

Direito Administrativo

Estado, Governo e Administração Pública

Organização Administrativa

Conceito, Fontes e Princípios do Direito Administrativo

Poderes Administrativos


Multiverso Jurídico

Rodrigo Cavalheiro Rodrigues
São Paulo, janeiro de 2017

Sumário

1 Estado, Governo e Administração Pública	2
1.1 Elementos essenciais do Estado.....	2
1.1.1 Território	2
1.1.2 Povo.....	3
1.1.3 Soberania.....	3
1.1.4 Finalidade	4
1.2 Governo e Poderes.....	5
1.3 Administração pública.....	5
2 Organização Administrativa	7
2.1 Administração Direta	7
2.2 Órgãos públicos.....	8
2.2.1 Classificação dos órgãos públicos	9
2.3 Centralização, descentralização e desconcentração.....	10
2.4 Administração Indireta.....	11
2.4.1 Autarquias	11
2.4.2 Fundação Pública	13
2.4.3 Empresa Pública	14
2.4.4 Sociedade de Economia Mista	15
2.4.5 Consórcios Públicos mediante associação pública.....	15
3. Conceito, fontes e princípios do Direito Administrativo.....	17
3.1 Conceito	17
3.2 Fontes.....	17
3.2.1 Lei	18
3.2.2 Jurisprudência	18
3.2.3 Súmula vinculante	18
3.2.4 Costume	18
3.2.5 Princípios gerais do direito.....	19
3.3 Princípios do Direito Administrativo	19
3.3.1 Princípios constitucionais expressos: “LIMPE”	19
3.3.2 Princípios implícitos.....	21
4 Poderes administrativos.....	25
4.1 Poder hierárquico.....	25

4.2 Poder disciplinar.....	26
4.3 Poder regulamentar e normativo.....	26
4.4 Poder de polícia.....	27
4.5 Poder vinculado e poder discricionário.....	29
4.6 Uso e abuso do poder	29
Referências bibliográficas	31

Try not. Do. Or do not. There is no try.
Mestre Yoda

1 Estado, Governo e Administração Pública

O Estado como entidade política não é um fato natural, mas criação da razão. É fruto da história e da evolução social da espécie humana, que se integrou em comunidades e cujo conjunto forma o que se convencionou chamar de sociedade.

O desejo de compreender e estudar as sociedades fez surgir a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política como ramos do saber especializados em assimilar e detalhar o fenômeno comunitário em larga escala, ou seja, perceber a organização política da sociedade.

O adequado entendimento do fenômeno estatal exige digressões históricas e análises culturais que estão além do objetivo desta apostila. Por esse motivo, parte-se imediatamente para a conceituação de Estado como a *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*.¹

Buscando ensinamentos de Bobbio,² adota-se como condição necessária e suficiente para que exista um Estado o fato de que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condições de tomar decisões e emanar comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada.

Continuando por este caminho, vislumbra-se o Estado como a mais complexa das organizações criadas pela humanidade, sendo simultaneamente um fato social e como tal passível de estudo pela sociologia, mas também um fenômeno normativo e, nessas condições, conhecível e estudado pelo Direito. *O Estado é a organização política sobre a qual vive a humanidade moderna, caracterizado por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente*.³

Em outras palavras, Miguel Reale define Estado como a *organização da nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal*. Ressalta, ainda, que para tal fim o estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça.⁴

O Estado é ao mesmo tempo um meio e um fim. De um lado é meio, na medida em que sua estrutura e sua força originam-se historicamente, para possibilitar aos indivíduos uma vida condigna no seio de uma comunidade fundada nos valores da paz e do desenvolvimento. Por outro lado, o Estado se põe como um fim, enquanto representa uma ordem jurídica e uma ordem econômica, cujos valores devem ser respeitados por todos como condição de coexistência social harmônica, onde os direitos de cada um pressupõe iguais direitos dos demais.⁵

Considerando estas conceituações, observa-se que a noção de Estado sempre envolve a junção de algumas características, entendidas como seus *elementos essenciais*. A maioria dos autores aponta três: *território, povo e poder soberano*. Alguns, como Dallari, indicam a *finalidade* como um quarto elemento.

1.1 Elementos essenciais do Estado

1.1.1 Território

O território é a base geográfica do Estado. É a parcela do globo terrestre que se encontra sobre sua jurisdição. É elemento material essencial ao Estado, onde este exerce sua soberania com

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 119.

² BOOBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 95.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5 ed. São Paulo : Celso Bastos Editora, 2002, p. 41.

⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 76.

⁵ Id, p. 80.

exclusividade, fazendo valer, tão-somente, a sua ordem jurídica.⁶ Deste afastamento de normas jurídicas estrangeiras extrai-se o princípio da territorialidade.

Os limites territoriais englobam, além da superfície do solo, que é sua base essencial, o espaço aéreo, o mar territorial e a plataforma continental. Entende-se por espaço aéreo toda a porção aérea situada acima da base geográfica delimitada em solo e mar territorial, sem que uma demarcação para esta extensão tenha sido estabelecida. Tal espaço é considerado integrante do território nacional, cabendo ao país, portanto, sobre ele exercer sua soberania.

O *mar territorial* é definido na Lei nº 8.617/1993 como sendo uma faixa que compreende doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil. O mar territorial não se confunde com a zona contígua e com a zona econômica exclusiva. Aquela é uma faixa que se estende das doze às vinte e quatro milhas marítimas, onde o Brasil pode tomar medidas de fiscalização, enquanto esta compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, onde o Brasil exerce soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais para fins econômicos. Ressalta-se que as zonas contíguas e econômica exclusiva não compõem o território brasileiro, sendo apenas áreas geográficas de interesse.

A *plataforma continental* compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

1.1.2 Povo

O povo é o elemento subjetivo que forma um Estado. É o substrato humano, o conjunto de nacionais de um Estado, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um sentimento de nacionalidade, em virtude do parentesco, da religião, da língua, da cultura, ou até mesmo dos ideais políticos. A propósito, a ideia de nacionalidade parte de uma concepção jurídica de povo, implicando em subordinação deste ao Estado.⁷

O povo erige-se em unidade política, sendo nos Estados democráticos o titular da soberania, tal como delineado na Constituição Federal brasileira que declara que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente* (CF, art. 1º, parágrafo único). Denota-se a noção de cidadania, o que importa em conferir a alguns nacionais a prerrogativa do gozo de direitos políticos, sem os quais não há que se falar em democracia.

Ressalta-se que o conceito de povo não se confunde com o de nação. A concepção de nação vem da ideia de pertinência a um grupo. As pessoas, cultivam esse sentimento de junção em função de raça, descendência, língua, cultura, enfim, de traços comuns aglutinadores.⁸ Tais traços estão relacionados com a organização política, todavia, o conceito de povo é dado por força da norma jurídica, pois este é tão somente *o conjunto de indivíduos que vivem em um determinado Estado*.⁹

1.1.3 Soberania

A soberania, nos termos da Constituição Federal brasileira, é o primeiro fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, I), constituindo-se em uma das bases da ideia de

⁶ Bastos, 2002, p. 69.

⁷ Id, p. 77

⁸ Id, p. 85

⁹ Id, p. 86

Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este fosse definido e, por exercer grande influência prática nos últimos séculos, tornou-se característica fundamental do Estado. A noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder.¹⁰

Concebida em termos políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como *o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências*. De outra banda, uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o poder de *decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito*.¹¹ A soberania é um atributo do Estado, traduzido pela circunstância de não reconhecer outro poder como superior ou igual, internamente, e, ainda, como superior a si, externamente.¹²

Importante ressaltar que soberania não se confunde com autonomia. Nas federações, a soberania aparece na forma de atributo do Estado Federal como um todo, característica da União, enquanto que aos Estados-membros é negado tal atributo, sendo-lhes garantida a autonomia.¹³ Esta, por sua vez, importa na descentralização político-administrativa, mas não resultando na sujeição hierárquica entre União e Estados-membros, porém, exigindo a repartição de competências administrativas, legislativas e judicantes.¹⁴

Os Estados-membros possuem autonomia, o que importa em auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.¹⁵ A auto-organização é possibilitada pelo Poder Constituinte Derivado Decorrente, que determina a existência de constituições estaduais, nas quais, e em conjunto com a Constituição Federal, estabelecem-se o poder de normatização própria.¹⁶ A autonomia estadual também se caracteriza pelo autogoverno, na medida que o povo de cada Estado-membro escolhe diretamente os seus representantes para os executivos e legislativos locais. Disto advém a autoadministração, que implica no exercício de competências, constitucionalmente delimitadas, independentemente da União.

Soberania, no entanto, apenas o Estado Federal possui, como pessoa reconhecida pelo Direito Internacional, dotada de poder supremo de autodeterminação, que, juridicamente, não se limita por nenhum outro.¹⁷

1.1.4 Finalidade

Dalmo de Abreu Dallari aponta a finalidade do Estado como um dos seus elementos essenciais. Justifica este posicionamento afirmando que a falta de consciências das finalidades é que faz com que, não raro, algumas funções importantes, como a economia e as finanças, que representam apenas uma parte do que o Estado deve objetivar, sejam tomadas como finalidade única ou primordial, em prejuízo de tudo o mais.¹⁸

Ressalta, que o Estado, como sociedade política que é, tem a finalidade geral de ser meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Deduz, então, que o fim do Estado é o bem comum do seu povo.¹⁹

¹⁰ Dallari, 2005, p. 74-80.

¹¹ Id.

¹² Bastos, 2002, p. 94-99

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 780.

¹⁴ Id.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 284.

¹⁶ Id.

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, p. 104.

¹⁸ Dallari, 2005, p. 103-108.

¹⁹ Id.

1.2 Governo e Poderes

Poder é um fenômeno sociocultural, pois é inerente aos agrupamentos humanos. É entendido, no viés político, *como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. O poder político, que tem no ordenamento jurídico seu instrumental, é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina visando ordenar as relações entre grupos e indivíduos.*²⁰

Para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o poder político e a forma de exercê-lo devem estar estruturados na Constituição Federal e na legislação. Para possibilitar o governo, o ordenamento jurídico cria entidades, órgãos e cargos públicos. Estes ocupados por pessoas naturais, que em nome do Estado exercem as funções públicas.

A Constituição Federal (art. 2º) informa que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Pacificou-se na doutrina jurídica que é equivocado se falar em tripartição do poder, pois este é uma unidade, sendo um atributo do Estado. O que se divide são os órgãos e funções.

Pedro Lenza ressalta que na obra “Política”, Aristóteles vislumbrou a existência das três funções estatais e que essa visão foi aprimorada por Montesquieu, no “Espírito das Leis”.²¹ Alexandre de Moraes também destaca Locke, com a obra “O Segundo Tratado do Governo Civil”, como um importante filósofo que reconheceu aquelas funções.²²

Para desempenhar precipuamente cada uma das funções, criaram-se órgãos específicos, aglutinados sob a denominação *poder*. Adverte-se que a palavra poder tem diversas acepções, ora significando a soberania do povo, como na frase “todo poder emana do povo”, ora se referindo aos órgãos que executam as funções estatais, como ocorre nas expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A organização política e jurídica destes poderes forma a ideia de *governo*, que pode ser entendido a partir de três sentidos: *formal*, como o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; *material*, sendo o complexo de funções estatais básicas; e *operacional*, constituindo-se na condução política dos negócios públicos.²³ A constante do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.²⁴

1.3 Administração pública

A noção de administração pública acompanha a de governo, compreendendo-se aquela também a partir dos três sentidos que se entende este. Dessa forma: no *sentido formal*, administração pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; no *material*, o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; no *sentido operacional*, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.²⁵

Di Pietro assinala somente os sentidos formal (subjetivo ou orgânico) e material (objetivo ou funcional), incluindo neste o aspecto operacional.²⁶ Em sua doutrina, o vocábulo administrar abrange a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de

²⁰ Silva, 1999, p. 111.

²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 511.

²² MORAES, 2013, p. 417.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 59.

²⁴ Id.

²⁵ Id.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 49.

executar, sendo que a expressão administração pública indica uma vontade decorrente da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador.²⁷

Igualmente explorando a etimologia da palavra administração, Gasparini ensina que dela se extrai a ideia de comando, orientação, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão.²⁸ Neste sentido, administrar encerra uma noção geral de relação hierárquica.²⁹

Entre os doutrinadores, também há indicação dos sentidos subjetivo e objetivo da administração pública. O *sentido subjetivo*, equivalente ao sentido formal, significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas.³⁰ Ou seja, considera-se o sujeito que exerce a função administrativa.

O *sentido objetivo*, equivalente ao sentido material, abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente as necessidades coletivas, o que envolve fomentar a iniciativa privada de utilidade pública, exercer pelo poder de polícia as restrições a direitos individuais determinadas em lei, bem como executar os serviços públicos, direta ou indiretamente.³¹

²⁷ Id.

²⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 44.

²⁹ Id.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 9-10.

³¹ Di Pietro, 2008, p. 54.

2 Organização Administrativa

O Estado, já conceituado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território, pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que têm constitucionalmente a seu cargo, como pode realizá-las através de outros sujeitos.

Necessário para o bom entendimento deste tema, a compreensão de que o vocábulo *pessoa* indica na Ciência Jurídica o *sujeito fundamental do Direito*, ou seja, aquele que por ter *personalidade jurídica é titular de direitos e detentor de obrigações*.

O ser biológico é facilmente identificado como aquele que realiza na ordem jurídica seus interesses, bem como também destinatário da tutela conferida pela lei. Não obstante, de grande relevância para o Direito Administrativo são as entidades não biológicas, mas dotadas de personalidade pela lei, igualmente designadas de *sujeitos de direito*. São as *pessoas jurídicas*, que, segundo de Cretella Júnior, tratam-se de bem cultural com que trabalha o direito, que lhe dá nascimento e reconhece a existência.³² A pessoa jurídica não é ente humano, mas também não é ficção, porque o direito não é extraído do nada, mas de suportes palpáveis, que existem e que tem valor para a sociedade.³³

As *pessoas jurídicas de direito público* não se confundem com as *pessoas jurídicas de direito privado*. A pessoa jurídica pública é um sujeito de direito que, direta ou indiretamente, está, pela Constituição ou pela lei, unido ao Estado para integrar ou desenvolver-lhe a função estatal.³⁴ São pessoas jurídicas públicas as que têm por escopo a satisfação dos interesses públicos, ou seja, interesses que são ou do Estado ou de entidades por ele constituídas ou reconhecidas.³⁵

Assim, as entidades que formam o Estado brasileiro devem ser entendidas como pessoas jurídicas sendo que os entes políticos e as autarquias são pessoas jurídicas de direito público interno. Curiosamente, esta previsão não consta em uma norma de Direito Administrativo, mas no Código Civil (art. 41). Outras entidades, tais como Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado que pertencem a um ente público.

Considerando-se o aspecto subjetivo da Administração Pública, ou seja, o Estado como pessoa jurídica, como um sujeito de direitos e obrigações, forma-se a divisão entre *Administração direta* e *Administração Indireta*.

2.1 Administração Direta

A Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, as quais foi atribuída competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.³⁶

As pessoas federativas são os entes políticos, todos considerados pessoas jurídicas de direito público interno: a União, que é a pessoa jurídica que representa o governo federal; os Estados-membros; o Distrito Federal; e os Municípios. O estudo dessas entidades é um assunto de Direito Constitucional, no que concerne a questões da Federação brasileira, pois é na Constituição Federal que se estabelece a repartição de competências materiais e legislativas entre tais entes (CF, arts. 20/36).

Para o Direito Administrativo cabe a análise do regramento relacionado à organização e funcionamento destas pessoas jurídicas. Assim, na esfera federal, a Administração Direta é

³² CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo – Volume I: teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro; São Paulo : Companhia Editora Forense, 1966, p. 28-33.

³³ Id.

³⁴ Id.

³⁵ Id.

³⁶ Carvalho Filho, 2006, p. 372.

regulada pelo Decreto-lei nº 200/67, que foi revogado parcialmente e tacitamente pela Lei nº 10.683/03, entre outras. Segundo aquele decreto, a *Administração Direta se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios*.

Nos termos da Lei nº 10.683/03, a Presidência da República é constituída essencialmente por Gabinetes e Secretarias Especiais, possuindo, ainda, órgãos de assessoramento. Ressalta-se que o Presidente da República exerce a chefia do Poder Executivo Federal, sendo auxiliada por Ministros de Estado (CF, art. 76).

2.2 Órgãos públicos

Entidade, de acordo com Meirelles, é pessoa jurídica; *órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence*.³⁷ Nestes termos, os órgãos administrativos não são pessoas jurídicas, ou seja, não são sujeitos de direitos e obrigações. Na verdade, os órgãos compõem as pessoas, tal qual o coração e o pulmão integram a pessoa humana, Ministérios, Secretaria, Departamentos, etc., constituem as pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Órgãos públicos ou órgãos administrativos são unidades de atuação, que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada.³⁸ São *unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado*.³⁹

A definição de Hely Lopes Meirelles costuma ser uma das mais lembradas em concursos públicos. Para ele, *órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem*.⁴⁰

Sempre importante lembrar que os agentes públicos são as pessoas naturais que realizam as atividades públicas, sendo que os órgãos públicos são o círculo jurídico dotados pela lei de certas atribuições. Essas atribuições constituem-se de um plexo de *competências públicas*, que são deveres-poderes exercidos pelos agentes públicos, que sempre devem atuar em prol do interesse da coletividade. As competências públicas são de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pelo agente e imprescritíveis.

Como exemplo, toma-se a União, entendida como a pessoa jurídica de direito público interno que representa o Governo Federal e que tem na Presidência da República sua chefia. As competências da Presidência estão definidas na Constituição Federal (CF, art. 84), enquanto que sua estrutura está normatizada na Lei nº 10.683/03, que atribui competências a diversos órgãos, hierarquicamente inferiores à Presidência. Por exemplo, nesta Lei consta que são atribuições da Casa Civil, entre outras, as de coordenar e integrar as ações do Governo e de avaliar e monitorar a ação governamental.

Todo e qualquer ato realizado pela Presidência da República ou pelos integrantes da Casa Civil é realizado por uma pessoa natural, mas é imputado à pessoa jurídica, que no caso é a União. Pela teoria do órgão, a pessoa jurídica opera por si mesma, sendo o órgão uma parte dela, não um ente autônomo.⁴¹

³⁷ Meirelles, 2001, p. 60.

³⁸ Medauar, 1996, p. 56.

³⁹ Mello, 2013, p. 144.

⁴⁰ Meirelles, 2001, p. 62.

⁴¹ Cretella Júnior, 1966, p. 92.

2.2.1 Classificação dos órgãos públicos

Cretella Júnior aduz que para tentar qualquer classificação é indispensável eleger um critério, eixo de distribuição e agrupamento de objetos de estudo em determinadas classes.⁴² No entanto, diversos são os critérios escolhidos pelos doutrinadores brasileiros, razão pela qual, citam-se apenas os mais usualmente exigidos em concursos públicos.

Quanto à posição estatal

Adotando-se o critério da posição estatal, que leva em conta a hierarquia em que os órgãos são dispostos, estes podem ser *independentes*, *autônomos*, *superiores* ou *subalternos*.⁴³ Os *independentes* estão no ápice da estrutura governamental, tendo previsão constitucional, representam os Poderes e são exercidos por agentes políticos. São exemplos as Casas Legislativas, o Supremo Tribunal Federal e a Presidência da República. Os órgãos *autônomos* localizam-se na cúpula das decisões políticas, imediatamente abaixo dos órgãos independentes, possuindo ampla autonomia administrativa. São os Ministérios e as Secretarias de Estado, por exemplo. Os órgãos *superiores* são os que possuem poderes de direção, controle, decisão e comando, mas se sujeitam a uma chefia mais alta, constituindo-se as primeiras repartições dos órgãos independentes e autônomos, tais como Gabinetes, Secretarias-Gerais e Coordenadorias. Os órgãos *subalternos* possuem reduzido poder de decisão, com predominância de funções de execução.⁴⁴

Quanto à esfera de atuação

Pelo critério da esfera de atuação, os órgãos públicos podem ser centrais ou locais. Os *centrais* atuam em todo o território nacional, estadual ou municipal, de acordo com a pessoa jurídica que integra. Os *locais* atuam em parte do território, como ocorre com as Delegacias Regionais da Receita Federal.⁴⁵

Quanto à estrutura

Considerando-se a estrutura, os órgãos públicos podem ser simples ou compostos.⁴⁶ Os *simples* também chamados de unitários, são constituídos por um único centro de competência, não tendo outros órgãos agregados. São identificados como as últimas repartições da Administração, comumente chamados de “seções” e “serviços”.⁴⁷

Os órgãos *compostos* reúnem outros órgãos vinculados a sua estrutura, gerando desconcentração e exercendo atividade-meio.⁴⁸ Por exemplo, um Ministério tem em sua estrutura diversos outros órgãos, tais como secretarias, departamentos, etc.

Quanto à atuação funcional

Em relação à atuação funcional, os órgãos podem ser singulares ou colegiados.⁴⁹ Os órgãos *singulares*, são os que possuem um único titular, como ocorre em um determinado Ministério de Estado, cujo titular é somente o respectivo Ministro. Os órgãos *colegiados* têm mais de um titular,

⁴² Id, p. 93.

⁴³ Di Pietro, 2008, p. 482.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Gasparini, 2008, p. 52.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Meirelles, 2001, p. 68.

situação em que as decisões são tomadas por votação. São normalmente designados de “Conselhos”, como o Conselho Nacional de Justiça, formado por 15 (quinze) conselheiros.

Quanto à função

Em relação à função, ou critério funcional, os órgãos públicos são ditos *ativos, de controle e consultivos*.⁵⁰ Os órgãos *ativos* são os que possuem competência para tomar decisões. Os de *controle*, como o nome indica, exercem o controle da administração, alguns de forma interna, fiscalizando a própria pessoa jurídica que integram, como a Controladoria-Geral da União, outros por atividade externa, como os Tribunais de Contas. Os órgãos *consultivos* desempenham a função de aconselhamento dos órgãos ativos, sem vincular a decisão destes. Por exemplo, os Conselhos da República e de Defesa Nacional devem ser consultados previamente em casos de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, sem, contudo, sujeitar a decisão da Presidência da República sobre a conveniência de adotar tais medidas excepcionais.

2.3 Centralização, descentralização e desconcentração

Estudou-se nos tópicos anteriores que o Poder Público tem como finalidade buscar a realização do bem comum, ou seja, atender aos interesses da coletividade. Para tanto, a estrutura política é organizada em diversas entidades, que por sua vez são compostas de órgãos que recebem da norma jurídica competências para alcançar os objetivos do Estado. Essa atividade estatal pode ser desempenhada de forma centralizada ou descentralizada, e, ainda, desconcentrada.

Entende-se por *centralização* a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional.⁵¹ Dessa forma, a *Administração Centralizada* identifica-se com a *Administração Direta*.

A *descentralização administrativa* ocorre quando o Estado atua indiretamente, através de outras pessoas juridicamente distintas dele.⁵² É o que Di Pietro chama de distribuição de competências de uma para outra pessoa.⁵³ Esta descentralização pode ser por serviços ou por colaboração.

A *descentralização administrativa por serviços*, também chamada de funcional ou técnica, é a que se verifica quando o Poder Público cria uma pessoa jurídica e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. Nota-se que neste caso ocorre a transferência da titularidade para a entidade criada.⁵⁴ Este tipo de descentralização gera a *Administração Indireta*.

A descentralização administrativa por colaboração ocorre quando o Poder Público, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, transfere a execução e determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado. Neste caso, esta pessoa jurídica já existia, não tendo sido criada pelo Poder Público, que conservará para si a titularidade do serviço, transferindo somente sua execução.⁵⁵ Exemplos dessa descentralização são a concessão e permissão, reguladas pela Lei nº 8.987/95.

A *descentralização administrativa* supramencionada não se confunde com a *descentralização política*. Esta ocorre quando há uma pluralidade de pessoas jurídicas públicas com competências políticas, investidas no poder de fixar os altos interesses da sociedade.⁵⁶ Os Estados-Membros da Federação brasileira são exemplos de descentralização política.

⁵⁰ Di Pietro, 2008, p. 483.

⁵¹ Carvalho Filho, 2006, p. 371.

⁵² Mello, 2013, p. 154.

⁵³ Di Pietro, 2008, p. 389.

⁵⁴ Id, p. 391.

⁵⁵ Id, p. 393.

⁵⁶ Gasparini, 2008, p. 315.

Desconcentração, por seu turno, é a distribuição de competências que a norma jurídica faz dentro das pessoas jurídicas, em outras palavras, é a *criação de órgãos com suas respectivas atribuições*, ou, o *fenômeno da distribuição interna de plexos de competência decisória*.⁵⁷

Em resumo, centralização é o desempenho das atividades administrativas pela Administração Direta, descentralização é criar pessoas jurídicas diversas dos entes políticos, atribuindo a elas determinadas funções, e, desconcentrar é distribuir as competências de uma pessoa jurídica entre seus órgãos internos.

2.4 Administração Indireta

A Administração Indireta é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.⁵⁸ É composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada.⁵⁹

Administração Indireta, portanto, é a designação dada ao conjunto de pessoas jurídicas que desempenham alguma atividade estatal, ou de interesse estatal, de forma descentralizada, auxiliando a Administração Direta. Por esta são supervisionadas, sem que haja, todavia, subordinação hierárquica imediata, uma vez que as entidades da Administração Indireta, justamente por serem sujeitos de direito, possuem autonomia.

Compõem a Administração Indireta, nos termos do Decreto-lei nº 200/67, as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista. Além disso, em razão da Lei nº 11.107/05, devem ser incluídos dentre as entidades da Administração Indireta os Consórcios Públicos constituídos como associação pública.

Registra-se que as entidades paraestatais não integram a Administração Pública. Tais entidades são entes de cooperação do Estado, com personalidade jurídica de direito privado, que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse público. Podem, inclusive, serem subvencionadas pelo Poder Público, mas não participam da tomada de decisões de caráter público ou da estrutura administrativa do Estado. As mais conhecidas são as entidades do sistema “S”, tais como SENAC, SESI, SENAI, etc...

2.4.1 Autarquias

Pela conceituação legal, Autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (Dec-lei nº 200/67, art. 5º, I).

A definição dada pela norma jurídica é muito criticada pelos doutrinadores. Mello afirma que a caracterização das autarquias feita pelo Decreto-lei nº 200/67 é uma grande infelicidade, preferindo defini-las de forma sucinta como *pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa*.⁶⁰ De fato, a conceituação normativa sequer menciona na natureza de Direito Público das autarquias, o que acabou sendo assinalada pelo art. 41 do Código Civil.

Cretella Júnior, em obra escrita antes do Decreto-lei nº 200/67, remonta a influência italiana na formulação do instituto da autarquia, reunindo uma série de conceitos e os resumindo na ideia de que *autarquia é um serviço público especial personalizado*.⁶¹ Após analisar diversas

⁵⁷ Mello, 2013, p. 154.,

⁵⁸ Carvalho Filho, 2006, p. 376.

⁵⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6 ed. Niterói : Impetus, 2012, p. 106.

⁶⁰ Mello, 2013, p. 164.

⁶¹ Cretella Júnior, 1966, p. 48.

definições, formula um conceito mais completo, caracterizando autarquia como *a pessoa jurídica de direito público interno criada por lei da União, do Estado ou do Município para a consecução de determinados serviços de natureza pública, delegados pelo Estado, com capacidade de autogovernar-se e com orçamento próprio, sujeita à tutela e vigilância da entidade criadora*.⁶²

Nota-se que a grande característica das autarquias é ser constituída como pessoa jurídica para realizar atividade administrativa de forma autônoma, por delegação do Estado. As autarquias, portanto, são precursoras da ideia de Administração Indireta.

A palavra autarquia é de origem grega e significa comando próprio, direção própria.⁶³ Assinala-se, portanto, a personalidade jurídica própria destas entidades, que são sujeitos de direitos e obrigações, o que importa em dizer que, além de direção própria, elas possuem patrimônio próprio.⁶⁴

Dessa forma, não há uma subordinação direta das autarquias aos entes políticos que as criaram, ou seja, *não há hierarquia*. Todavia, há controle, na forma de *supervisão ministerial*. Dessa forma, a Presidência da República ou o Ministério correspondente designam os dirigentes das autarquias, recebem relatórios e outras informações, aprovam proposta de orçamento, realizam auditoria e avaliação periódica de rendimento e efetivam intervenção se necessário ao interesse público (Dec-lei 200/67, art. 25).

A natureza de direito público também deve ser ressaltada, de forma que os atos praticados pelas autarquias são atos da Administração Pública, sujeitando-se a normatização peculiar do setor público, como, por exemplo, a obrigatoriedade de seguir a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). Seus bens são públicos, sendo, portanto, inalienáveis quando de uso comum ou de uso especial (Código Civil, art. 100) e insuscetíveis de penhora e de se tornarem objeto de garantia real. Como regra, seu quadro de pessoal é formado por servidores públicos.

Importante frisar que, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal, somente por lei específica pode ser criada autarquia.

Autarquias especiais ou sob regime especial

No âmbito das autarquias, destacam-se as autarquias sob regime especial, que Gasparini se refere apenas como sendo autarquias que possuem maiores privilégios que as autarquias comuns, a exemplo das universidades públicas e das agências reguladoras.⁶⁵

As *agências reguladoras*, cuja denominação foi adotada há poucos anos no Direito brasileiro, tem recebido atenção diferenciada de alguns doutrinadores. Mello, no entanto, afirma que a única particularidade marcante destas, a ponto de merecer a designação de autarquia sob regime especial, é o fato de que seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, para o exercício de um mandato a prazo certo.⁶⁶

As agências reguladoras têm como finalidade disciplinar e controlar certas atividades, sendo que as mais lembradas costumam ser a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei nº 9.478/97).

As *agências executivas* não se confundem com agências reguladoras. Aquelas não são pessoas em si, mas meras qualificações atribuídas a autarquias ou fundações públicas, para que firmem contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor. A qualificação é dada por ato da

⁶² Id, p. 56.

⁶³ Gasparini, 2008, p. 316.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id, p. 326.

⁶⁶ Mello, 2013, p. 173.

Presidência da República, para que tenham primeiro um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, para então firmarem contrato de gestão.

2.4.2 Fundação Pública

Fundação, seja pública ou privada, é um patrimônio personalizado, afetado a um fim não lucrativo. Este patrimônio, substrato econômico da Fundação, é um complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito, que foi transformado em pessoa jurídica, sendo sua finalidade determinada pelo ato que a instituiu.⁶⁷ A Fundação será privada se constituída por pessoa da iniciativa privada e pública quando uma entidade estatal tiver sido a instituidora.⁶⁸

No que concerne à Fundação Pública federal, o Decreto-lei nº 200/67 a define como a entidade dotada de *personalidade jurídica de direito privado*, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por 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 (art. 5º, IV).

No entanto, o mesmo Decreto-lei determina que as fundações públicas adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações (art. 5º, § 3º).

Nota-se que o Decreto-lei nº 200/67 determina que as fundações públicas tenham personalidade jurídica de direito privado, mas que a elas não sejam aplicadas as regras do Código Civil sobre o tema. Tal contradição leva a uma grande confusão, assinalada pelos doutrinadores.

Para Mello, é absolutamente incorreta a prescrição normativa de que as fundações públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, sendo, na verdade, de Direito Público, ressaltando que as fundações públicas têm capacidade exclusivamente administrativa, sendo, portanto, autarquias.⁶⁹

Diferentemente, Gasparini entende que as Fundações Públicas podem ser criadas tanto sob o regime do Direito Público como do Direito Privado, sendo aquele marcado por poderes e sujeições indicados na lei de sua criação.⁷⁰

Segundo Carvalho Filho, a posição dicotômica é a majoritária no âmbito dos tribunais.⁷¹ Dessa forma, para fins de concurso público, deve-se adotar que a expressão “Fundação Pública” indica apenas que esta pessoa jurídica foi instituída por uma entidade da Administração Pública, podendo ter sido criada sob o regime jurídico do Direito Público, se criada por lei específica, ou Privado, se criada a inscrição da escritura pública com autorização de lei.

Não obstante, as características das Fundações Públicas as aproximam bastante das autarquias, pois, aquelas também são pessoas jurídicas com autonomia e patrimônio próprios, que desempenham alguma atividade administrativa. Se criadas por lei para realizar função estatal, têm natureza de direito público, sendo também designadas de *fundações autárquicas, governamentais ou estatais*.

⁶⁷ Gasparini, 2008, p. 327.

⁶⁸ Carvalho Filho, 2006, p. 423.

⁶⁹ Mello, 2013, p. 188.

⁷⁰ Gasparini, 2013, p. 328.

⁷¹ Carvalho Filho, 2006, p. 427.

2.4.3 Empresa Pública

A respeito das empresas públicas não há a confusão que existe em relação às fundações. Uma empresa pública difere da empresa privada somente no que concerne ao detentor do capital, que no caso daquela é o Poder Público. Em quase todos os outros quesitos, as empresas públicas seguem a disciplina do setor privado, portanto, os doutrinadores não divergem quanto à caracterização das empresas públicas como pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, a designação *empresa pública* apenas indica que esta pertence a um ente público. Todavia, *possui natureza jurídica de direito privado*, o que implica em subordinação a diretrizes da livre concorrência e da livre iniciativa.

Para a esfera federal, o Decreto-lei nº 200/67 define empresa pública como 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 qualquer das formas admitidas em direito* (art. 5º, II).

Este conceito deve ser adaptado à disciplina constitucional atual, motivo pelo qual, deve-se substituir a regra de que a empresa pública é *criada por lei* pela prescrição de que a sua *instituição é autorizada por lei* (CF, art. 37, XIX).

As empresas públicas podem criar subsidiárias, ou, ainda, participar de empresas privadas, desde que tenham *autorização legislativa* específica (CF, art. 37, XX). Não se deve confundir autorização legislativa com lei. Ambos são atos do Poder Legislativo, todavia, a lei é um ato complexo que exige a participação da Chefia do Poder Executivo, que sanciona ou veta o projeto aprovado pelos parlamentares. A autorização legislativa é ato exclusivo da Casa Legislativa, veiculada na forma de decreto-legislativo (CF, art. 49, X).

Ressalta-se que a noção de empresa pressupõe a exploração de atividade econômica, o que implica na geração de lucros. Sobre este tema, deve-se anotar que a Constituição Federal reserva a exploração da atividade econômica à iniciativa privada, determinando que o Estado somente adentrará nesta seara por exceção, quando *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei* (CF, art. 173). O regramento constitucional restringe a possibilidade de atuação do Estado na exploração econômica, razão pela qual não se pode adotar plenamente o comando do Decreto-lei nº 200/67 quando indica que o Governo pode exercer atividade econômica por conveniência administrativa. Além do caráter econômico, uma empresa pública pode ser criada para prestar serviços públicos.

Pode-se conceituar as empresas públicas como *pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos*.⁷²

Traço diferencial de uma empresa pública é que o seu capital pertence exclusivamente a um ente público ou a entes públicos. As empresas públicas podem adotar quaisquer das formas admitidas em direito, logo, se pertencem a uma única pessoa jurídica, como no caso da Caixa Econômica Federal, tem-se uma empresa unipessoal. Todavia, não há impedimento de que o capital de uma empresa pública pertença a mais de uma pessoa jurídica de direito público.

O regime jurídico é o do setor privado. Porém, a disciplina típica dos particulares somente se aplica no que concerne às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.⁷³ Dessa forma, os funcionários das empresas públicas são empregados contratados conforme a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além disso, os efeitos dos negócios jurídicos firmados pelas empresas

⁷² Id, p. 404.

⁷³ Id, p. 410.

públicas se submetem às regras de equilíbrio obrigacional, não havendo privilégios contratuais nem benefícios que afetem a concorrência do mercado.

Por serem integrantes da Administração Pública, as empresas públicas, não seguem exclusivamente as regras privadas. Assim, os empregados somente são contratados após aprovação em concurso público, os contratos devem ser precedidos de licitação e seus atos são submetidos ao controle administrativo.

Observa-se, porém, que a Constituição Federal (art. 173, § 1º) determina que o legislador crie o “estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista”. Este dispositivo está pendente de regulamentação, mas, quando a norma for criada, situações como a licitação e contratação de obras e serviços por parte de empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ter regramento diferenciado em relação à Administração Direta e autárquica.

Por fim, resta lembrar que os litígios envolvendo as empresas públicas federais devem ser julgados pela Justiça Federal, em função do notório interesse da União, ressalvada as competências da Justiça do Trabalho e Eleitoral (CF, art. 109, I).

2.4.4 Sociedade de Economia Mista

As sociedades de economia mista possuem regramento quase idêntico ao das empresas públicas. Diferem quanto à constituição do capital, forma jurídica e foro para solução de litígios. O conceito fixado pela norma jurídica define esta entidade como aquela “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 a entidade da Administração Indireta”. Ressalva-se, novamente, que a Constituição Federal prescreve que as sociedades de economia mista têm sua *instituição autorizada por lei*, não sendo criadas diretamente por lei.

Enquanto que o capital de uma empresa pública pertence exclusivamente a um ente público, o das sociedades de economia mista permitem a participação de particulares, devendo as ações com direito a voto pertencerem em sua maioria a entidade da Administração Pública.

Devem adotar, obrigatoriamente, a forma de *sociedade anônima*, diferentemente das empresas públicas, que podem adotar quaisquer das formas empresariais previstas na legislação civil. Os litígios envolvendo seus interesses são conhecidos e julgados pela Justiça Comum Estadual, naquilo que não for de competência das Justças do Trabalho e Eleitoral.

Nos outros temas, as normas aplicáveis são as mesmas das empresas públicas, ou seja: possuem natureza jurídica de direito privado; seguem o regime jurídico próprio do setor privado, submetendo-se a legislação civil, comercial, trabalhista e tributária; respeitam normas de direito público básicas, como a necessidade de licitar e de fazer concurso público para escolha de empregados; seus funcionários seguem o regime celetista; sua finalidade pode ser a exploração econômica, a exemplo da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, ou prestação de serviços públicos, como faz a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM.

3.4.5 Consórcios Públicos mediante associação pública

A palavra consórcio sempre indicou uma associação despersonalizada de pessoas, naturais ou jurídicas, para a realização de um objetivo comum. É uma das muitas modalidades de cooperação econômica, em virtude da qual as empresas associadas regulam entre si a maneira de executar as suas operações.⁷⁴

⁷⁴ DE PLÁCIDO e SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, 1967, p. 412.

É nítido o sentido contratual do consórcio clássico, pois, nada mais faz do que criar disposições obrigacionais entre os interessados. Todavia, quando estes interessados forem entidades políticas, a ausência de personalidade jurídica da associação consorcial pode causar empecilhos. Imagine um grupo de municípios que desejam contratar, em conjunto, a prestação de serviço de transporte metropolitano. Se cada entidade providenciasse sua própria licitação, dificilmente haveria sintonia entre os contratos firmados pelos municípios vizinhos, o que dificultaria a realização conjunta do aludido serviço.

Atendendo a esta necessidade, a Lei nº 11.107/2005 prevê a existência de consórcios públicos como sujeitos de direito, diferentemente da ideia geral de consórcio, que é marcada pela não personificação. Dessa forma, no exemplo acima, um grupo de municípios pode criar uma pessoa jurídica do tipo consórcio público, para promover a licitação e formalizar a concessão da prestação de transporte metropolitano.

Pode-se definir consórcio público como *uma pessoa jurídica sem finalidade econômica, pública ou privada, constituída por entes da federação para a realização de objetivos de interesses comuns*.⁷⁵ Nota-se que os entes da Administração Indireta não estão autorizados a firmarem consórcio público, pois a Lei nº 11.107/2005 dispõe somente sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem consórcios públicos (art. 1º).

Os entes federativos, ao criarem um consórcio público, especificarão seu objetivo. Nos termos da Lei nº 11.107/2005, para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público e, inclusive, ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação. Podem, ainda, outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

O consórcio público tem *natureza contratual*, por expressa disposição da lei, que prescreve que este será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

No ato da instituição do consórcio, os entes federativos deverão escolher se este terá personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Se for criado mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil, terá natureza de direito privado. De outro lado, se for constituído na forma de *associação pública*, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, sua personalidade jurídica será de direito público.

Neste ponto deve-se registrar o detalhe que *somente o consórcio público instituído na forma de associação pública integra a Administração Indireta*, de todos os entes federativos consorciados.

⁷⁵ Gasparini, 2008, p. 347.

3. Conceito, fontes e princípios do Direito Administrativo

3.1 Conceito

Desde a antiga Roma, o direito é dividido nos ramos público e privado. Este trata de interesses dos particulares, enquanto aquele se preocupa com a tutela da coisa pública. O direito público pode ser subdividido em direito público interno e direito público internacional. O direito público internacional ou direito público externo rege as relações e situações jurídicas em que são partes Estados Soberanos, com o objetivo de criar uma comunidade internacional, manter a paz e garantir o comércio internacional.⁷⁶

Nos interessa, todavia, o direito público interno, pois é o ramo que trata do Estado, suas funções e organização, bem como a ordem e segurança internas, os serviços públicos e os recursos indispensáveis à sua execução. Tutela assim o interesse público e interesse do Estado.⁷⁷

O *direito público interno* visa regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, importando-se só reflexamente da conduta individual. Fazem parte deste ramo o direito tributário, o direito penal, o direito eleitoral, dentre outros.⁷⁸

Também é ramo do direito público *direito administrativo*, conceituado por Meirelles como o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.⁷⁹

Oferecendo um conceito mais completo, Di Pietro define direito administrativo como *o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública*.⁸⁰

De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma definição mais sintética, conceituando o Direito Administrativo como *o ramo do direito público que disciplina a função administrativa bem como as pessoas e órgãos que a exercem*.⁸¹

Igualmente de forma concisa, porém muito elucidativa, Cretella Júnior define Direito Administrativo 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*.⁸²

3.2 Fontes

Conceituado o Direito Administrativo, importa então conhecer suas fontes, ou seja, entender os modos pelos quais este ramo do direito público é sistematizado. Para tanto, segue-se a orientação de Gasparini, dividindo-se as fontes em escritas e não escritas. Como fonte escrita tem-se a norma jurídica, genericamente denominada de *lei*, devendo-se, considerar também a *súmula vinculante*. De outra banda, as fontes não escritas são a *jurisprudência*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito*.⁸³

Frisa-se que a classificação das fontes do direito como escritas ou não escritas não leva em consideração a circunstância de terem sido materialmente redigidas em algum meio, mas o fato de terem sido postas, na forma escrita, por um ato de poder que, com isso, vincula condutas. Assim, fonte escrita é aquela considerada fonte formal, e não escrita é a fonte informal.

⁷⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 21 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 142.

⁷⁷ Id.

⁷⁸ Meireles, 2001, p. 32.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Di Pietro (2008, p. 47).

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 37.

⁸² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 41

⁸³ Gasparini, 2008, p. 27- 32.

3.2.1 Lei

Ressalta-se que o vocábulo lei, em seu sentido amplo, designa qualquer espécie normativa, compreendendo a Constituição Federal, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, dentre outras espécies primárias listadas no art. 59 da Constituição Federal. Compreende, ainda, atos administrativos normativos, tais como decretos, regulamentos, resoluções, regimentos, etc.

A lei, que de regra é geral, abstrata e impessoal, considerada em seu sentido amplo, é a mais importante das fontes. Todavia, nem toda lei é fonte do Direito Administrativo, mas tão-somente as que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, ou, em outras palavras, as que dispõem sobre situações que interessam à Administração Pública.⁸⁴

3.2.2 Jurisprudência

Também é fonte do Direito Administrativo a *jurisprudência*, entendida como conjunto de decisões no mesmo sentido, proferidas quando da aplicação de certo preceito jurídico na solução de casos iguais.⁸⁵

Ressalta-se que os julgados têm forma escrita, todavia, não são sistematizados como regra abstrata coercitiva, pois são um conjunto de soluções que foram dadas em determinados casos concretos. Portanto, a jurisprudência é uma fonte não escrita para o Direito Administrativo, entendida por muitos como fonte informal, em contraposição à lei, fonte escrita e formal para todo o Direito.

No entanto, considerando alterações recentes na legislação, como a súmula impeditiva de recursos (CPC, art. 557) e, principalmente, a criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45, há uma tendência em considerar a jurisprudência como fonte formal e escrita.⁸⁶ Porém, esta tendência em relação a súmula impeditiva de recursos, não é pacífica.

3.2.3 Súmula vinculante

A súmula vinculante, uma das criações da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu no texto constitucional o art. 103-A, é um ato do Supremo Tribunal Federal (STF), que poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A expressão efeito vinculante significa que o comando contido neste tipo de súmula aprovada é de observância obrigatória pelo Poder Judiciário é pela Administração Pública, tanto direta como indireta. Se a sujeição à súmula vinculante é compulsória, evidentemente que se trata de uma fonte formal. A regulamentação do instituto é objeto da Lei nº 11.417/09.

3.2.4 Costume

O costume por sua vez, é a reiteração uniforme de um comportamento tido como obrigação legal. Nesse sentido, pode ser tomado como fonte não escrita do Direito Administrativo. Para Gasparini, o costume tem alguma importância, dada a deficiência da legislação na área do direito

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Id.

público, sendo fonte do Direito Administrativo quer quando preencher as omissões da lei, quer quando servir a sua interpretação e incidência.⁸⁷

3.2.5 Princípios gerais do direito

Outra fonte são os princípios gerais do direito, entendidos como proposições fundamentais que se encontram na base de toda a legislação, constituindo o norte que orienta o sistema legislativo de um povo.⁸⁸ São os pressupostos de onde derivam as regras jurídicas. Meirelles não inclui os princípios gerais do direito dentre as fontes específicas do Direito Administrativo mas, acrescenta a doutrina, definindo-a como o sistema teórico de princípios aplicáveis ao direito positivo, ou seja, elemento construtivo da ciência jurídica a qual pertence a disciplina em causa.⁸⁹ Na verdade, na doutrina são construídos os princípios gerais do direito.

3.3 Princípios do Direito Administrativo

Miguel Reale defini princípios como *certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem o campo do saber*.⁹⁰ Para o Direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.⁹¹ Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional.⁹²

É o que ocorre com a Administração Pública, que tem alguns de seus princípios delineados no art. 37 da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* [...].

Estes cinco princípios, cujas iniciais formam a palavra *LIMPE*, por estarem escritos na Constituição Federal são conhecidos entre os doutrinadores como *princípios expressos*. Além deles há outros princípios, ditos *implícitos*, que são o resultado de pesquisas e argumentações formuladas pelos estudiosos do Direito Administrativo.

3.3.1 Princípios constitucionais expressos: “LIMPE”

Os *princípios expressos* têm base no art. 37 da Constituição Federal, razão pela qual este estudo exige a leitura de doutrinadores do Direito Constitucional. Nesse sentido, a análise feita nos parágrafos seguintes tem como suporte as lições de Gilmar Ferreira Mendes,⁹³ José Afonso da Silva,⁹⁴ e Alexandre de Moraes.⁹⁵

Princípio da Legalidade

Para Mendes, o princípio da legalidade traduz a concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais. A Constituição Federal, no art. 5º, II, traz o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem surgir obrigações aos cidadãos. Ao incorporar a

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Meirelles, 2001, p. 40.

⁹⁰ Reale, 2002, p. 303.

⁹¹ Id.

⁹² Id.

⁹³ Branco; Mendes, 2013, p. 812.

⁹⁴ Silva, 1999, p. 421; 646.

⁹⁵ Moraes, 2013, p. 335.

noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade, pois a lei é o instrumento que garante a liberdade. Assim, não há como negar que o Estado de Direito esteja construído sobre o conceito de lei. O princípio da legalidade permanece insubstituível como garantia dos direitos e como fundamento e limite a todo o funcionamento do Estado.

Para Silva o princípio da legalidade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Toda atividade fica sujeita à lei, entendida como a expressão da vontade geral. Há um aspecto da legalidade que é o princípio da finalidade administrativa, na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu fim legal ou seja, submetido a lei.

Portanto, toda conduta dos agentes públicos somente é válida quando realizada em consonância com os ditames normativos. Nos dizeres de Moraes, o princípio da legalidade determina que *o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas.*

Princípio da Impessoalidade

Para Silva, o princípio da impessoalidade da administração pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. O agente não é o autor institucional do ato, ele é apenas o meio formal que manifesta a vontade estatal.

De outro lado, e aproximando o princípio da impessoalidade do princípio da isonomia, Mendes o entende como um comando constitucional, no sentido de que à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições.

Em igual sentido, Moraes explica que o princípio da impessoalidade *completa a ideia de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal.*

Princípio da Moralidade

Em relação ao princípio da moralidade, Mendes afirma que, tendo em vista sua amplitude, possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico. Não obstante, procurando resgatar um conteúdo jurídico do princípio, afirma que o Estado não deve obediência a qualquer moralidade, mas tão somente aquela compartilhada na comunidade política.

Comungando desta noção, Silva leciona que a ideia subjacente ao princípio é de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Assim, a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, pois tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, pode-se estar produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente atentatório à moralidade administrativa.

Em razão do princípio de moralidade, Moraes afirma que *não bastará ao administrador o estrito cumprimento da legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça.*

Silva ainda ressalta que a probidade administrativa é uma forma de moralidade jurídica que mereceu consideração especial da Constituição Federal, como se nota no comando do seu art. 37, §4º, do qual derivou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que comina

severas penalidades ao agente público que atua de forma contrária aos princípios da administração pública.

Princípio da Publicidade

A publicidade, na lição de Silva, sempre foi tida como um princípio administrativo, por se entender que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo. Como regra, não se admitem ações sigilosas da Administração Pública, sendo o sigilo excepcional.

Mendes ressalta que o princípio da publicidade está ligado ao direito de informação do cidadão, que corresponde ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático. A propósito, o direito à informação e o *habeas data* figuram dentre os direitos fundamentais individuais.

O princípio da publicidade, consoante Moraes, evita os dissabores existentes em processos administrativos sigilosos, sendo que a regra é o dever de publicar os atos administrativos em veículos oficiais, tais como o Diário Oficial da União, enquanto que o sigilo é excepcional, como disposto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal: Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Princípio da Eficiência

Incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98, que ficou conhecida como reforma administrativa, o princípio da eficiência, para Mendes, incorre em uma obviedade, mas que merece aplausos de quem compreendia, ao tempo da inclusão, a necessidade de se reafirmarem os pressupostos de exercício dos poderes administrativos.

Silva alerta que eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico, pois não qualifica normas; qualifica atividades. De maneira geral, eficiência significa dizer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos da satisfação das necessidades públicas em relação ao grau de utilidade alcançado. A orientação é no sentido de *conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo*.

3.3.2 Princípios implícitos

Supremacia do interesse público

Interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipes da sociedade. Exemplificando, pessoalmente, uma pessoa não tem interesse em ser desapropriada, mas não pode, individualmente, pretender que não haja desapropriações, pois todos têm vantagem na instalação de prédios para serviços públicos, o que necessita de atos de desapropriação. Como se nota, tal princípio é condição de existência de uma sociedade.⁹⁶

Se de um lado o particular tem autonomia da vontade, marcada pelo poder de agir de acordo com seus interesses, a Administração Pública tem uma função a exercer, que é alcançar o bem de todos. Por isso, e para isso, tem deveres-poderes, que são instrumentais e tem como única função

⁹⁶ Mello, 2013, p. 99.

servir à coletividade.⁹⁷ Nesse sentido, sempre há o dever de buscar o interesse público, por isso os poderes são instrumentais, ou seja, são meio, não fim.

A Administração, no uso destes poderes, *coloca o interesse público acima do interesse privado*, adstrita, por lei, a cumprir as finalidades do Estado, que em última instância sempre é a de servir ao bem comum. Os deveres-poderes só existirão, e serão válidos, na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para atendimento do escopo legal a que estão vinculados.⁹⁸

O *interesse público primário* é aquele pertinente à sociedade como um todo, relacionado com a noção de bem comum e interesse da geral da coletividade; é a própria finalidade do Estado. Em paralelo, há o *interesse público secundário*, marcado por aquilo que é conveniente ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada.⁹⁹ Assim, quando se fala de segurança pública, redução das desigualdades, erradicação da pobreza, ressalta-se o interesse público primário, ao passo que, quando um procurador federal defende em juízo o patrimônio de uma autarquia, tem-se a realização do interesse público secundário.

Princípio da finalidade

Na ideia de supremacia do interesse público, resta claro que a administração deve realizar determinadas finalidades. Para alguns doutrinadores, a finalidade por si só é um princípio, destacado dos demais, impondo à Administração Pública a prática, e tão-somente essa, de atos voltados para o interesse público.¹⁰⁰ O afastamento de tal princípio gera o defeito denominado de desvio de finalidade.

Princípio da indisponibilidade do interesse público

Igualmente correlato ao princípio da supremacia do interesse público, o princípio da indisponibilidade indica que é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo.¹⁰¹

Princípio da autotutela

Em razão das múltiplas tarefas necessárias à consecução dos objetivos estatais, impossível que os agentes públicos não cometam equívocos no exercício de suas atividades. Defrontando-se com esses erros, a Administração Pública deve revê-los para restaurar a situação de regularidade, não havendo necessidade de ser provocada para este fim.¹⁰² Deve fazê-lo de ofício, seja nos aspectos de legalidade, situação em que pode haver invalidação do ato, ou em situações relacionadas ao mérito deste, quando pode ocorrer a sua revogação.¹⁰³

Princípio da motivação

O princípio da motivação exige que a administração indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, tendo sido consagrado para doutrina e pela jurisprudência que não há

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Gasparini, 2008, p. 14.

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 146.

¹⁰² Carvalho Filho, 2006, p. 25.

¹⁰³ Id.

mais espaço para as velhas concepções que discutiam se a obrigatoriedade de motivar alcançava somente os atos vinculados.¹⁰⁴

A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato. O que não se admite no Direito Administrativo moderno, é ato administrativo desprovido de justificativa de fato e de direito.¹⁰⁵

Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Parte da doutrina trata os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como o mesmo fenômeno; alguns, no entanto, os separam. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello que os aborda de forma autônoma, afirmando que a *razoabilidade* enuncia-se como um princípio em que administração, ao atuar com o poder discricionário, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorgada da competência exercida.¹⁰⁶

De certa forma, é o mesmo que diz Hely Lopes Meirelles, quando afirma que a razoabilidade deve ser aferida segundo os valores do homem médio, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública.¹⁰⁷

Em linhas gerais, é o *uso do bom senso e a proibição de excesso*, essencialmente quando a lei conferir ao agente público liberdade (poder discricionário) de escolha, pois nesta situação foi deferido o encargo de adotar, na diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas.¹⁰⁸

A *proporcionalidade* costuma ser decomposta em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A *adequação* impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada a prospecção do fim ou fins a ele subjacentes.¹⁰⁹ A *necessidade* deve ser entendida como a menor ingerência possível, colocando-se a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem aceitável.¹¹⁰ A *proporcionalidade em sentido estrito* deve ser tomada como a justa medida, onde meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim almejado.¹¹¹

Princípio da continuidade

Considerando que os desejos dos administrados são contínuos, deve-se entender que a *Administração Pública é ininterrupta*. Dessa forma, não se admite a paralisação dos serviços de segurança pública, distribuição da justiça, de saúde, dentre outros.¹¹² Nota-se que tal princípio é especialmente destinado aos serviços públicos que não podem parar em razão dos anseios da coletividade. Ressalta-se que o princípio da continuidade nem sempre significa atividade ininterrupta em sentido estrito, mas tão só regular, isto é, de acordo com a própria natureza ou forma de prestação, tal como ocorre com o serviço de recolhimento de lixo, realizado em intervalos de alguns dias.¹¹³

¹⁰⁴ Di Pietro, 2008, p. 77.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ Mello, 2013, p. 111.

¹⁰⁷ Meirelles, 2001, p. 87.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ Mello, 2013, p. 114.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Id.

¹¹² Gasparini, 2008, p. 17.

¹¹³ Id.

Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, tal qual leciona Meirelles, que citando Canotilho, toma esta noção como um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito.¹¹⁴ Tem-se uma redução do princípio à norma escrita, por força da lei nº 9.784/99, que o menciona no caput de seu art. 2º, indicando-o como um dos critérios a serem adotados nos processos administrativos e prescrevendo que norma administrativa deve ser interpretada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Este princípio, apesar de não estar expresso em qualquer dispositivo constitucional, é da essência do próprio Estado Democrático de Direito, de tal sorte que deve ser entendido como parte do sistema constitucional.¹¹⁵ O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social, ainda que, como tudo o mais, esteja em constante mutação para ajustar-se às novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos.¹¹⁶

Pela segurança jurídica, o Direito deve *se manifestar em suas inovações causando o menor trauma possível às relações jurídicas passadas*, mas que se prolongam no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos.¹¹⁷ Por este princípio, firmou-se o entendimento de que as orientações adotadas pela administração em determinada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, serem modificadas em casos concretos para fins de agravar a situação dos administrados.¹¹⁸

¹¹⁴ Meirelles, 2001, p. 90.

¹¹⁵ Mello, 2013, p. 126.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ Id.

4 Poderes administrativos

Nos tópicos anteriores, o Estado foi compreendido como uma pessoa jurídica que para realizar seus objetivos depende de pessoas naturais, dotadas de atribuições públicas para falar em seu nome. Estes são os agentes públicos, que recebem da Constituição e das leis a incumbência de manifestar as vontades estatais em favor da coletividade. É impossível conceber que o Estado alcance os fins colimados sem a presença de seus agentes, vistos como o elemento físico e volitivo através do qual atua no mundo jurídico.¹¹⁹

Para alcançar o fim de servir ao interesse público, a Administração é dotada de *poderes administrativos*, que quando especificados adquirem a forma de competências públicas. Estes poderes são *instrumentais*, pois são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização de tarefas administrativas, diferenciando-se dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.¹²⁰

Os estudiosos concordam que os poderes administrativos se constituem em deveres dos agentes públicos, motivo que justifica o uso corrente da expressão *poderes-deveres*. Na esfera privada, os poderes permitidos aos particulares, como regra, podem ser usados quando estes desejarem, de acordo com sua conveniência. De outro lado, os poderes administrativos são utilizados em favor da coletividade, não pelo interesse do agente público, pelo que se conclui que a oportunidade de exercer um poder administrativo gera para o agente público o dever de atuar e não a mera possibilidade de agir.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a inversão dos termos, referindo-se ao fenômeno como *deveres-poderes*, por entender que a tônica reside na ideia de dever, não na de poder. Para ele, a instrumentalidade dos poderes administrativos denota a ideia do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados.¹²¹ E a finalidade, não custa reforçar, sempre é a de alcançar o interesse público, a satisfação da coletividade.

Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo prerrogativas públicas, veda-se a inércia, porque o reflexo destas atinge, em última instância, a coletividade.¹²² Daí dizer que os poderes administrativos são irrenunciáveis.

4.1 Poder hierárquico

A etimologia da palavra hierarquia remonta a radicais gregos. O vocábulo, de acordo com Cretella Júnior, formou-se artificialmente sobre as bases *hierós*, que significa sagrado, e *arkhía*, que significa comando. No passado, hierarquia significou comando sagrado, portanto. Com o tempo, passou da linguagem religiosa para a profana e desta para o direito público, *acumulando os sentidos de comando, subordinação, escalonamento e dependência*.¹²³

Para alguns, como Di Pietro, a hierarquia é tratada como princípio do Direito Administrativo, expressando a ideia de que os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de *coordenação e subordinação* entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas em lei.¹²⁴

Pela hierarquia verifica-se a desconcentração da Administração, na medida em que se distribui e se escalona atribuições entre órgãos, tornando uns subalternos a outros. O poder hierárquico tem

¹¹⁹ Carvalho Filho, 2006, p. 35.

¹²⁰ Meirelles, 2001, p. 108.

¹²¹ Mello, 2013, p. 101.

¹²² Carvalho Filho, 2006, p. 36.

¹²³ Cretella Júnior, 1966, p. 96.

¹²⁴ Di Pietro, 2008, p. 68.

como objetivos ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública.¹²⁵

4.2 Poder disciplinar

O poder disciplinar decorre da hierarquia. Admitindo-se que os órgãos públicos, em razão da desconcentração, são posicionados de forma que uns fiquem subordinados a outros, deve-se admitir, também, a conveniência que há em punir aquele que não responde adequadamente aos comandos emanados dos superiores hierárquicos ou que atua em desconformidade com a norma.

O órgão, por ser despersonalizado, não pode ser o sujeito que aplica ou recebe a punição; os agentes é que o são. Ainda que a relação hierárquica também seja estabelecida entre órgãos, as ordens são emanadas pelos agentes responsáveis por tais órgãos e direcionadas a funcionários subalternos, do mesmo órgão ou de órgão hierarquicamente inferior.

Assim, pode-se afirmar que *o poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração.*¹²⁶

Para os servidores civis da União, a Lei nº 8.112/90 estabelece um rol de deveres e proibições (arts. 116, 117 e 132), cominando em caso de descumprimento ou incidência, e dependendo da hipótese configurada, as sanções de advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

A configuração do ato contrário ao direito depende de um devido processo administrativo disciplinar e, sendo confirmada a ilicitude, a penalidade é aplicada por autoridade de hierarquia superior ao servidor acusado. Nota-se uma relação entre hierarquia e disciplina, sendo esta uma das decorrências daquela.

O poder disciplinar pode também atingir pessoas que não são agentes públicos, mas que estão sujeitas à disciplina de órgãos e serviços da Administração. Não se deve, porém, confundir situações em que o particular não estava sujeito à disciplina, mas ao poder de polícia.¹²⁷ Por exemplo, um aluno de uma universidade pública pode ser punido com suspensão ou expulsão, por descumprir normas regimentais desta entidade; neste caso há sujeição disciplinar. De outro lado, um comerciante multado por descumprir regras de sanitárias, não está vinculado a uma disciplina de uma entidade ou órgão específico, mas à normatização geral do setor. Nesta última hipótese, a multa é decorrente do poder de polícia, não do poder disciplinar.

4.3 Poder regulamentar e normativo

Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5, II). Este importantíssimo direito fundamental busca assegurar as pessoas contra arbitrariedades administrativas, na medida em que qualquer limitação ao exercício das liberdades individuais que venha a ser executada pelos agentes da Administração, tenha sido previamente discutida pelos parlamentares que representam o povo e por eles escrita na forma de lei. A lei, portanto, é segurança jurídica, sendo a única forma de se inovar no ordenamento jurídico.

Todavia, muitas vezes a norma criada pelo Legislador traça obrigações de forma geral, cabendo à Administração detalhar alguns aspectos, promovendo a melhor execução possível do comando legislativo. É neste momento que surge o *poder regulamentar*, definido como a *prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.*¹²⁸

¹²⁵ Meirelles, 2001, p. 113.

¹²⁶ Id, p. 116

¹²⁷ Di Pietro, 2008, p. 86.

¹²⁸ Carvalho Filho, 2006, p. 45.

Por exemplo, o Congresso Nacional decidiu pela criação do Programa Bolsa Família, aprovando um projeto que culminou na Lei nº 10.836/2004. Uma das obrigações criadas por esta lei é o pagamento de benefícios financeiros a entidades familiares que possuam determinada renda mensal. O valor destes benefícios financeiros foi definido pela lei, em 2004, mas foram atualizados pela Presidência da República ao longo dos anos, via decreto.

Observe-se que a Administração Pública não pode pelo poder regulamentar criar uma nova obrigação jurídica, mas tão-somente esmiuçar o que já foi definido por lei. A Presidência da República é autorizada pela Constituição Federal (CF, art. 84, IV) a expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis e, no exemplo supramencionado, a Lei do Bolsa Família, em diversos dispositivos, remete à regulamentação administrativa alguns pormenores.

Costuma-se vincular o poder regulamentar à chefia do Poder Executivo, podendo-se definir regulamento como *o ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*.¹²⁹

Os doutrinadores que identificam o *poder regulamentar* como ato privativo da Chefia do Executivo, geralmente utilizam a expressão *poder normativo* para se referir a atuação de outras autoridades que expedem atos semelhantes. Assim, Presidente da República, Governadores e Prefeitos utilizam o decreto para regulamentar detalhes da lei; Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais expedem instruções normativas, portarias, resolução, etc.

A maioria não faz essa distinção, afirmando que atos normativos editados por outras autoridades administrativas podem se caracterizar como inserido no poder regulamentar.¹³⁰ Restringindo-se ou não a expressão poder regulamentar, o importante é identificar tal poder, bem como o poder normativo, se for o caso, como um ato administrativo de natureza normativa que complementa a lei, sem criar novas obrigações.

4.4 Poder de polícia

Cretella Júnior busca a etimologia da palavra polícia no latim *politia* e no grego *politea*, apontando que ambas ligam-se a palavra *política*, do grego *pólis*, que indicou entre os antigos helênicos a constituição do Estado, *o bom ordenamento*. Na sequência, remonta a evolução do termo ao longo dos séculos, identificando na França e na Alemanha os termos *police* e *polizei*, que designavam o direito do soberano e do senhor feudal para zelar, de todos os modos possíveis, pelo bem-estar daqueles que estavam sob suas ordens. A partir daí o conceito de polícia ampliou-se até abranger toda atividade da Administração dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, bem como zelar pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população.¹³¹

Após reunir diversas definições dada à palavra polícia, tanto na doutrina estrangeira como nacional, Cretella Júnior identifica três elementos constantes: o subjetivo, referente à figura do Estado como fonte do poder de polícia; o teleológico, que diz respeito às finalidades de assegurar a paz, a tranquilidade e a boa ordem; e o objetivo, concernente às limitações impostas às atividades que possam perturbar a vida em comum. Desse estudo, apresenta o conceito de polícia como sendo *a atividade concreta exercida pelo Estado para assegurar a ordem pública através de limitações legais impostas à liberdade coletiva e individual*.¹³²

A conceituação, que vincula o poder de polícia à segurança e ordem pública foi superada, incluindo-se no elemento objetivo a noção de interesse público. Nesse sentido, Di Pietro leciona que o *conceito clássico* do poder de polícia é o de uma *atividade estatal que limitava o exercício*

¹²⁹ Mello, 2013, p. 347.

¹³⁰ Carvalho Filho, 2006, p. 44.

¹³¹ Cretella Júnior, 1981, p. 577.

¹³² Id, p. 588.

de direitos individuais em benefício da segurança; sendo que o conceito moderno define poder de polícia como a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.¹³³

Carvalho Filho também prefere o conceito mais atual, definindo poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.¹³⁴

Dessa forma, a principal característica do poder de polícia é a possibilidade da Administração Pública restringir o exercício de direitos por parte dos particulares, quando isso for necessário ao bem da coletividade. São exemplos: a interdição de um restaurante que não respeita normas da vigilância sanitária; a apreensão e destruição de medicamentos com prazo de validade vencido; o embargo de uma obra que oferece risco à população; uma “blitz” de trânsito para apreender motoristas embriagados.

A expressão poder de polícia pode ser tomada em *sentido amplo* ou em *sentido restrito*. O sentido amplo refere-se à atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos, abrangendo tanto atos do Legislativo como do Executivo. De outro lado, o sentido restrito relaciona-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas, como autorizações e licenças do Poder Executivo.¹³⁵

Os estudiosos ainda separam polícia administrativa de polícia judiciária. A *polícia administrativa* tem como essência a restrição de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direitos dos particulares; diversamente da *polícia judiciária*, que visa impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento.¹³⁶ A definição de polícia administrativa corresponde ao sentido restrito do poder de polícia.¹³⁷

Vários doutrinadores relacionam a polícia administrativa com atividade preventiva e a polícia judiciária com ação repressiva. Tal separação não é absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (por exemplo, proibindo porte de arma), como repressivamente (quando apreende arma utilizada indevidamente).¹³⁸ É frequente a ação repressiva da polícia administrativa, sempre que há conduta antissocial.¹³⁹

O fundamento do poder de polícia reside na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, tendo como *atributos* a *discricionariedade*, a *auto-executoriedade* e a *coercibilidade*.¹⁴⁰

A *discricionariedade* é a regra e se traduz na escolha da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, sem que haja, todavia, impedimento de que o poder de polícia seja vinculado.¹⁴¹ Dessa forma, a atividade de polícia ora é discricionária, a exemplo do que ocorre quando se outorga autorização para portar arma, ora é vinculada, como se vê no licenciamento para uma obra.¹⁴² Para compreender melhor a distinção entre discricionariedade e vinculação, sugere-se a leitura do tópico sobre atos administrativos.

A *auto-executoriedade* e a *coercibilidade* não são atributos de todos os atos administrativos, mas são características marcantes dos atos decorrentes do poder de polícia. Aquela significa a faculdade de poder decidir e executar diretamente sua decisão, sem intervenção do Judiciário; esta, refere-se a imposição das medidas adotadas pela Administração.

¹³³ Di Pietro, 2008, p. 107.

¹³⁴ Carvalho Filho, 2006, p. 64.

¹³⁵ Mello, 2013, p. 838.

¹³⁶ Medauar, 1996, p. 363.

¹³⁷ Mello, 2013, p. 838.

¹³⁸ Di Pietro, 2008, p. 109.

¹³⁹ Mello, 2013, p. 850.

¹⁴⁰ Meirelles, 2001, p. 124.

¹⁴¹ Id, p. 128.

¹⁴² Gasparini, 2008, p. 132.

4.5 Poder vinculado e poder discricionário

Odete Medauar afirma que o *poder vinculado*, também chamado de competência vinculada, existe quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. De outro lado, o *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade de, ante certas circunstâncias, escolher uma entre várias soluções possíveis.¹⁴³

Hely Lopes Meirelles leciona que o *poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a Lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários a sua formalização*.¹⁴⁴ Na mesma lição, aduz que o *poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito, pra a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*.¹⁴⁵ A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.¹⁴⁶

4.6 Uso e abuso do poder

Os poderes administrativos são, ao mesmo tempo, prerrogativas e deveres-agir dos agentes públicos, sempre visando o fim de realizar o bem comum. No entanto, pode o agente atuar em desconformidade a tais ditames, abusando do poder que lhe foi concedido.

Todo abuso de poder, pela sua própria natureza, *caracteriza-se sempre como ilegal*,¹⁴⁷ podendo ser definido como um vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (*excesso de poder*) ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (*desvio de poder*).¹⁴⁸

Os poderes públicos são distribuídos e escalonados na forma de competências, de modo que cada órgão e seus agentes tenham suas atribuições bem delineadas. Ocorrerá o abuso, na forma de *excesso de poder* quando o agente atua fora dos limites de sua competência, invadindo atribuições cometidas a outro agente ou arrogando-se o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.¹⁴⁹ Por exemplo, o chefe de repartição tem competência para aplicar as penalidades de advertência e de suspensão de até 30 (trinta) dias (Lei nº 8.112/90, art. 141); se aplicar a penalidade demissão, estará além de suas atribuições, invadindo a competência de autoridades máximas, como o Presidente da República. Nesta hipótese, abusou do poder pelo excesso.

O *desvio de poder* é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu.¹⁵⁰ São situações em que o poder é desviado do interesse público para satisfazer interesse particular, razão pela qual este abuso também é designado de *desvio de finalidade*. O exemplo mais lembrado pelos doutrinadores é o do Chefe de Poder Executivo que desapropria o imóvel de um desafeto, com o objetivo de perturbar o sossego deste.

No Direito Administrativo, o abuso de poder gera a invalidade do ato por defeito de competência, quando configurado o excesso de poder, ou por vício de finalidade, quando verificado o desvio de poder. Para o Direito Civil é ato ilícito, que se gerar dano determina o dever

¹⁴³ Medauar, 1996, p. 118.

¹⁴⁴ Meirelles, 2001, p. 109.

¹⁴⁵ id, p. 110.

¹⁴⁶ Id, p. 111.

¹⁴⁷ Carlin, 2001, p. 127.

¹⁴⁸ Di Pietro, 2008, p. 226.

¹⁴⁹ Carvalho Filho, 2006, p. 37.

¹⁵⁰ Id.

de reparação. No Direito Penal aparece como *abuso de autoridade*, de acordo com a tipificação dada pela Lei nº 4.898/65.

Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5 ed. São Paulo : Celso Bastos Editora, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2013.
- BOOBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1995.
- BOOBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo**. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo – Volume I: teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro; São Paulo : Companhia Editora Forense, 1966.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo – Volume II: teoria do ato administrativo**. Rio de Janeiro; São Paulo : Companhia Editora Forense, 1966.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.
- DE PLÁCIDO e SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, 1967.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo : Saraiva, 2008.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 21 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. São Paulo : Saraiva, 2013.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6 ed. Niterói : Impetus, 2012.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo : Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 15 ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas : Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo : Atlas, 2013.

MUKAI, Toshio. **Concessões e Permissões de Serviços Públicos**. São Paulo : Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.