento 311
atos administrativos complexos 206, 209, 297, 300, 311, 391
Atos administrativos complexos 391
Atos administrativos enunciativos 174
atos administrativos especiais 230
atos administrativos gerais 230
atos administrativos negociais 388
Atos administrativos negociais 173
atos administrativos nominados 175
atos administrativos normativos 64, 162
Atos administrativos normativos 172
Atos administrativos ordinatórios 173
atos administrativos precários 308, 494
atos administrativos punitivos 175, 261
Atos administrativos punitivos 175
atos administrativos punitivos extroversos 175
Atos administrativos punitivos extroversos 175
atos administrativos punitivos introversos 175
Atos administrativos punitivos introversos 176
atos anuláveis 166
atos bilaterais 206
atos colegiados 165
atos complexos 148, 206, 211, 214
atos confirmativos 166
atos constitutivos 166
atos continuados 171
atos contratuais 148, 206

atos declarativos 166
atos de concentração 534
atos de gestão 162, 163, 648
atos de improbidade 682
atos de participação política 150
atos de relação 162
atos desconstitutivos 166
atos discricionários 163, 174
atos eficazes 166
atos escritos 171
atos especiais 169
atos gerais 169
atos heterônomos 147
atos ilícitos 146
atos incompletos 165
atos ineficazes 166
atos instantâneos 171
atos integrados 165
atos inválidos 165, 166, 227
atos irretratáveis 170
atos judiciários 150
atos juridicamente irrelevantes 145
atos juridicamente relevantes 145
atos jurídicos 146, 147
atos jurídicos privados 150
atos jurígenos 146
atos jurisdicionais 108
atos legislativos 150
atos modificativos 166
atos negociais 174, 178
atos normativos 264
atos nulos 166
atos pactuais 148

Atos preventivos 175
atos próprios 97
Atos punitivos disciplinares 176
atos punitivos extroversos 176
atos punitivos introversos 176
atos receptícios 174, 310
atos reguladores 217
atos retratáveis 170
atos sanatórios 241
atos sancionatórios extroversos 427
atos sancionatórios introversos 427
atos simbólicos 171
atos subjetivos 173
ato subjetivo 169
atos unilaterais 206
Ato suspendível 167
atos validáveis 166
atos válidos 165, 166
atos verbais 171
atos vinculados 163, 174, 220
ato-união 211
ato vinculado 170, 176
atribuição 322
atribuições 323
atribuições delegáveis 291
atrofia da discricionariedade 618
atuação anulatória 624
atuação confirmatória 624
atuação coordenada da Administração Pública 156
atuação de polícia 538
atuação do Estado no ordenamento econômico 499
Atuação modificatória 624
Atuação revocatória 624

atuação sanatória 624
atuação suspensiva 624
atuações articuladas 168
audiência pública 203
aumento arbitrário dos lucros 524, 533, 660
aumentos em cascata 332
Áustria 58
autarquia 282
Autarquia de fomento público 283
Autarquia de ordenamento social 283
Autarquia de polícia administrativa 283
autarquias 37, 269, 271, 280, 285
autarquias corporativas 287
Autarquias corporativas 284
Autarquias de ordenamento econômico 283
Autarquias de serviços públicos 283
autarquias especiais 283, 493
Autarquias especiais 283
autarquias executivas 285
autarquias fundacionais 284
Autarquias fundacionais 284
autarquias ordinárias 283
Autarquias ordinárias 283
autarquias reguladoras 285
autarquias territoriais 279
Autarquias territoriais 284
autoadministração 33, 34
autocontrole 242, 252, 254, 310, 621, 624, 637, 638
autocontrole de juridicidade 156
autodeterminação 33, 34, 35
autodeterminação juspolítica plena 3
autoexecutoriedade privada 110
autoexecutivo 159, 167, 434

autogoverno 33, 34, 35
autolimitação 185
autolimitação da Administração 185
autonomia 26, 34, 35, 276, 281, 288
autonomia administrativa 136, 181, 182, 271, 273, 274, 275, 279, 295, 302
autonomia administrativa e financeira 27
autonomia da vontade 234, 318, 320, 489
autonomia gerencial 493
autonomia normativa 493
autonomia política 35, 273
autonomia política dos dirigentes 493
autonomia política municipal 277
autonomia político-administrativa 192, 215
autonomia técnico-decional 493
autoridade 156
autoridade coatora 669
autorização 304, 310, 315, 402, 404, 442, 481, 502, 511
Autorização 441
autorização de exploração portuária 308
autorização de pesquisa 417, 502, 662
autorização de serviço público 480
autorização de serviços públicos 301
Autorização de serviços públicos 307
autorização legal 385
autorização portuária 301
autorização vinculada 309
autorizações 308
Autorizações 174
autorizações federais 480
autorizados de serviços públicos 307, 308
autorregulação 447, 605, 606
Autos de infração 175
autotutela 100, 117, 142, 227, 243, 621

auxílio-doença 555
auxílio-funeral 555
auxílio-natalidade 555
auxílio-reclusão 555
avaliação especial de desempenho 338
avaliação externa 546
aviação agrícola 405
Avisos 173
avocação 153
avulsão 385

B

Banco Central 519
Banco Central do Brasil 283
Banco da Amazônia S.A. 598
Banco do Brasil S.A. 517, 598, 602
Banco do Nordeste do Brasil S.A. 517, 598
Banco do Nordeste S.A. 602
Banco Nacional de Crédito Cooperativo 517
Banco Nacional de Crédito Cooperativo, o Banco da Amazônia S.A. 602
Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social 583
Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social BNDES 517, 602
Bélgica 58
bem comum 10
bem dominical 382, 423
bem público 43
bem público de uso comum 382, 402, 403
bens adéspotas 378
bens condicionadamente apropriáveis 377
bens da União 379, 393, 394, 396, 397
Bens da União 394
bens de ninguém 377

bens de uso comum 380
bens de uso especial 380, 382
bens dominicais 380, 383
bens e serviços comuns 201, 202
bens imóveis 194
bens imóveis da União 393
bens inapropriáveis 377
bens móveis 194, 201, 418
bens privados 194, 377, 379, 381
bens públicos 377, 378, 379, 380, 397
bens públicos accidentais 381
bens públicos desafetados 384
bens públicos de uso comum 380, 381, 383
bens públicos de uso especial 381
bens públicos dominicais 381, 383
bens públicos necessários 381
Biblioteca Nacional 592
bilateralidade 188, 483
boa administração 102, 116, 117, 118, 143, 144, 221, 581, 673
boa-administração 100
Boa conduta 356
boa-fé 156, 196, 227, 310, 319
boa-fé dos administrados 118, 128, 170, 319, 331
boa-fé objetiva 82, 96
Bolívia 60
Bolsas de Valores 519, 520
Bornhak 54, 689
Brasil 60
busca do pleno emprego 498

caça 510, 511

caça profissional 511
caducidade 233, 242, 343, 362, 422, 426, 489, 490, 491, 502, 505, 513, 514, 568, 569
Caixa Econômica Federal 517, 602, 604
Câmara dos Deputados 26
câmbio 515, 516, 519
canais de participação cívica 316
capacidade contratual administrativa 184
capital estrangeiro 520, 521, 525
capitalização 516
capital social de empresa jornalística e de radiodifusão 526
características dos atos administrativos 156
cargo 333
cargo eletivo 338
cargo político 330
cargo público 323, 333, 334, 339, 350, 351, 369
cargos 367
cargos acumuláveis 333
cargos eletivos 333
cargos em comissão 328, 333, 335, 348, 349
cargos públicos 323, 326, 333
carreira 323
cartelização 206
caso fortuito 189
cassação 170, 171, 176, 230, 429, 446, 538
Cassação 176
cassação de aposentadoria 176, 358
cassação de disponibilidade 358
cassação expropriatória 574
cassação expropriatória de direitos 230
categorias estipendiais 330
causa 154
cavidades naturais subterrâneas 380, 395, 396, 397

censura 446, 447
certeza jurídica 21
certeza jurídica presumida 21
Certidões 174
certificado de qualificação 313
cessão de uso 387, 388
cessão graciosa de bens e direitos 190
chanfro 571
Chile 59
ciclo de polícia 440
ciclo orçamentário-financeiro 132
cidadania 24, 81, 472, 609, 675, 676
circulares 64
Circulares 173
circunscrições territoriais 398
cláusula de competência constitucional geral 126
cláusula de progresso 473
cláusula geral de competência 249, 257, 260
cláusulas de interesse privado 191
cláusulas de interesse público 191
cláusulas de serviço 484
cláusulas obrigacionais 484
cláusulas privadas 484
cláusulas regulamentares 191
codificação 65
Código de Defesa do Consumidor 538
Códigos de Obras 453, 571
coerência administrativa 82, 100
coisa julgada 670
colaboração 31, 140, 208, 212, 213, 215, 297, 299, 310, 312, 314, 315, 545, 608, 612
colaboração administrativa 311
colaboração participativa 605
colaboração social 605

colidência entre preceitos 80
Colômbia 59
colônias de pescadores 314
Comissão de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior CAPES 590
Comissão de Valores Mobiliários (CVM) 520
Comissão Nacional de Energia Nuclear 532
comissões parlamentares 257, 630, 633
Comissões Parlamentares 632
Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco Codevasf 584
compartilhamento de riscos 301
competência 68, 69, 99, 125, 126, 152, 153, 157, 163, 183, 200, 274
competência administrativa 66, 278, 398, 478, 598, 610
competência administrativa comum 68, 449
competência administrativa exclusiva 67
competência autônoma 177
competência concorrente 65, 131, 182, 418, 506, 514, 544, 561, 564, 592, 627
Competência concorrente 67, 68
competência concorrente limitada 37, 70, 192, 450, 511, 564
competência constitucional para instituir serviços públicos 475
competência da Câmara dos Deputados 26
competência desconstitutiva 231
competência discricionária 227
competência do órgão controlador 252
competência do Senado Federal 26
competência exclusiva 153, 357, 465, 559, 680
Competência exclusiva 66, 67, 68
competência implícita 545
Competência implícita 67
competência legislativa 66, 68, 69, 275, 277, 278, 380, 506, 568
competência legislativa concorrente 67
Competência legislativa da União 66
Competência legislativa do Distrito Federal 68
competência legislativa dos Estados 68

Competência legislativa dos Estados 67
Competência legislativa dos Municípios 68
competência legislativa do trabalho 552
competência legislativa municipal 68
competência legislativa privativa 501
competência legislativa privativa da União 67
competência legislativa remanescente 67
competência legislativa suplementar 67
competência negocial e arbitral do órgão regulador 216
competência para legislar sobre águas 398
competência para legislar sobre contratação 192
competência privativa 26, 65, 215, 312, 450, 516, 544, 545, 611, 627
Competência privativa 67
competência privativa da União 67
competência ratificatória 241
competência reservada 173, 200, 261
Competência reservada 67
competência revocatória implícita 230
competências administrativas 275
competências administrativas comuns 275
competências administrativas constitucionais explícitas 275
competências administrativas explícitas comuns 276, 277, 278
competências administrativas explícitas exclusivas 276
competências administrativas explícitas próprias 277, 278
competências administrativas implícitas 276, 277, 278
competências administrativas privativas 275
competências administrativas próprias 281
competências administrativas remanescentes 276, 277
competências autônomas 69
competências concorrentes 182
competências político-administrativas 182
competência supletiva municipal 278
competição 198

composição do conflito 8
composição jurídica 9
compra 193
compra de bilheterias 306
compras, alienações 182
comprometimento político-partidário 28
compromisso de ajustamento de conduta 216
compromisso de ajuste de conduta 217
compromisso de cessação 217
compromissos 148
comunhão de interesses 148
comutação de pena 25
comutatividade 188, 190, 483
conceito de administração pública 123
conceito jurídico indeterminado 106, 285
conceitos indeterminados 106
conceitos jurídicos indeterminados 23, 262, 263, 477
concentração do poder econômico 497
concertos de administração 208
concessão 193, 213, 304, 305, 402, 404, 474, 481, 483, 485, 486
concessão administrativa 302, 478
concessão de bens públicos 195
concessão de construção e de exploração de autoestradas 482
concessão de direito real de uso 387
concessão de direito real de uso de bem público 389
concessão de lavra 417, 503, 532
concessão de serviço e de obras públicas 478
concessão de serviço público 211, 301, 478
concessão de serviço público precedida da execução de obra pública 495
concessão de serviços públicos 233, 300, 302, 305, 484, 487, 492, 494, 495
concessão de uso 195, 387, 389, 404, 509
concessão de uso de bem público 301
concessão patrocinada 302, 478

concessionário 483
concessões 480, 481
concessões administrativas 301
conciliação 107, 118
concorrência 194, 197, 201, 503
Concorrência 216
concorrência de princípios 80
concorrência desleal 513
concorrência pública 383
concurso 201
concurso de projetos 309
concurso público 27, 327, 338, 340, 343, 344, 345, 347, 371, 545
concurso voluntário 383, 568
concussão 355
Condições de acesso 326
Confederação Nacional da Indústria CNI 591
Confederação Nacional do Comércio CNC 591
confederações 314
conferência de serviços 208, 211
confiança legítima 82, 128, 223, 227
Confiança Legítima 73
confisco 331, 412, 419, 420, 431, 434, 491
Confisco 176
confisco ou perda de bens 429
confisco penal 430
confisco sancionatório 383, 427
conflito 8
conflito de atribuições 655, 676, 679
conflitos de interesses 8, 285, 498
CONFLITOS DE INTERESSES 8
Congresso Nacional 26
Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência CADE 534
Conselho Administrativo de Defesa Econômica Cade 660

Conselho Monetário Nacional 519, 520
Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia 600
Conselho Nacional de Pesquisa 601
Conselho Nacional de Pesquisas CNPq 590
Conselho Nacional de Seguros Privados CNSP 522, 523
conselhos de fiscalização do exercício das profissões 287
Conselhos de política de administração e remuneração de pessoal 325
consensualidade 31, 100, 107, 144
consentimento administrativo 441, 442
consentimento de polícia 310, 440, 441, 443, 448, 574
consórcio 36, 195, 208, 211, 212, 479
consórcios 182, 211, 212, 387
Consórcios 391
consórcios públicos 37, 212, 275, 284, 479
constitucionalização 73
constitucionalização da administração pública 142
constitucionalização do Direito Civil 12
constituição 64
Constituição 127, 638
Constituição Administrativa 143
Constituição do Estado 67, 324, 639
Constituição Federal 65
Constituições Estaduais 65
constrangimento de polícia 443, 461
constrangimento pessoal 428, 439, 462, 663
construções 571
consultoria jurídica 280
contenção dinâmica 245, 247
contenção estática 245
contencioso administrativo 249, 250, 292, 635, 636, 638, 653, 654, 658, 663, 664, 671, 678
contencioso administrativo parajurisdicional 288
contencioso-processual 643

continuidade 100, 111
contraditório 93, 97, 177, 360, 361
contratação em sigilo 206
contratação integrada 205
contratação por tempo indeterminado 196
contratação pública 200
contratados por tempo determinado 318, 370
contrato administrativo 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 195, 198, 203, 207, 209, 210, 231, 232, 233, 234, 270, 300, 301, 318, 387, 389, 483, 484, 489, 491, 503, 607
contrato da Administração 179
contrato de adesão 486, 494
Contrato de alienação 194
Contrato de compra 194
contrato de compra e venda 384
contrato de concessão 484
contrato de franquia 305
contrato de gestão 211, 213, 236, 286, 287, 312, 372, 610
contrato de gestão com organizações sociais 479
Contrato de locação 194
contrato de obra pública 495
Contrato de obras e serviços 193
contrato de risco 479
contrato de trabalho 196, 371
contrato público de arrendamento 304
contrato público de risco 300, 307
contratos 148
contratos administrativos 180, 187, 190, 191, 192, 193, 197, 200, 206, 209, 235, 297
regime jurídico próprio 193
contratos da administração 190
contratos da administração pública 193
contratos de gestão 215, 236, 387
Contratos de gestão 391

contratos típicos 193, 196
contratos unilaterais 188
contribuição de melhoria 426, 488
contribuições 298
contribuições parafiscais 287, 298, 658
contribuições sociais 298
controle 21, 28, 251, 253, 332
controle administrativo 248, 623
controle administrativo de legalidade 622, 623
controle administrativo de legitimidade 621, 623
controle administrativo preventivo 624
controle administrativo repressivo 624
controle anterior 623
controle anulatório 254
controle autárquico 288
controle cautelar 264
controle concentrado 640
controle concomitante 623
controle corretivo 242, 264, 621
controle corretivo cautelar 263
controle da Administração Pública 103
controle da juridicidade subjetiva 253
controle de constitucionalidade 640
controle de correção 254, 255, 259
Controle de correção 256
controle de fiscalização 253, 255, 631
controle de juridicidade 20, 72, 87, 106, 175, 231, 252, 261, 262, 288, 290, 292
controle de juridicidade central 290
controle de legalidade 90, 159, 249, 361, 615, 616, 619, 620, 621, 644, 663, 664, 683
controle de legitimidade 616, 619, 630, 632
Controle de legitimidade 617
controle de mérito 231, 254
controle de promoção 254

controle de resultados 113, 213, 472
controle difuso 640
controle do mérito administrativo 623
controle dos agentes estranhos 562
controle estatal de abastecimento e preços 524
controle ex officio 254
controle externo 248, 249, 252, 255, 258, 259, 620, 628, 633, 634
controle finalístico 103
controle financeiro 530, 627, 635
controle interno 117, 248, 249, 252, 259, 626, 627, 628, 633, 634
controle judicial 233, 242, 249, 250, 252, 259, 260, 262, 368, 646
controle judiciário 151, 243, 252, 253, 259, 260, 263, 282, 466, 467, 620, 636, 642,
643, 653, 654, 655, 663, 666, 676, 677
Controle Judiciário 621
controle operacional 627
controle orçamentário 627
controle parlamentar 255, 630
Controle Parlamentar 621
controle parlamentar de correção 255, 257
Controle parlamentar de correção 256
Controle parlamentar direto preventivo 632
Controle parlamentar direto repressivo 632
Controle parlamentar indireto preventivo 633
controle patrimonial 627
controle político parlamentar 257
controle posterior 624
controle provocado 253
controle prudencial 635
controle sanatório 254
controles de direito público 299
controle societário 294
controle substitutivo 261, 288, 621
conurbação 36, 569

convalescimento 240
convalidação 240
convenções 148
conveniência 106, 109, 225, 229
convênio 36, 195, 208, 211, 259, 313, 479, 532
convênios 31, 182, 196, 308, 387, 612
Convênios 391
convênios de colaboração 311
conversão 240, 241
Conversão 241
convite 199, 201, 203
convivência social 129
cooperação 31, 486
cooperativas 395, 517, 596, 597
cooperativas de crédito 518
cooperativas de crédito agrícola 598
cooperativismo 596, 597
coordenação 162
Corpo de Bombeiros Militar 461
corporações de ofício 52
corporações militares 365, 366, 368, 462
correção da juridicidade 255
corretores de seguros 523
corrupção passiva 355
Cortes de Contas 252
cosseguro 522
costumes 7, 72, 121
Cprm Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais 599
credenciamento 301, 309
credenciamentos 137, 138, 297
crédito 196, 521
crédito agrícola 602
crédito externo e interno 27

crédito industrial 602
crédito público 133, 658
crime de responsabilidade 684
crimes comuns 359, 463
crimes contra a Administração Pública 49
crimes de responsabilidade 25, 49, 255, 256, 261, 359, 363, 463, 632
crimes funcionais 359
crimes políticos 359
Cuba 59

D

dação em pagamento 384
decadência 242
decisão 21
decisão judicial 20, 21
decisão normativa 264
decisões administrativas 21, 98, 168
decisões complexas 108
decisões imotivadas 262
declaração abstrata de invalidade 252
declaração de desnecessidade 339
declaração de nulidade 239
declaração de utilidade pública 312
declaração expropriatória 421, 422
declaração expropriatória pelo Legislativo 421
decoro 445
decretos 23
decretos legislativos 68, 126, 150, 639
dedicação 354
defeito de competência 241
defeito de finalidade 225
defeito de legalidade 221, 222, 224, 239

defeito de mérito 221
defensoria pública 28, 29
Defensoria Pública do Estado 280
defesa 28
defesa do consumidor 498, 537, 538
defesa do meio ambiente 498
definitividade 21
delegabilidade 153
delegação 124, 137, 153, 310, 474
delegação administrativa 299, 300
delegação administrativa atípica 311
delegação complexa 299
delegação contratual 299, 478
delegação de funções 30
Delegação de funções 31
Delegação de funções a particulares 31
Delegação de funções de órgão a órgão 30
delegação de gestão administrativa 305
delegação de poderes 30
delegação de serviços públicos de telecomunicações 308
delegação do Estado a seus Municípios 31
delegação legal 291, 297, 298, 506
delegação receptícia 32
delegação unilateral do Poder Público 479
delegações administrativas 31, 607
delegações atípicas 311
delegações legais 31, 298
delegações legislativas 143
delegificação 32
demissão 176, 329, 339, 340, 349, 369
Demissão 340, 348
demissão inválida 341
democracia 133

democracia material 74
democracia representativa 10
demolição 564
demolição administrativa 576
Demolição administrativa 176
denúncia 231, 233, 234, 235, 236
denunciaçāo da lide 651
denúncia do contrato administrativo 232
depuração 240
derivação 402
desafetação 501
desapropriação 224, 408, 412, 413, 418, 419, 421, 423, 431, 432, 434, 567, 573
Desapropriação de imóvel rural 426
desapropriação indireta 425
desapropriação para fins de reforma agrária 419
desapropriação parcial 425
desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária 537
desapropriação por interesse urbanístico 535
desapropriação por zonas ou desapropriação extensiva 426
desapropriação rural por interesse social 595
desapropriação sancionatória 419, 536
desapropriações por necessidade pública 419
descaminho 355
descentralização 93, 99, 113, 124, 134, 139
descentralização burocrática 112
descentralização da Administração 112
descentralização da Administração Pública 134
descentralização funcional 136, 281
descentralização funcional administrativa 136
descentralização funcional e social 608
descentralização, funcional ou social 608
descentralização funcional política 136
descentralização funcional privatizadora 608

descentralização hierárquica 136
descentralização por delegação 136
descentralização regulatória 137
descentralização setorial 137
descentralização social 137, 315, 609
descentralização territorial 135
descentralização territorial administrativa 135
descentralização territorial judiciária 135
descentralização territorial política 135
descentralizações sociais unilaterais 608
desclassificação 201, 204
desconcentração 112, 136
desenho industrial 513
desenvolvimento regional 36, 585
deserção 370
desestatização 587
desestatização de serviços públicos 492
desfazimento discricionário 230
desfazimento do ato administrativo 221
desfazimento do ato inválido 221
desfazimento do pacto por acordo mútuo 233
desfazimento dos pactos administrativos 231
desfazimento parcial ou total do processo licitatório 204
Desfazimento por força maior 492
desigualdade de interesses 101
deslegalização 32, 124, 285, 606
deslegalizações 143
desligamento 369
desmembramento 569
Despachos 173
despesa 196
despesa pública 132
despesas correntes 132

despesas de capital 132
despesas judiciais 646
despolitização 606
desprovimento 339
Desprovimento 347
despublicização 492
destaques 501
destruição de coisas 427, 429
Destrução de coisas 176
desvio de finalidade 224
desvio de poder 224
dever da boa administração 115, 118
dever de eficiência 116
dever de ponderação 92
deveres dos servidores públicos 352
deveres funcionais 352
deveres públicos 147
devido processo da lei 93
dignidade da pessoa humana 79, 81
Direito 6, 7, 9, 13, 17, 20, 75, 88, 125, 127, 142, 145
direito administrativo 41
Direito Administrativo 4, 6, 13, 16, 18, 41, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 57, 60, 64,
 71, 73, 74, 142, 144
Direito Administrativo Ambiental 543, 560
Direito Administrativo Brasileiro 44
Direito Administrativo da Segurança 455
Direito Administrativo democrático 144
Direito Administrativo Disciplinar 114
Direito Administrativo do Trabalho 548
Direito Administrativo Processual 628
Direito Administrativo Sancionador 91
Direito Administrativo Sancionatório 91, 114
Direito Administrativo Social 543

Direito Aeronáutico 49
direito à função pública 350
Direito Agrário 48
direito ambiental 560
Direito Ambiental 48, 501, 543
direito ao exercício 350
Direito Civil 13, 49
direito coletivo 671
Direito Comercial 50
direito comum 46, 50
Direito Comunitário 48
Direito Concorrencial 104
Direito Constitucional 6, 13, 18, 48
direito costumeiro 41
Direito da Eletricidade 48, 501
Direito da Mineração 48, 500, 501, 502
Direito da Navegação 48
Direito da Participação 16
Direito das Águas 48, 501
direito de construir 433
Direito de greve 337
Direito de juristas 52
Direito de Minas 501
Direito de petição 625
direito de regresso 341, 651
Direito do Ambiente 543
Direito do Petróleo 48, 531
Direito do Trabalho 49, 548
Direito do Urbanismo 564
Direito Ecológico 48, 544, 560, 561, 564
Direito Eleitoral 48
Direito Financeiro 48, 131
Direito Florestal 48

Direito Internacional Privado 49
Direito Internacional Público 10, 48
Direito Judiciário 49
direito líquido e certo 669
Direito Mineiro 500
Direito Municipal 48
Direito Penal 49
Direito Penitenciário 49
Direito Político 48
direito positivo 7
Direito Previdenciário 49, 555
Direito Privado 10, 11, 13
Direito Processual 49
Direito Público 4, 12, 14, 16
Direito Público Externo 10
Direito Público Interno 10
direitos ao amparo social 350
direitos autorais 513
direitos difusos 607
Direitos Fundamentais 117
direitos fundamentais de terceira geração 5
Direito Social 543
direitos que se fundam no exercício 350
direitos subjetivos públicos 127
direito subjetivo 246
direito urbanístico 561
Direito Urbanístico 48, 501, 544, 560, 564, 570
diretrizes orçamentárias 132
disciplina militar 367
discricionariedade 100, 105, 106, 125, 219, 225, 229, 262, 285
discricionariedade administrativa 109, 219
discricionariedade política 22, 126
dispensa 198, 202

disponibilidade 176, 339, 340
dissenso desconstitutivo 236
distrato 231, 236, 489, 491
Distrato 234
Distrito Federal 34, 104, 192, 193, 200, 271, 273, 276
dívida consolidada 27
dívida flutuante 133
dívida fundada 133
dívida mobiliária 27
dívida pública 133
divisibilidade 5
doação 384
do ato administrativo unilateral 231
dogmatismo 75
dominalidade estatal 501
dominalidade pública 379
domínio aéreo 382
domínio da União 501
domínio eminent 375, 376, 377, 378, 379, 407
domínio fluvial 399
domínio hídrico 382, 399
domínio hídrico da União 399
domínio hídrico dos Estados 399
domínio hídrico municipal 401
domínio hídrico nacional 400
domínio lacustre 399
domínio marítimo 399
domínio patrimonial 379
domínio patrimonial da União 396, 510
domínio privado 377, 392, 407
domínio público 378, 407, 511
Domínio Público 403
domínio público artificial 382

domínio público natural 382
domínio público patrimonial 377
domínio resolúvel 383
domínio terrestre 382
doutrina 71
doutrina estatutária 322
dupla garantia constitucional 341
duplo grau de jurisdição 646

E

Ecologia 561
economia 497
economia de mercado 497, 523, 524
economicidade 100, 116
edificação 564
EDIFICAÇÕES 569
edital 199, 327
edital de licitação 198
educação 544, 545
educação básica 546
educação infantil 546
educação superior 546
efeitos administrativos 518
efeito vinculante 71
efetividade 144, 156, 160, 338
eficácia 156, 157, 162, 166
Eficácia 187, 210
eficácia administrativa 299
eficácia axiológica 78
eficácia dirimente 77
eficácia dos princípios 77
Eficácia imediata 77

eficácia impediente 77
eficácia imprópria 158
eficácia integrativa 78
Eficácia mediata 77
eficácia nomogenética 78
eficácia otimizadora 78
eficácia própria 158
eficácia reprimiratória 231
eficácia sistêmica 78
eficiência 100, 115, 116, 118, 142, 144, 472, 473, 485
eficiência administrativa 116
eficiência operativa 112
egresso 369
elementos do ato administrativo 152, 157
embargo de obras 429
Embratur Empresa Brasileira de Turismo 593
emendas constitucionais 126, 638
empenho 196
empreendimento econômico 300
empregado público 549
empregados 317
empregados públicos 196, 371
emprego 333
emprego irregular de verbas ou rendas públicas 355
emprego público 372
empregos públicos 371
empreitada integral 495
empreitada por preço global 495
empreitada por preço unitário 495
empresa 596
Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social DATAPREV 555
empresa individual de responsabilidade limitada EIRELI 597
empresas de comunicação social 526

empresas de mineração 504
empresas estatais 296, 585
empresas públicas 292, 294, 296
Empresas públicas 292
empresas públicas federais 296
empréstimos públicos 188
encampação 489, 490
encampação de serviços concedidos 408
enfiteuse pública 394
ensino 544, 545, 546
ensino fundamental 546
ensino médio 546
ensino superior 548
entelamento 571
entes 137, 280
entes administrativos 270
entes administrativos estatais 269
entes administrativos extraestatais 269
entes administrativos políticos 477
entes de cooperação 608
entes extraestatais 299
entidade estatal 282
entidade paraestatal 478
entidades associadas de colaboração 311
entidades da Administração Pública 194
entidades de colaboração 137, 608
entidades de cooperação 608
entidades estatais 269, 280
entidades intermédias 31, 607
entidades paraestatais 291, 298
entidades privadas associadas 310
entidades privadas delegadas atípicas 311
equação econômico-financeira 189, 475

Equador 60
equilíbrio econômico 188
equilíbrio econômico do contrato 484
equilíbrio econômico-financeiro 188, 189, 190, 487
escala hierárquica 367
Escolas de governo 325
escolha administrativa 262
escolha política 22
escolhas administrativas 285
escolhas de governo 22
escritura pública 183
espaço aéreo 403, 404
espaço público não estatal 31, 138
Espanha 56
especialidade 100
espécies remuneratórias 329
essencialidade à justiça 29
estabilidade 338, 339, 340
Estado 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 99, 126, 128, 138, 375, 543
autonomia 3
Estado Absolutista 85
Estado-administrador 123
Estado de Bem-Estar Social 480
estado de defesa 465
Estado de direito 14
Estado de Direito 14, 45, 85
Estado de Justiça 16, 45
Estado Democrático 45
Estado Democrático de Direito 16, 22, 45, 46, 84, 92, 118
estado de necessidade público 465
Estado de polícia 14
Estado de Polícia 15
estado de sítio 465

Estado do Bem-Estar Social 15, 130, 482
Estado do Fomento 15
Estado em juízo 644
Estado empresário 528
Estado liberal 15
Estado moderno 16, 134
Estado-nação 13
Estado-Nação 130
Estado pós-moderno 16, 46
Estado religioso 13
Estados 104, 192, 193, 200, 271, 273, 276, 397
Estados-Membros 34
Estado Socialista 15, 130
Estados Unidos 57
estatismo 133
Estatuto da Cidade 420
Estatuto da Cidade, 535
Estatuto do Índio 559
Estatutos 321
estética 445
estética paisagística 445
estética publicitária 445
estética urbanística 445
estipêndio 351
estipêndios 350
eventos imprevisíveis 189
exceções ao princípio licitatório 202
exclusão 369
exclusão a bem da disciplina 370
exclusão do administrado 142
execução 21
Execução da administração privada dos interesses públicos 140
execução de fato 196

execução de serviços públicos 480
Execução direta da administração pública dos interesses públicos 140
Execução indireta da administração pública dos interesses públicos 140
execução judicial 20
Executivo 141
executoriedade 100, 110, 111, 142, 156, 158, 159, 160, 187, 188, 232, 483
Executoriedade 210
executoriedade privada 159
executoriedade pública 159
exequibilidade 156, 158, 167, 187
Exequibilidade 158, 210
existência 156, 157, 186
Existência 210
exoneração 339, 340, 348
Exoneração 348
exploração de atividade econômica 470
exploração florestal 507
exploração mineral 502
expropriação confiscatória 430
expropriação constitucional 395
extensão dos efeitos anulatórios 228
extinção da concessão 489
extinção do cargo 339
extravio 370

F

facilitação de contrabando 355
faixa de fronteira 395, 397
Falecimento 348, 349
fato da administração 189
fato do princípio 189
fato imprevisto 189

fatos administrativos 162
fatos juridicamente irrelevantes 145
Fatos juridicamente irrelevantes 146
fatos juridicamente relevantes 145
Fauna 511
fauna silvestre 510
Fazenda Pública 644, 647
federação 34, 35, 276
Federação 275
federações 314
federalismo 35, 36, 582
fenômeno 145
fenômenos jurídicos 145
fenômenos sociais 145
finalidade 102, 153, 157
finalidade pública 171, 183, 198
financiamento 195
fins de Direito 21
fins de fato 21
fiscalização 28, 486
fiscalização de polícia 310, 443, 448
flexibilização institucional 170
florestas 507, 511
fogo
uso irregular do 507
fomento 215, 589
fomento à educação 589
Fomento agropecuário 598
fomento científico e tecnológico 599
fomento da atividade pesqueira 599
fomento econômico 500, 579
fomento familiar 588
fomento florestal 594

fomento público 125, 129, 131, 287, 312, 483, 544, 546, 578, 579, 585, 589, 599
Fomento Público 131
fomento público de microempresas 597
fomento público do trabalho 590
fomento público social 214, 298, 588, 594
fomento rural 595
fomento social 579
fontes 63
fontes alternativas de receita 489
fontes do Direito Administrativo 73
fontes inorganizadas 63
fontes organizadas 63
força maior 489
força vinculante dos pactos 128
forma 126, 152, 154, 157, 225
forma essencial 225
Forma essencial 225
formalidade acidental 154
formalidade essencial 154
formalismo 75
formas de execução administrativa 139
França 52
franquia pública 300, 305
função 6
função administrativa 19, 20, 21, 23, 25, 147, 245
função administrativa de ordenamento social 542
função cautelar 24, 264
função de governo 22, 151
função de intervenção econômica 524
função de polícia 124, 439, 444, 499, 543
função de polícia administrativa 309
função de polícia de segurança 444
função disciplinar 139, 357

função discricionária 139
função executiva 19
função executória 139
função gratificada 344
função hierárquica 139
função instrumental 408
função integrativa 106
função integrativa da ordem jurídica 24
função judicante 147
função jurisdicional 19, 20, 21, 23, 24, 25
função legiferante 147
função legislativa 20
função normativa 19, 20, 23, 24, 139, 285
função normativa secundária 23
função parajudicial 285
função política 22
função pública 320, 322, 333, 341, 345
função pública autônoma 323
função regulatória 285
Função Regulatória da Licitação 205
função social 376, 535, 536, 567
função social da propriedade 410, 498, 535
funcionalismo 323
funcionário público 320, 322, 359
funções 18, 138, 139, 367
funções administrativas 114
funções constitucionais do Estado 129
funções constitucionalmente independentes 28
funções de advocacia 29
funções de confiança 328
funções de polícia 129
funções de segurança 459
funções de segurança pública 461

funções essenciais à justiça 18, 29, 253, 280, 444
funções estatais 18, 138
funções gratificadas 335
funções normativas autônomas 23
funções políticas 22
funções públicas autônomas 29
Fundação Nacional do Índio Funai 559
fundação pública 295
Fundação pública 295
Fundações de apoio 314
fundações públicas 292
Fundo de Amparo à Tecnologia 600
Fundo de Desenvolvimento de Áreas Estratégicas (FDAE) 603
Fundo de Garantia de Tempo de Serviço FGTS 552
Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação FUNDEB 590
Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério Fundef 590
Fundo Federal Agropecuário (FFAP) 603
Fundo Federal de Eletrificação (FFE) 603
Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico FNDCT 600
Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) 603
Fundo para Investimentos Privados no Desenvolvimento da Amazônia (FIDAM) 603
fundos de pensão 314

G

gabarito 573
garantias constitucionais 177
garantias funcionais 324
garantias processuais administrativas 128
generalidade 20
gerenciamento privado de entidade pública 300
gerência privada de entes públicos 306

gestão de negócios 320
golden shares 294
governança corporativa 302
Governo 22, 123
gratificações 351
Grécia 58
greve dos servidores públicos 337
Grupo ocupacional 324
guarda de área portuária e de aeroportos 461
Guardas Municipais 461

H

habeas corpus 261, 366, 655, 664
habeas data 655, 674
habilitação 198, 201, 202
habilitação jurídica 203
habite-se 575
harmonia social 8
harmonização de interesses 148
Hector Jorge Escola 59
heterocontrole 252, 621
heteroexecutoriedade 160
hierarquia 113
hierarquia axiológica 78
hierarquia enciclopédica 78
hierarquia formal 78
hierarquia militar 367
hipertrofia do Estado 143
hipóteses de nulidade 222

I

igualdade 87, 198

igualdade material 15
ilegalidade 220, 641, 670
ilegalidade objetiva 619
ilegalidade subjetiva 261, 265, 619
ilegitimidade 219, 220
ilhas fluviais e lacustres 394
ilhas oceânicas e costeiras 393
ilicitude 220
imoralidade administrativa 103, 221
imóvel rural 567
imóvel urbano 567
impedimentos 356
impenhorabilidade 379
imperatividade 107, 111, 142, 156, 186, 187, 191, 210, 320, 483
Imperatividade 209
impessoalidade 100, 142
imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo 536
imprescritibilidade 379
improbidade administrativa 102, 176, 292, 430, 682, 683
inabilitação 201, 204
inalienabilidade 379
inatividade 336, 369
incapacidade civil do agente 228
incentivos regionais 583
incompatibilidades funcionais 356
inconstitucionalidade 640, 641, 677, 678
inconstitucionalidade por comissão 678
inconstitucionalidade por omissão 678
incorporação 369, 384, 385
indenização expropriatória 421, 424
independência 19
independentes 29
indisponibilidade 379

indisponibilidade da finalidade pública 156
indisponibilidade de bens 430
indisponibilidade dos interesses públicos 96, 101
individualismo 14
indulto 25
inefetividade 161
ineteresses
metaindividuals 5
inexigibilidade 198, 202
infrações administrativas da pesca 512
infrações da ordem econômica 534
Inglaterra 57
ingresso 369
iniciativa privada 15
injuridicidade 248, 254, 664
injuridicidade objetiva 248, 260
injuridicidade subjetiva 248, 260
inquérito administrativo 360
insindicabilidade da atuação discricionária 142
insindicabilidade do mérito 142
Inspeção do Trabalho 550, 552
instabilidade 340, 484
instabilidade das cláusulas relativas ao interesse público 190
instituições financeiras 517, 518, 520
instituições financeiras privadas 517, 518, 519
instituições oficiais de ensino superior 314
instituições políticas 13
Instituto Brasileiro de Arte e Cultura IBAC 592
Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis IBAMA 562
Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural IBPC 592
Instituto de Administração de Previdência e Assistência Social IAPAS 553
Instituto Nacional de Previdência Social INPS 553
Instituto Nacional de Seguridade Social INSS 553

institutos 12

Institutos estatutários constitucionais 324

instruções 64

Instruções 173

integração administrativa 121

interdição 427, 428

Interdição 176

interdição de atividade ou de local 550

interdição de mineração 429

interdição de obras 429

interditos possessórios 654, 656

interesse 8

interesse legítimo 246

interesse local 35, 450, 564

interesse próprio do Estado 272

interesse público 10, 11, 12, 43, 92, 121, 122, 153, 272, 273, 296, 613

interesse público delegado 292

interesse público derivado ou secundário 613

interesse público específico 228

interesse público juridicamente expresso 614

interesse público jurídico 613

interesse público politicamente expresso 614

interesse público político 613

interesse público positivado 10

interesse público presumido 613

interesse público primário 613

interesse público real 613

interesses coletivos 607

interesses da Administração 272

interesses da sociedade 87, 613

interesses de fato 607

interesses difusos 607

interesses e direitos coletivos 5

interesses e direitos difusos 5
Interesses e direitos difusos 5
interesses e direitos individuais 5
interesses e direitos individuais homogêneos 5
interesses gerais da sociedade 129
interesse simples 246
interesses individuais 272
interesses institucionais 128
interesses juridicamente protegidos 5
Interesses ou direitos coletivos 5
interesses ou direitos individuais 5
Interesses ou direitos individuais homogêneos 5
interesses públicos 5, 6, 8, 12, 17, 96, 124, 128, 139, 143, 281
interesses públicos administrativos 21
interesses públicos materiais 128
interesses públicos primários 5, 128
interesses públicos secundários 5, 128
interesses setoriais 129
interesses simples 5
interesses transindividuais 104
interpretação 119
interpretação autêntica 119, 120
interpretação da norma 119
interpretação doutrinária 119, 120
interpretação judicial 119, 120
intervenção administrativa sancionatória 434
intervenção concorrencial 527
intervenção concreta 412
intervenção do Estado na economia 529
intervenção do Estado na ordem econômica 407
intervenção do Estado na propriedade 407, 408
intervenção do Estado no domínio econômico 191
intervenção do Estado sobre a propriedade privada 377

intervenção estatal na propriedade privada 418
intervenção expropriatória 412
intervenção federal 466
intervenção geral 412
intervenção gratuita 413
intervenção limitativa 412
intervenção na ordem econômica 14
intervenção na propriedade 462
intervenção ordinatória 411, 413, 417, 418
intervenção parcial na propriedade 426
intervenção permanente 412
Intervenção regulatória 525
intervenção regulatória sobre abastecimento e preços 524
intervenção sancionatória 411, 426, 427, 428, 429, 518, 533
intervenção sancionatória discricionária 538
intervenção, vinculada à verificação de anormalidades 518
invalidade 157, 161, 222, 226
invasão de competência 224
invenção 513
inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas 205
inversão do ônus da prova 645
investidura 328, 341, 384
inviabilidade da competição 202
IRB Brasil Resseguros S.A. 522
IRB Brasil Resseguros S.A 522
IRB Brasil Resseguros S.A. 522
irrazoabilidade do objeto 226
Irredutibilidade de subsídios e de vencimentos 332
irregularidadade 641
irregularidade formal 225
irregularidade sanável 154
irretratabilidade 230
isonomia 87, 309

J

Japão 60
jazidas 502
Judiciário 141
julgamento 201
julgamento objetivo 198, 199
juridicidade 16, 21, 22, 23, 74, 116, 118, 146, 151, 161, 245, 247, 248
juridicidade objetiva 248, 252
juridicidade subjetiva 248, 252
jurisprudência 71
jurisprudência de valores 46
jurisprudência dos interesses 46
justiça 81
justo equilíbrio das relações de consumo 538
justo valor da indenização 660

L

lacuna 121
lagos 398
lavra 502
Lealdade 353
legalidade 10, 46, 86, 95, 100, 106, 107, 110, 117, 153, 157, 187, 198, 199, 232, 254, 615, 619
legalidade objetiva 265
legislação ad referendum 143
Legislativo 141, 143
legitimidade 10, 16, 24, 46, 74, 84, 86, 89, 95, 102, 105, 106, 107, 109, 110, 117, 137, 144, 157, 187, 198, 199, 220, 245, 254, 615, 617, 618
legítimo interesse público 226
lei 20

lei autorizativa específica 490

lei complementar 68

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 546

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro 122

lei delegada 30, 68

leilão 201

lei ordinária 68

lei orgânica 277

Lei Orgânica 35, 277

Lei Orgânica do Distrito Federal 639

Lei Orgânica Municipal 639

leis 76

leis complementares 126, 150, 639

leis delegadas 126, 150, 639

leis ordinárias 126, 639

leis orgânicas 65

lesividade 222

liberalismo 14, 15

liberdade de escolha 486

liberdade de escolha do consumidor 524

licença 149, 442, 481, 511

Licença 441

licença de utilização especial 386

licença para edificação 442

Licenças 174

licença urbanística 574

licenciamento 315, 369

licitação 197, 198, 200

Llicitação

normas específicas 198

normas gerais 198

normas legais 198

licitar 197

licitude 95, 102, 110, 117, 157, 187, 199, 245, 254
lide 21
limitação 412, 433
limitação administrativa 413, 433
limitação de visibilidade 572
limitação do direito de construir 416
limitações 408, 571
limitações administrativas 409, 415, 416
Limitações de estética 572
limitações de funcionalidade urbana 573
limitações edilícias 564, 570
limites legais 264
limites lógicos 264
liquidação extrajudicial 518, 519
livre concorrência 216, 498, 524, 528, 533, 534
livre iniciativa 481
livre-iniciativa 497, 527
livre mercado 524
locação 195
locação de serviços 320
locações 182
lógica do racional 107
lógica do razoável 107, 108
lotação 324
loteamento 568
lucratividade 487
lucro módico 474

M

maior lance ou oferta 203
mandado 320
mandado de injunção 655, 675

Mandado de injunção 674
mandado de segurança 645, 655, 664, 665, 666, 668, 669, 670
mandado de segurança coletivo 655, 671
mandamus 664
mandato a termo 288
mar 398
307, 475
María Morilla 59
mar territorial 400
mediação 9, 107
medida cautelar de indisponibilidade 430
medida liminar 667
medidas policiais de constrição 461
medidas provisórias 23, 68, 126, 150, 151, 639
meio ambiente 560
meios específicos de controle judiciário 657
melhor técnica 203
menor preço 203
mercado de capitais 519
mercado de valores mobiliários 520
mercados financeiros 519
mérito administrativo 229
mérito da escolha discricionária 106
mérito do ato administrativo 229
métodos hermenêuticos 121
métodos interpretativos 121
México 59
microrregiões 36, 274, 476
657, 663
militares 317, 365
mina 502, 503
ministério privado da advocacia 29
ministério público 28, 29

Ministério Público 29, 104
ministérios 136
Ministros de Estado 23, 257, 258
mobilização 466, 467
mobilização militar 466
modalidades de controle parlamentar 631
modalidades de coordenação administrativa 37
modalidades licitatórias 201
modicidade 474, 475, 487
modicidade possível 474
modulação 228
moeda 26, 516, 521
monopólio 529, 532
monopólio da União 530
monopólio nuclear 531
moral 7
moral administrativa 102
moral comum 102
moralidade 16, 46, 74, 100, 101, 102, 144, 153, 198
moralidade administrativa 103, 199, 222, 309, 673
motivação 93, 155, 168, 171, 228
Motivar 97
motivo 105, 126, 154, 155, 157, 183, 225, 253
motivo discricionário 154, 225, 226
motivo do ato administrativo 228
motivos 98
motivo vinculado 154, 225
multa 427, 428, 550
Multa 175, 428
Município 277, 278
Municípios 34, 104, 192, 193, 200, 271, 273, 398

- nação 3
- nacionalidade 3
- natividade 337
- naturalização 453
- navegação aérea 404
- ndisponibilidade do interesse público 93
- necessidade 109
- necessidade pública 124
- negócio jurídico 479
- neoconstitucionalismo 46
- nivelamento 571
- nomeação 342
- norma de coordenação 10
- norma geral 192
- norma jurídica 8, 9, 64, 147
- norma jurídica completa 8
- norma legal 65
- normas 8
- normas abstratamente preceptivas 76
- normas administrativas 64
- normas concretamente preceptivas 76
- normas costumeiras 4
- normas de conduta 13
- normas de coordenação 11
- normas de polícia 438
- normas de subordinação 11
- normas específicas 70, 132, 201
- normas gerais 37, 70, 131, 192, 195, 200, 201, 209, 301, 431, 538
- normas gerais de contratação 182
- normas gerais de direito financeiro 132
- normas gerais de licitação e de contratação administrativa 195

normas gerais de licitações 202
Normas Gerais de Tutela do Trabalho 549
normas gerais edilícias 571
normas infraconstitucionais estaduais 65
normas infraconstitucionais federais 65
normas infraorgânicas 65
normas jurídicas 4, 76
normas legais 64
normas reguladoras autônomas 287
normas secundárias 20
normatividade secundária de gestão 162
normatividade secundária de relação 163
ntereses públicos instrumentais 128
ntervenção nas empresas de serviços públicos 466
nulidade 222
nulidade relativa 222

O

Obediência 353
objeto 105, 126, 183
Objeto 155
Objeto da desapropriação 423
objeto discricionário 155, 226
objeto do ato administrativo 155
objeto vinculado 155, 226
obra pública 495, 496
obras 193
obras públicas 495
obrigações administrativas 148
obrigações públicas 147, 148
ocupação temporária 412, 413, 431
ocupação temporária de bens 466

Ofícios 173

O Fundo de Amparo ao Trabalhador FAT 551

o interesse público 684

omissão impeditiva 189

oncessão de serviços públicos 307

onerosidade 483

Onerosidade 190

ontrole de legitimidade 615

operações de crédito 132

oportunidade 106, 109, 126, 225, 229

orçamentos anuais 132

orçamentos públicos 132

ordem 453, 454

ordem coacta 454

ordem de polícia 310, 440

Ordem dos Advogados do Brasil 28, 30

Ordem dos Advogados do Brasil OAB 288

ordem econômica 130, 407, 454, 498, 519

Ordem Econômica e Financeira 497

ordem espontânea 454

ordem jurídica 4, 5, 7, 8, 14, 16, 20, 22, 70, 77, 78, 126, 139, 153, 157, 158, 159, 375, 453, 454, 621

ORDEM JURÍDICA 7

ordem jurídica positivada 77

ordem política 454

ordem pública 462

ordem social 7, 130, 454, 543

Ordem social 541

ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre 525

ordenamento econômico 130, 408, 450, 498, 499, 500, 515, 538, 543

Ordenamento Econômico 130, 407, 514, 523

ordenamento financeiro 515, 516

ordenamento jurídico 71

ordenamento social 130, 408, 499, 541, 542, 543, 544, 548, 559
Ordenamento social 130
Ordenamento Social 555
ordenamento social da educação 548
ORDENAMENTO SOCIAL DO ÍNDIO 559
ordenamento social do trabalho 550, 551
ordenamento social público 542
ordenamento social urbano 563
Ordens de Serviço 172, 173
ordens jurídicas autônomas 35
Oreste Ranelletti 42, 55, 247, 262
organização administrativa 100, 215, 271
organização administrativa da União 274
organização das relações entre os servidores públicos 325
organização judiciária 100
organização juspolítica 4, 7
organização política 6, 14, 51, 99
organização político-espacial 582
organização político-jurídica 3
organização social 311
organizações da sociedade civil 215
organizações da sociedade civil de interesse público 214, 236, 311, 312, 313, 609, 611
organizações policiais 461
organizações políticas 7, 133
organizações sociais 214, 215, 236, 311, 609
organizações sociais de colaboração 311
organizações sociais de interesse público 391
órgão 6, 18
órgão central de advocacia de Estado 290
órgãos 18, 112, 137, 249
órgãos administrativos de previsão constitucional 274
órgãos coletivos 113
órgãos comunitários apolíticos 606

órgãos constitucionais tecnicamente independentes 18
órgãos constitucionalmente autônomos 18, 25, 100, 249
órgãos constitucionalmente independentes 276
órgãos da Advocacia de Estado 175
órgãos judicantes 250
órgãos personalizados 37
órgãos secundários 18
orientação político-partidária 329
outorga legal 291

P

pacta sunt servanda 186
pacto 148, 479
pacto administrativo 234
pactos 206
pactos administrativos 297
pactos de cooperação 36
pactos jurídicos 147
paraestatais 37, 291, 292
parceiras público-privadas 303
parcelamento 564, 566
Parcelamento 568
parcelamento do solo rural 568
parcelamento do solo urbano 568
parcela única 326
parceria 140, 300
parceria público-privada 209, 300, 301, 303, 478
Parcerias público-privadas 302
Pareceres 175
parlamentar de fiscalização política 255
participação 81, 144
participação democrática 486

participação direta e semidireta 84

participação dos usuários 484

partilha de competência 70

partilha de competências 34

partilha hídrica 398

Patente 365

peculato 355

pecúlio 555

pecúlio e o salário-família 555

pena de demissão 345

pensão 555

pensões 330

perda da patente 365

perda do posto e da patente 369

perdimento de bens 362

período confirmatório 338

permissão 193, 304, 388, 404, 474, 481, 486, 510

permissão de serviço público 478, 494

permissão de serviços públicos 213, 300, 304, 309, 485

permissão de uso 388

Permissão de uso 388

permissão de uso de bem público 301, 388, 494

permissão de uso de bens públicos 309

Permissões 174

permissões de serviços públicos 480

permuta 344, 384

Personalização 210

Peru 59

pesca 511

pesquisa mineral 502

pessoalidade 191

Pessoalidade 210

pessoas de direito político 273

pessoas jurídicas políticas 280
pessoas políticas 271
petróleo 530, 531
Petróleo Brasileiro S.A. 530
PIS-PASEP 551
planejamento 21, 125
planejamento democrático 581
planejamento estatal 579, 580, 581
planejamento público 131
planejamentos administrativos 286
Plano Diretor 567
Plano Nacional de Educação 546
plano plurianual 26, 132
planos urbanísticos 570
plataforma continental 395
Plataforma continental 395
plataforma submarina 395
plebiscito 150
pluralismo 10, 143, 144
Pluralização de interesses 606
pluralização dos interesses 5, 606
poder 17
Poder Concedente 483, 490, 492
poder de domínio do Estado 375
poder de império 375
poder de mercado 534
poder de polícia 438
poder discricionário 106
poder econômico 533
poderes administrativos 138, 139, 142
poderes administrativos estaduais 276
poderes federativos 34
poderes funcionais 17

poderes orgânicos 17
Poderes Orgânicos 19
poder estatal 138, 139
Poder Estatal 17, 19
poder executante ou administrativo 17
Poder Executivo 17, 19, 23, 25, 139, 141, 143, 275, 279
poder funcional 18
poder judicante ou jurisdicional 17
Poder Judiciário 17, 19, 23, 24, 27, 71, 141, 250, 261, 262, 263
poder legiferante ou normativo 17
Poder Legislativo 17, 19, 20, 23, 24, 106, 141, 255
poder orgânico 18
poder político 99
Poder Público 5, 6, 15, 17, 138
poder regulamentar 139
polícia 437, 438, 444, 544
Polícia 129
polícia administrativa 439, 445, 460
polícia ambiental 446
Polícia ambiental 451
polícia bromatológica 447
Polícia Civil 461
polícia da atmosfera 452
Polícia da comunicação 446
polícia da fauna 452
polícia da flora 452
polícia das águas 452
polícia das profissões 446
Polícia das profissões 450
polícia de comércio e indústria 446
polícia de comunicação 446
polícia de costumes 446
Polícia de costumes 446

polícia de estrangeiros 446
polícia de segurança pública 460
polícia de trânsito 449
polícia de viação 446
Polícia de viação 448
Polícia do comércio e da indústria 449
polícia edilícia 446
polícia edilícia ou das construções 453
Polícia Federal 460
Polícia Ferroviária Federal 460
polícia higiênica 447
polícia judiciária 439, 440, 461, 462
polícia médico-farmacêutica 448
Polícia Militar 461
polícia ostensiva 462
Polícia Rodoviária Federal 460
polícia sanitária 446
Polícia sanitária 447
Policias Militares 460
polícia zoofitossanitária 448
Política 17
Política de administração e remuneração de pessoal 325
política monetária 516
política urbana 565
política urbanística 535
poluição 562
ponderabilidade 91
ponderação 80, 91, 92, 128, 228
Port 57
Portarias 173
Portugal 57
positivismo jurídico 75, 144
potenciais de energia hidráulica 396, 504, 505

praias lacustres 394
praxe administrativa 72
prazo de vigência 235
Prazos 645
precatório 646
preceito 8
preceitos 76
preço público 487, 488
preço quase público 487, 488
pregão 201, 202
prêmio de produtividade 326
prerrogativas processuais 282, 647
prescrição 242, 243
prescrição das ações pessoais contra o Estado 647
prescrição das ações reais contra o Estado 647
prescrição quinquenal 243, 282, 352
prescrições administrativas 243
prestação credenciada 480
prestação direta 477
prestação indireta 477
prestação reconhecida 480
prestação unilateral 479
prestações públicas 148
presunção 157
presunção de eficácia 645
presunção de juridicidade 156
presunção de legalidade 95
presunção de legitimidade 95
presunção de validade 93, 94, 110, 111, 221, 228
presunção de validade dos atos do Poder Público 82
presunção geral de validade 187
prevaricação 355
prevenção 458

previdência social 554, 555
primado do indivíduo 15
princípio constitucional da eficiência 487
princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes 278
princípio da ampla defesa 177
Princípio da atualidade 472
princípio da autonomia da vontade das partes 484
princípio da autonomia federativa 192, 480
princípio da autonomia político-administrativa 200
Princípio da autotutela 116
princípio da boa administração 103
Princípio da boa administração 117
Princípio da Boa Administração 117
princípio da cidadania 83
princípio da coerência 290
Princípio da coerência administrativa 118
Princípio da Coerência Administrativa 118
princípio da competição 197, 198
princípio da confiança legítima 96
Princípio da consensualidade 107
princípio da continuidade 111, 471, 485
princípio da continuidade dos serviços públicos 296
Princípio da contratação 486
princípio da cortesia 473
princípio da descentralização 99
Princípio da descentralização 99
Princípio da dignidade da pessoa humana 83
princípio da discricionariedade 121, 139, 163
Princípio da discricionariedade 105
princípio da economia de mercado 528
princípio da economicidade 116
princípio da eficiência 116, 338, 473
Princípio da eficiência 115, 472

princípio da especialidade 112
princípio da executoriedade 110, 139
Princípio da executoriedade 110
princípio da finalidade 100, 101, 121, 225
Princípio da finalidade 100
princípio da generalidade 471
princípio da igualdade 87, 198
Princípio da imparcialidade 101
princípio da independência e da harmonia funcional 23
Princípio da indisponibilidade do interesse público 95
princípio da indisponibilidade dos bens públicos 379
princípio da juridicidade 85, 245, 246, 247, 251
princípio da legalidade 85, 132, 139, 198, 245, 629
princípio da legitimidade 45, 87, 198
Princípio da legitimidade 86
princípio da licitude 102
princípio da livre-iniciativa 191
princípio da modicidade 474
princípio da moralidade 46, 199
princípio da moralidade administrativa 103
princípio da motivação 98, 630
Princípio da motivação 97
princípio da oficialidade 630
princípio da participação 84
Princípio da participação 83
Princípio da participação dos usuários 486
princípio da ponderação 91
Princípio da presunção de validade 94
princípio da presunção de validade dos atos do Poder Público 95
princípio da processualidade 628
princípio da proporcionalidade 104, 108
Princípio da proporcionalidade 109
princípio da publicidade 87, 199, 630

princípio da razoabilidade 108, 109

Princípio da razoabilidade 107

princípio da realidade 88, 109

princípio da recorribilidade 630

princípio da regularidade 472

princípio da responsabilidade 89

Princípio da responsabilidade 89

princípio da responsividade 89

princípio da retribuição 114

Princípio da sancionabilidade 91

princípio da segurança 473

Princípio da segurança jurídica 81

princípio da separação de Poderes 257

princípio da simetria 37

princípio da sindicabilidade 90

princípio da subsidiariedade 93, 94, 604, 606

princípio da supremacia do interesse público 92

Princípio da tarifa política 487

princípio da unidade de jurisdição 24, 250

princípio da vinculação ao instrumento convocatório 199

princípio democrático 82, 86, 89, 272

princípio de participação 16

princípio de separação de Poderes 99

princípio disciplinar 114, 139

princípio do aperfeiçoamento 472

Princípio do colegiado 113

princípio do contraditório 98, 177, 630

princípio do devido processo da lei 97, 98

Princípio do devido processo da lei 97

princípio do julgamento objetivo 199

princípio do pluralismo 605

Princípio do serviço adequado 487

princípio do sigilo 200

princípio geral da defesa do consumidor 537
princípio hierárquico 113, 139
princípio jurídico 76
princípio licitatório 197, 484
princípio monocrático 113
princípio republicano 82, 272
princípios 7, 63, 70, 75, 76, 77, 78, 80, 81
Princípios 12
princípios científicos 71
princípios constitucionais 78
princípios constitucionais do ensino 545
princípios constitucionais sensíveis 677
princípios do direito público 81
princípios dos serviços públicos 485
princípios fundamentais 78, 81
Princípios fundamentais 81
princípios gerais 78, 79, 100
princípios gerais da ordem econômica 497
princípios gerais de Direito 121
princípios gerais do direito 81, 84
princípios gerais do direito administrativo 81
Princípios gerais do Direito Administrativo 100
princípios gerais do Direito Público 93
Princípios gerais do Direito Público 92
princípios implícitos 78
princípios infraconstitucionais 78
princípios instrumentais 79
princípios jurídicos informativos dos serviços públicos 471
princípios normativos 70
princípios próprios 548
princípios setoriais 78, 79, 198
princípios setoriais de direito administrativo 81
Princípios setoriais do Direito Administrativo 119

princípios substantivos 79
princípio substancial da razoabilidade 97
princípio substantivo da discricionariedade 106
prisão administrativa 176
privatização 587
privilegio da execução prévia 111
privilegio de foro 644
privilégios administrativos 142
probidade 102, 355
probidade administrativa 199, 355
procedimento administrativo 164
procedimento administrativo de provimento 342
processo administrativo 176, 177, 197, 243, 518
normas gerais 177
procedimento 177
processo administrativo disciplinar 360
Processo civil ordinário 361
processo concorrencial 197, 198
processo de desapropriação 422
processo de discriminação de terras públicas 661
processo de perdimento de bens 362
processo de reintegração 345
processo licitatório 197
Processo parlamentar de crime de responsabilidade 362
Processo penal 362
Processo preparatório de sequestro 362
processos administrativos 629
Processos administrativos enunciativos 178
Processos administrativos mistos 178
Processos administrativos negociais 178
Processos administrativos normativos 178
Processos administrativos ordinatórios 178
Processos administrativos sancionatórios ou punitivos 178

Processos disciplinares sumários 361
processos enunciativos 629
processos negociais 629
processos ordinatórios 628
processos punitivos 629
processualidade 178
Procuradores 644
Procuradores-Gerais 645
Procuradoria-Geral 645
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional 644
Procuradoria-Geral de Justiça 280
Procuradoria-Geral Federal 644
Procuradorias Municipais 645
produção e o comércio de material 526
Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público 550
Programa de Seguro-Desemprego 551
Programa Nacional de Desestatização 587
programas de computador 514
Project Finance 303
projeto básico 205
projetos de urbanização 564
PROJETOS URBANÍSTICOS 569
promoção 342, 343
Promoção 343
proporcionalidade 100, 109, 263
proporcionalidade no sentido estrito 109
propriedade 376, 409, 410, 411
Propriedade Industrial 512
propriedade intelectual 512
propriedade privada 376, 407, 498
propriedade pública 376
propriedade urbana 535
prorrogação contratual 198

proteção do ambiente 559
protocolo de intenções 211
protocolos 148
protocolos de intenção 208
Prova 645
proventos 330, 335, 336
proventos de aposentadoria 333
Proventos e pensões militares 366
provimento 328
Provimento 341
provimento contratual 341
provimento derivado 342, 343, 344, 345, 346, 347
provimento estatutário 341, 342
provimento inicial ou originário 326
provimento originário 342
provimento por escolha e isolado 330
provocação 28
publicidade 87, 88, 100, 198, 199, 486

Q

quadro 324
qualificação 313
qualificação econômica 202
qualificação econômico-financeira 203
qualificação pública 215
qualificação técnica 202, 203

R

Rafael Entrena 56
ratificação 240, 241
Ratificação 241
razoabilidade 100, 107, 108, 109, 151, 263

RDC 205, 206
reabilitação 370
readaptação 342
Readaptação 346
readmissão 345
Readmissão 342
reajustamento 189
realidade 107, 151, 187
reapreciação de mérito 221
reavaliação do mérito 221
receita pública 132
receitas correntes 132
receitas de capital 132
receitas oriundas de contribuições 132
receitas patrimoniais 132
receitas tributárias 132
recesso legislativo 31
reclamação 655, 677, 681
reclamação administrativa 625
reclamação contra ato administrativo 677
reclassificação 347
recomposição patrimonial 189
recondução 342, 347
reconhecimento 301, 315
Reconhecimento 310
reconhecimento de instituições de utilidade pública 314
reconhecimento do direito à utilização especial 386
reconhecimentos 297
recuo 573
recurso administrativo 628
Recursos administrativos 626
recursos hierárquicos impróprios 289
redução das desigualdades regionais e sociais 498

referendo 150
reforma 240, 241
Reforma 241
reforma administrativa 134
Reforma Administrativa 276
reforma agrária 595
reforma universitária 547
regime administrativo florestal 506
regime concessional 506
regime da propriedade industrial 513
regime de administração especial temporária 518
regime de autorização 505
regime de concessão 505
regime de emprego público 549
regime de natureza trabalhista 319
regime de pessoal das autarquias 282
regime de previdência 337
regime de previdência complementar 336
Regime Diferenciado de Contratações Públicas 204
Regime Diferenciado de Contratações Públicas RDC 304
Regime disciplinar 329
regime disciplinar dos servidores públicos 340
regime especial de controle 285
regime estatutário 196, 318, 322
regime estatutário militar 353, 369
regime estatutário militar estadual 368
regime estatutário militar federal 368
regime florestal 507
regime laboral comum 549
regime livre 505
regimentos 64
Regimentos 172
regime paraestatal 506

regime previdenciário 319, 336
regime público dominial 377
regime registrário 513
regimes administrativos especiais de bens 500
regimes constitucionais dominiais 376
regimes de natureza administrativa 319
regimes especiais de seguros 523
regime trabalhista 318
regiões metropolitanas 36, 274, 476
registro 315, 512
registro da propriedade industrial 513
registro da propriedade literária 512
Registros 174
regra moral 103
regras 7, 12, 76
regulação 173
regulação da produção e comércio de material bélico 525
regulação da venda e revenda de combustíveis 525
regulação dos investimentos de capital estrangeiro 525
regulação restritiva da propriedade de empresa 525
regulação restritiva de participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão 525
regulações 64
Regulações 172
regulamentação 173
regulamento 151
regulamentos 23, 64
Regulamentos 172
regularidade fiscal 203
reintegração 341, 342, 345, 346
reinvestidura 341
relação administrativa 162
relação jurídica 145, 147, 149

relação jurídica administrativa 269
relação jurídica bilateral ou multilateral 149
relação jurídica obrigacional 183
relação jurídica unilateral 149
relação trabalhista 371, 549
relacionamentos jurídicos extroversos 173
relacionamentos jurídicos introversos 173
relações administrativas 191
relações administrativas de subordinação 548
relações administrativas e estatalmente controladas 14
relações associativas de parceria 299
relações de cooperação e de colaboração 207
relações de coordenação 12, 13
relações de subordinação 12, 13
relações de subordinação e coordenação 12
relações de subordinação e de coordenação 12
relações econômicas do contrato 191
relações econômicas relativas aos recursos minerais 500
relações estatutárias 147
relações homogêneas 216
relações introversas da Administração 207
relações jurídicas 149
relações jurídicas administrativas 273
relações jurídicas concretas 147
relações jurídicas especiais de sujeição 147
relações negociadas 107
relatividade 156
remoção 344
remuneração 329, 333, 340, 351
remuneração dos servidores públicos 335
remuneração proporcional 339
remuneração variável 205
renúncia 231, 235, 489, 491

Renúncia 234

representação política 84

repressão 458

repressão ao poder econômico 533

repressão militar 464

repressão policial 461

requisição 413, 414, 432, 434, 466

requisição civil de natureza preventiva 415

requisição de bens 414

requisição de bens inconsumíveis 412

requisição militar 466

requisições militares 415

rescisão 231, 232, 489

Rescisão 491

rescisão administrativa 233

rescisão do ato administrativo complexo 235

rescisão judiciária 233

reserva remunerada 369

reservas administrativas 26

residência 354

resoluções 64, 68, 126, 150, 639

Resoluções 172

responsabilidade administrativa 357

responsabilidade civil 648, 649

responsabilidade civil dos servidores públicos 358

responsabilidade contratual 648

responsabilidade criminal 359

responsabilidade extracontratual 648

responsabilidade fiscal 132

responsabilidade objetiva 341, 431, 649

responsabilidade patrimonial do Estado 651

responsabilidade penal 648

responsabilização 357, 359

responsabilização administrativa 359
responsabilização civil 359
responsabilização criminal 359
responsabilizações 357
responsividade 89, 90
ressarcimento indenizatório 341
resseguro 522
restrição de vizinhança 433
restrições a estrangeiros 514
restrições constitucionais à empresa estrangeira 514
resultado 118
resultado jurídico 156
resultados 160
retomada do serviço público 489
retratabilidade 230
retratação de atos administrativos 170
retratação desapropriatória 230
retratação expropriatória 230
retratação revocatória 230
retrocessão 228
retrocessão em seguros 522
reversão 231, 342, 489
Reversão 233, 346, 489
revisão 189
revisão geral anual 331
revogação 170, 201, 204, 221, 230, 231
Revolução Científica e Tecnológica 134
Revolução Francesa 52, 134, 143
Revolução Industrial 134
Revolução 14
Revoluções Liberais 141
riqueza mineral 501
risco administrativo 651

- salários 332
salubridade 444
sanação 240
sanatória 157, 227, 228, 239, 240, 241, 254
SANATÓRIA 239
sanatória indireta ou não voluntária 243
sanatória voluntária 240
sanção 8
sanção civil 358
sanção de polícia 443
sanção disciplinar 357
sanção penal 358
sanções administrativas 175
saúde 553
Secretaria de Acompanhamento Econômico SEAE 534
Secretaria de Direito Econômico SDE 534
Secretários Municipais 279
securitização de recebíveis 303
segurança 4, 444, 454, 473, 485
segurança econômica 454
segurança externa 456, 458, 459
segurança interna 456, 459, 460
segurança jurídica 73, 81, 82, 95, 96, 118, 120, 122, 156, 179, 227, 454
segurança nacional 481
segurança política 454
segurança pública 458, 461
Segurança Pública 459
segurança social 454
seguridade social 553, 556
seguro 195
seguro de acidentes do trabalho 523

seguros agrários 523
seguro-saúde 523
seguros de crédito 523
Senac Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial 591
Senado Federal 27
Senai Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial 591
Senar Serviço Nacional de Aprendizagem Rural 591
separação de poderes 52
separação de Poderes 142
serviço adequado 484, 487
Serviço adequado
conceito jurídico indeterminado 471
Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa Sebrae 598
serviço militar 327, 466, 467
Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial Senac 558
serviço público 470, 479
serviços 193
serviços aéreos 404
serviços de utilidade pública 129, 469, 472, 483
Serviço Social da Indústria Sesi 558
Serviço Social do Comércio Sesc 558
serviços públicos 116, 130, 469, 471, 474, 475, 479, 483, 495, 527
Serviços Públicos 129
serviços públicos de eletricidade 506
serviços públicos de interesse local 476
serviços públicos de natureza econômica 285
Serviços públicos estaduais 476
serviços públicos federais 477
Serviços públicos federais 475
Serviços públicos municipais 476
serviços sociais autônomos 292, 298
servidão administrativa 412, 413, 417, 433, 434
servições públicas 394

servidores 318
servidores públicos 317, 318, 322, 333, 335, 551, 650
servidores públicos militares 317
servidor público 320
Servidor público 322
servidor público estatutário 336
Sesc Serviço Social do Comércio 591
Sesi Serviço Social da Indústria 591
sigilo 198, 199, 354
simetria 276
simetria federativa 36
simples colaboração 300
sindicabilidade 90, 151, 155
sistema assistencial 557
Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência SBDC 533
sistema constitucional de freios e contrapesos 19
sistema de controle juridicidade central 289
sistema de normas 5
sistema disciplinar-sancionatório 114
sistema dominial 501
sistema estatal 501
sistema financeiro 516
sistema financeiro nacional 601
Sistema Financeiro Nacional 516, 517, 520
sistema financeiro público 601
sistema fundiário 500
sistema geral da previdência social 554
sistema jurídico administrativo da mineração 501
Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos 403
Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social SINPAS 555
Sistema Nacional de Saúde 554
Sistema Nacional de Seguros Privados 522
Sistema Nacional de Tecnologia 600

sistema polifuncional 7
sistema privatista 500
sistema regaliano 501
Sistema Tributário Nacional 603
Sistema Único de Saúde 554
sítios arqueológicos e pré-históricos 395, 396
situação jurídica 145, 147
soberania 3, 33, 34, 138, 275, 375
soberania nacional 498
sociedade 3, 4, 5, 6, 12, 13, 15, 127, 128, 133, 138
sociedade civil organizada 299
sociedade de economia mista 296
sociedade de propósito específico 213, 302
sociedade organizada 12
sociedade policrática 15
sociedades 7
sociedades comerciais
qualificação 313
sociedades controladas 294
sociedades corretoras de investimentos 519
sociedades de economia 294
sociedades de economia mista 292, 296
Sociedades de economia mista 293
sociedades políticas 4
sociedades seguradoras 522
solidariedade 5, 46, 273
solidariedade de interesses 312
solução arbitrária 9
solução de autoridade 9
solução ética 8
solução jurídica 9
solução transacional 9
soluções consensuais 207

Step in Right 302
subordinação 113, 162
subsidiárias 292
Subsidiárias 294
subsidiariedade 93
subsidiariedade, 93
subsídio 329, 330, 334, 335, 351
subsídios 332
subsistemas de financiamento público 601
substituição 342, 344
subsunção 80
suburbanização 569
Suíça 58
Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal 117
súmula vinculante 681
Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste Sudene 583
Superintendência de Seguros Privados SUSEP 522
Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia Sudam 604
Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste Sudene 604
Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia 584
supremacia constitucional 78, 640
supremacia do interesse público 142
supremacia do Poder Estatal 33
supremacia dos direitos fundamentais 127
supremacia dos princípios fundamentais 96
suspenção 176
suspenção da execução 264
sustação da execução de contratos da Administração Pública 26
sustentabilidade ambiental 205

tarifa 487, 488
tarifa política 484
Técnica de integração 121
técnica de interpretação 119
Técnica de interpretação 119
técnica e preço 203
teoria da culpa administrativa 649
teoria da evidência 82
teoria do acidente administrativo 650
teoria do estatuto 321
teoria do risco administrativo 650
teoria do risco integral 650
teoria dos motivos determinantes 155
teorias contratualistas 320
terapêutica 240
terceirização contratada de serviços acessórios 478
terceirização de mão de obra 317
terceiro setor 299
termo administrativo 183
termo de colaboração 314
Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta 217
termo de depósito 513
termo de parceria 236, 313, 611, 612
termo de parceria. 313
termos de parceria 215, 387
Termos de parceria 391
terrás adéspotas 392
terrás destinadas à viação pública 397
terrás devolutas 393, 397, 661
terrás necessárias a vias federais de comunicação 395
terrás públicas 392
terrás tradicionalmente ocupadas pelos índios 395
terrenos de marinha 394

terrenos marginais 394
território 3
territórios 271
Territórios 279
teto específico coletivo 331
teto remuneratório 331
Teto remuneratório 330
teto remuneratório específico 331
teto remuneratório específico individual 331
teto remuneratório geral 330
tetos remuneratórios específicos 331
tipos de licitação 203
tomada de contas 26
tomada de contas do Presidente da República 258
tomada de preços 201
tombamento 413, 418, 433, 434
tráfego aéreo 404
transações 148
transfederalismo 582
transferência 342, 344, 369
transferências 31
transferências de capital 132
transformação 347
transformação e reclassificação 342
transindividuais 5
transindividualidade 5
transporte coletivo 476
transporte internacional 525
transposição 342, 343
tratados 148
tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte 498
tredestinação 426
Tredestinação 425

tribunais administrativos 249
tribunais de contas 28, 29
Tribunais de Contas dos Estados 259
Tribunais de Contas Municipais 279
Tribunal de Contas 255
Tribunal de Contas da União 259, 633, 634
Tributário 48
tutela judicial de juridicidade 249

U

União 104, 192, 200, 201, 271, 273, 275
unicidade dos subsídios 326
unidade da Federação 198
universalidade 386, 387
universidades oficiais 547
urbanidade 355
urbanismo 563
Uruguai 60
uso 466
uso comum 397
uso do solo urbano 566
usucapião 430
usufruto constitucional 395
usurpação de competência 223
utilidade pública 124, 402, 423, 470
utilização comum 385
utilização comum extraordinária 386
utilização comum ordinária 386
utilização de bens públicos 304, 385, 391
utilização especial 385, 386
utilização privativa 385, 387

- validade 156, 157
Validade 210
valor 8
valores 107
vantagens 351
vencimento 351
vencimentos 332
venda 384
venda de bilheteria 300
Venezuela 60
venire contra factum proprium 118
veracidade 110, 157
verbas indenizatórias 334
veto popular 150
víncio de forma 225
víncio de legalidade 235
vinculação 161, 163, 219
vinculação absoluta 125
Vinculação à lei 125
Vinculação ao Direito 127
vinculação ao instrumento convocatório 198, 199
vinculação relativa 125
vinculação unilateral 299
vínculo administrativo de reconhecimento 137
vínculo de colaboração 314
vínculo de direito público 299
vínculo de parceria 299
violação indireta da lei 225
visão institucional do Direito 7
visto 452
vitaliciedade 340

Viveiros de Castro 61, 633

vontade ficta do contrato 148

vontade geral 20

vontade pública 121

vontade unilateral do Estado 321

Z

zeladoria 28

zona econômica exclusiva 395

zona urbana 567

zoneamento 562, 564, 566, 571

Zoneamento 566