

CAPÍTULO

1

# ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ADMINISTRATIVO

Acesse o QR Code e assista à aula  
explicativa sobre este assunto.



<http://youtu.be/7SHbMKxeMSc>

1

## 1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

### 1.1.1. O Estado e sua organização

O homem é notadamente um ser social. O espírito de associação é da própria natureza humana. Uma das explicações para tal comportamento pode ser o fato de que em várias situações as necessidades e os interesses dos indivíduos somente podem ser atendidos com a cooperação de outras pessoas. Pensemos num exemplo bem simples: a construção de uma pirâmide no Egito. Será que uma pessoa sozinha conseguiria transportar milhares de blocos de pedra e construir uma pirâmide? A resposta é óbvia: claro que não! Assim, com a evolução histórica, as pessoas passaram a se organizar em unidades coletivas para as mais diversas finalidades, quer sejam econômicas, quer sejam altruísticas.

O Direito, atento a essa realidade histórica e cultural, passou a conferir personalidade jurídica a determinados grupos de pessoas, possibilitando que atuassem e respondessem em nome próprio por seus atos, como uma pessoa distinta dos indivíduos que participaram da sua constituição. Nessa linha, podemos afirmar que **pessoas jurídicas** são entidades a quem a ordem jurídica confere **personalidade jurídica**, possibilitando-lhes a atuação como sujeitos de direitos e obrigações.

Quanto à função e à órbita de atuação, as pessoas jurídicas podem ser classificadas como de **direito privado** ou de **direito público (interno ou externo)**. Segundo o nosso Código Civil (art. 44), as pessoas jurídicas de direito privado são: a) as associações; b) as sociedades; c) as fundações (privadas); d) as organizações religiosas; e) os partidos políticos; e f) as empresas individuais de responsabilidade limitada. Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público (art. 42). As pessoas jurídicas de direito público interno, por seu turno, são (art. 41): a) a União; b) os Estados (federados); c) o Distrito Federal; d) os territórios; e) os municípios; f) as autarquias (inclusive as associações públicas); e g) as demais entidades de caráter público, criadas por lei (p.ex.: fundações públicas).

Dentro desse contexto, torna-se fundamental o entendimento do conceito de Estado. O **Estado** é a **pessoa jurídica de direito público externo** constituída por três elementos indissociáveis: **povo**, **território** e **governo soberano**. O povo é o elemento humano; o território é a base física; governo soberano é aquele que não se submete a nenhum outro governo, que exerce o poder (emanado do povo) de autodeterminação e auto-organização.

O Estado, enquanto ente personalizado, apresenta-se não apenas exteriormente, nas relações internacionais, mas também internamente, como pessoa

jurídica de direito público capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.

De acordo com a organização política do território, é possível distinguir duas **formas de Estado**: o **Estado unitário** e o **Estado federado (complexo ou composto)**. O Estado unitário é aquele em que há um único poder político central, sendo marcado, portanto, pela **centralização política**. Já o Estado federado é aquele em que há uma **descentralização política**, coexistindo diversos poderes políticos distintos.

O Estado brasileiro é organizado sob a forma **federativa**, conforme previsto na Constituição Federal. A nossa federação é composta pelas pessoas políticas da **União**, dos **Estados-membros**, do **Distrito Federal** e dos **Municípios**; todas, pessoas jurídicas de direito público interno. Assim, temos a coexistência no território nacional de um poder político central (União), de poderes regionais (Estados-membros) e de poderes locais (municípios). Há, ainda, a situação *sui generis* do Distrito Federal, que, em razão de não ser dividido em municípios, acumula poderes regionais e locais (CF, art. 32, § 1.º).

A **relação entre os entes políticos** que compõem a federação brasileira é de **coordenação** (não há qualquer subordinação entre a União, Estados, DF e Municípios). Com efeito, todos os **entes** que compõem a federação possuem **autonomia** para editar suas próprias leis e prover sua organização política, administrativa e financeira, respeitados os preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Todavia, o legislador constitucional, ao repartir as competências legislativas, previu algumas matérias que deveriam ser disciplinadas por meio de leis de caráter nacional, editadas pelo Congresso Nacional. Tais leis de caráter nacional são de observância obrigatória por todos os entes da federação, e não só pela União, a exemplo da Lei 8.666/1993, que estabelece normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, editada com base na competência legislativa prevista no art. 22, XXVII, da CF/1988.

Por fim, registramos que no Brasil a forma federativa do Estado não pode ser abolida por Emenda Constitucional, uma vez que expressamente inserida entre as “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4.º, I).

### 1.1.2. A tripartição do Poder e a função administrativa

O poder é um atributo do Estado, ainda que emanado do povo. O poder do Estado tem **caráter instrumental**, servindo como meio (instrumento) para alcançar os fins estatais. O Estado Democrático de Direito deve ter por objetivo geral o atendimento do **interesse público**. Se, no exercício do poder que lhe foi conferido pelo povo, o Estado se afastar do interesse coletivo, o ato praticado pela Administração padecerá de “vício de finalidade”, tecnicamente denominado

“desvio de poder” ou “desvio de finalidade”. Tal falha deve resultar na invalidação do ato na via administrativa ou judicial, como será visto no Capítulo 7.

O poder do Estado se manifesta por meio de seus órgãos, sempre no exercício de três funções básicas: **as administrativas** (ou **executivas**), **as legislativas** e **as judiciais**.

Para que fosse possível o desempenho a contento das funções estatais, elas foram atribuídas a diversos órgãos do Estado, os quais foram agrupados em três **blocos orgânicos**, denominados “**Poderes**” (Poder **Executivo**, Poder **Legislativo** e Poder **Judiciário**).

Desde já, devemos esclarecer que nem os Poderes, nem os órgãos que os integram, possuem personalidade jurídica. A personalidade jurídica é do ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), do qual fazem parte os “Poderes”.

Todos os entes federativos possuem Poderes Executivo e Legislativo. Já o Poder Judiciário existe apenas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, não existindo Poder Judiciário municipal.

A ideia de atribuir a órgãos especializados a execução das atribuições estatais funda-se em dois objetivos básicos.

Em primeiro lugar, pretende-se **garantir os próprios direitos individuais**, pois todo poder tende a se tornar absoluto, só encontrando limite em outro poder que o controle. Usando as palavras de Montesquieu, “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.<sup>1</sup>

Assim, a título de exemplo, de nada serviria estabelecer o direito fundamental à liberdade, do qual decorre a garantia de não ser preso, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, se quem fosse julgar eventual *habeas corpus* contra uma prisão ilegítima fizesse parte da mesma estrutura responsável pela prisão. Da mesma forma, tal regra não traria uma garantia efetiva da liberdade se ela pudesse ser alterada livremente pelo órgão que realiza as prisões.

Podemos concluir, portanto, que na clássica separação de Poderes (legislativo, executivo e judiciário) reside essencialmente a proteção aos direitos individuais, uma vez que o sistema de controles recíprocos entre os poderes, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*), tende a reduzir a probabilidade de abusos ou até de um regime ditatorial.

Em segundo lugar, a separação de Poderes também pretende **garantir a eficiência** mediante uma racional divisão de atribuições e competências entre órgãos teoricamente especializados nas atividades de que foram incumbidos.

<sup>1</sup> Apud Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 31.

Ressaltamos que no Brasil, à semelhança da forma federativa de Estado, a separação dos poderes também é protegida por cláusula pétrea, estando a salvo de emendas constitucionais tendentes a aboli-la (CF, art. 60, § 4.º, III).

Cumpramos esclarecermos que as funções estatais não são divididas de forma estanque. A própria teoria dos freios e contrapesos, ao prever controles recíprocos entre os poderes, mostra uma interdependência.

Nessa linha, o Legislativo edita leis que podem ser vetadas pelo Chefe do Executivo ou declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Da mesma forma, os atos praticados pelo Poder Executivo também estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário e, em alguns casos, pelo Legislativo, que pode suspender contratos ou sustar atos que exorbitem do poder regulamentar (CF, arts. 71, § 1.º, e 49, V). Por fim, merece destaque a possibilidade de o Presidente da República conceder graça ou indulto, extinguindo a punibilidade de pessoas condenadas pelo Poder Judiciário.

Além do sistema de controles recíprocos (freios e contrapesos), a natureza não estanque da separação de poderes pode também ser percebida – e este é o aspecto mais importante neste ponto da matéria – pelo fato de cada poder exercer, ao lado de suas **funções típicas**, algumas **funções atípicas**, que, a rigor, se encaixam nas funções típicas dos demais poderes.

A função típica de cada Poder é facilmente identificada pela própria designação que a Constituição Federal lhe atribui. Assim, a função precípua (ou típica) do Poder Legislativo é a **legiferante**, exercida por intermédio da edição das regras de conduta que regerão as relações sociais (leis). A função principal do Poder Judiciário é a **jurisdicional**, cumprida mediante a aplicação das normas para a solução dos litígios com a definitividade característica do instituto da coisa julgada. Já a função primordial do Poder Executivo é a **administrativa** ou **executiva**, levada a cabo pela gestão dos bens, serviços e interesses públicos nos termos da lei. Conforme citamos, além de desempenharem suas funções típicas, os Poderes de Estado também exercem funções atípicas. A título de exemplo, o Executivo **legisla** ao editar medidas provisórias e **julga** processos administrativos (embora sem a definitividade decorrente da coisa julgada em sentido estrito); o Legislativo **julga** o Presidente da República por crimes de responsabilidade e **administra** os bens que lhe são confiados; o Judiciário **legisla** quando os tribunais editam seus regimentos e **administra** seu pessoal.

O estudo aprofundado da separação e interdependência dos poderes de Estado é feito no âmbito do direito constitucional. Não obstante, chegamos, neste ponto, à informação que interessa de perto ao direito administrativo: **a atividade administrativa, apesar de ser típica do Poder Executivo, também é exercida atipicamente nos âmbitos dos Poderes Legislativo e Judiciário**, pois ambos têm a incumbência de gerir bens, serviços e interesses que lhes são confiados.

Assim, as normas e princípios detalhados ao longo desta obra, apesar de encontrarem no Executivo seu campo de atuação por excelência, também são aplicáveis no âmbito dos demais Poderes quando no exercício da função administrativa.



### ATENÇÃO

A propósito, o CESPE, adotando o ensinamento anterior, no concurso para Analista Técnico-Administrativo do Ministério da Saúde, realizado em 2013, considerou incorreta a seguinte assertiva: “A tripartição de funções é absoluta no âmbito do aparelho do Estado”. Como se depreende do que foi dito, as funções estatais não são atribuídas de forma absoluta a cada Poder, na medida em que cada um destes, ao lado das suas funções típicas, também exerce outras funções que lhe são atípicas.

Por fim, complementando a lição observada, apresentamos no quadro a seguir uma visão panorâmica das funções típicas de cada Poder, bem como exemplos de algumas de suas funções atípicas:

PODER	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÕES ATÍPICAS
EXECUTIVO	Função administrativa	<p><b>1) Função normativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) expedir decretos e regulamentos (CF, art. 84, IV);</li> <li>b) editar medida provisória (CF, art. 62);</li> <li>c) elaborar leis delegadas (CF, art. 68);</li> </ul> <p><b>2) Função jurisdicional:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) julgar processos administrativos.</li> </ul>
LEGISLATIVO	Função legislativa (normativa)	<p><b>1) Função administrativa:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) realizar concursos e licitações, conceder licenças, férias e afastamentos a seus servidores;</li> </ul> <p><b>2) Função jurisdicional:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (CF, art. 52, I);</li> <li>b) processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II).</li> </ul>

PODER	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÕES ATÍPICAS
JUDICIÁRIO	Função jurisdicional	<p><b>1) Função normativa:</b></p> <p>a) elaborar seu regimento interno (CF, art. 96, I, "a");</p> <p><b>2) Função administrativa:</b></p> <p>a) organizar suas secretarias e serviços auxiliares (CF, art. 96, I, "b");</p> <p>b) prover os cargos dos seus quadros (CF, art. 96, I, "e");</p> <p>c) conceder afastamentos, licenças e férias aos servidores dos seus quadros (CF, art. 96, I, "f").</p>

## 1.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1.2.1. Governo e Administração

As expressões Governo e Administração são frequentemente confundidas, apesar de significarem coisas absolutamente distintas.

O **Governo** tem natureza política, tendo a **atribuição de formular as políticas públicas**, enquanto a **Administração** é responsável pela **execução** de tais **decisões**.

Por outro lado, o **Governo** é exercido por agentes que tomam decisões políticas de maneira relativamente **independente** e **discricionária**; já a **Administração** age de maneira **técnica**, **neutra**, normalmente **vinculada** à lei ou à norma técnica e exercida mediante **conduta hierarquizada**.

Portanto, por exemplo, a decisão de melhorar a segurança pública, mediante a aquisição de novos armamentos e viaturas, bem como a admissão de novos policiais e melhoria de suas remunerações, é atividade de Governo passando por manifestações políticas independentes e discricionárias do Chefe do Executivo e do Órgão Legislativo. Tomada a decisão, cabe à Administração, de forma politicamente neutra e em estrita obediência à política de Governo, promover o processo licitatório, a aquisição das viaturas e armamentos, a realização de concurso público e a nomeação dos aprovados.

Em suma, podemos afirmar que **o Governo tem caráter político**, já tendo sido encarado como um verdadeiro "arquiteto do bem-estar social", enquanto **a Administração tem caráter instrumental**, uma vez que serve como ferramenta à disposição do Governo para a concretização das políticas públicas por este formulada.



## ATENÇÃO

Apenas para reforçar o que foi dito, o CESPE, em provas de concursos, considerou corretas as seguintes assertivas:

- a) Os conceitos de governo e administração não se equiparam; o primeiro refere-se a uma atividade essencialmente política, ao passo que o segundo, a uma atividade eminentemente técnica (CESPE, Ministério da Integração Nacional, Analista Técnico-Administrativo, 2013);
- b) O governo é atividade política e discricionária e tem conduta independente, enquanto a administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica e exercida mediante conduta hierarquizada (CESPE, INSS, Engenheiro Civil, 2010).

### 1.2.2. Formas de governo

O conceito de formas de governo diz respeito ao conjunto de instituições políticas pelas quais um Estado se organiza a fim de exercer o seu poder sobre a sociedade. Tais instituições têm por objetivo regular a disputa pelo poder político e o seu respectivo exercício, inclusive o relacionamento entre aqueles que exercem (as autoridades) e os demais membros da sociedade (os administrados).

As duas **formas clássicas de governo** são: a **monarquia** e a **república**.

A **república** é a forma de governo caracterizada pela **elegibilidade** dos representantes do povo, pela **temporiedade dos mandatos** dos governantes e pelo **dever de prestar contas** (responsabilidade dos governantes).

Por sua vez, a **monarquia** se caracteriza pela investidura na chefia de Estado de um monarca; a partir daí a **transmissão do poder** se dará de forma **hereditária** e **vitalícia** (ou até a abdicação), **inexistindo**, segundo a regra clássica, **dever de prestar contas** (irresponsabilidade do monarca).

O **Brasil** adota, atualmente, a **república como forma de governo**.

### 1.2.3. Sistemas de governo

O sistema de governo, outro aspecto importante da organização estatal, diz respeito à forma como se relacionam o Poder Legislativo e o Poder Executivo no desempenho das funções governamentais. A maneira como se dá o relacionamento, de modo a preponderar maior independência ou colaboração entre esses Poderes, dá origem a dois distintos **sistemas de governo**: o **presidencialismo** e o **parlamentarismo**.

No **presidencialismo** a chefia do Poder Executivo é exercida pelo **Presidente**, que **acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo**. O

Presidente cumpre **mandato fixo**, e não depende da confiança do parlamento para manutenção do seu cargo. Por sua vez, os membros do Poder Legislativo são eleitos para mandatos fixos, e o órgão legislativo não está sujeito a dissolução.

Diferentemente, no **parlamentarismo** o Poder Executivo tem suas atribuições de cúpula divididas: a **Chefia de Estado, exercida pelo Monarca ou pelo Presidente**; e a **Chefia de Governo**, que pode ser titularizada pelo **Primeiro-Ministro ou pelo Presidente do Conselho de Ministros**. O Primeiro-Ministro é, em regra, indicado ou nomeado pelo Chefe de Estado, mas sua investidura definitiva, bem como a sua permanência no cargo, dependem da confiança do Parlamento (Órgão Legislativo), o que significa que, se o Parlamento retirar a confiança no governo, ele cairá, dando lugar à formação de um novo governo, já que sua investidura é de confiança, e não por tempo certo. Por outro lado, se o governo entender que o parlamento não possui mais a confiança do povo, pode optar por dissolvê-lo, convocando eleições extraordinárias para formação de um novo parlamento que possa lhe dar sustentação.

A propósito, o **Brasil** adota o **sistema presidencialista de governo**.

#### 1.2.4. Sentidos da expressão Administração Pública

##### 1.2.4.1. Administração Pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico

Em **sentido subjetivo** (também denominado **formal** ou **orgânico**), a expressão “**Administração Pública**” designa os **entes** que exercem as funções administrativas, compreendendo as **pessoas jurídicas**, os **órgãos** e os **agentes** incumbidos dessas funções. Em outras palavras, em sentido subjetivo, a Administração Pública confunde-se com os próprios sujeitos que integram a estrutura administrativa do Estado.

Nos termos constitucionais e legais, a Administração Pública<sup>2</sup> compreende apenas os **entes políticos** (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as **entidades** que tais entes criarem para integrar sua **Administração Indireta** (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios públicos).

É comum falar que a Administração Pública compreende entes, órgãos e entidades administrativas. Apesar de a afirmativa não ser incorreta, ela peca pela redundância, pois todos os órgãos fazem parte de um ente ou de uma entidade, de forma que seria suficiente afirmar que, no Brasil, a Administração Pública é composta apenas pelos entes políticos e pelas entidades administrativas (aquelas que integram a Administração Indireta).

<sup>2</sup> Administração Pública grafada em maiúsculas significa Estado; enquanto administração pública registrada em minúsculas representa atividade administrativa ou função administrativa.

À semelhança do que foi dito anteriormente, também se torna redundante falar que a Administração Pública, em sentido subjetivo, formal ou orgânico, compreende Poderes e órgãos públicos, pois os denominados “Poderes” são apenas agrupamentos de órgãos.

Do mesmo modo, abranger órgãos e agentes públicos, ao mesmo tempo, dentro do sentido subjetivo de Administração Pública também se constitui em redundância, uma vez que os agentes públicos são a parte humana dos órgãos públicos, estando nele lotados. Assim, embora os conceitos de órgãos e agentes públicos não se confundam, estes se circunscrevem ao mesmo universo.



### ATENÇÃO

Em que pese as observações anteriores, em provas de concursos públicos as redundâncias apontadas têm sido empregadas amplamente, tal como se observa nas seguintes assertivas, consideradas corretas pelo CESPE:

- a) Na sua acepção formal, entende-se governo como o conjunto de poderes e órgãos constitucionais (CESPE, Ministério da Integração Nacional, Assistente Técnico Administrativo, 2013);
- b) Administração Pública em sentido orgânico designa os entes que exercem as funções administrativas, compreendendo as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes incumbidos dessas funções (CESPE, TJDF, Analista Judiciário, 2013);
- c) A expressão Administração Pública, em sentido orgânico, refere-se aos agentes, aos órgãos e às entidades públicas que exercem a função administrativa (CESPE, INPI, Analista de Planejamento, 2013).

#### 1.2.4.2. Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional

Em **sentido objetivo** (também designado **material** ou **funcional**), a **administração pública** (grafada em letras minúsculas por se referir à função administrativa) é caracterizada pela própria **atividade administrativa** exercida pelo Estado, por meio de seus agentes e órgãos.

Dessa forma, quando falamos em administração pública em seu sentido objetivo, não estamos nos referindo a qualquer órgão ou entidade, mas ao desempenho concreto da função administrativa (atividade de administrar) voltada, direta ou indiretamente, à consecução do interesse público, desenvolvida sob regime predominantemente de direito público. Com efeito, podemos afirmar que a administração pública em sentido objetivo apresenta as seguintes características:

- a) é uma **atividade concreta**, uma vez que consiste na transformação das previsões abstratas e gerais da lei em realidades palpáveis no mundo dos fatos;

- b) é **vinculada à consecução** direta (atividades-fim) ou indireta (atividades-meio) **do interesse público** porque toda e qualquer ação estatal somente se legitima se destinada ao bem comum do seu povo;
- c) o seu **regime jurídico é predominantemente de direito público**, mas também pode ser de direito privado, derogado parcialmente por regras de direito público.

Se no **sentido subjetivo** da expressão importava **quem** exercia a atividade, no **sentido objetivo** o que interessa é a **atividade** realizada (**o que** é exercido).

Seguindo a linha de raciocínio anteriormente exposta, a perfeita compreensão da abrangência do termo administração pública no sentido material passa a depender de uma precisa definição das atividades que podem ser consideradas como exercício da função administrativa. Trataremos aqui das atividades que tradicionalmente são definidas como típicas da administração pública. Todas podem ser enquadradas como atividades-fim, pois tendem a contribuir direta e imediatamente para a consecução do bem comum.

Acesse o **QR Code** e assista à aula explicativa sobre este assunto.



<http://youtu.be/8M8s4hYnj8Y>

Devemos salientar também que todas as atividades-meio, assim entendidas aquelas instrumentais, acessórias, concebidas exclusivamente para possibilitar o exercício das atividades-fim da Administração, são também “atividade administrativa”. A título exemplificativo, a função de arrecadar tributos, isoladamente considerada, não contribui direta e imediatamente para o bem comum. Entretanto, é uma atividade-meio indispensável para que a Administração disponha de recursos para o exercício de suas atividades-fim, sendo considerada indiscutivelmente uma atividade administrativa. Da mesma forma, olhando isoladamente para o Órgão que administra os tributos federais, temos que, para a consecução de sua atividade-fim – que já ressaltamos ser uma “atividade administrativa” –, é necessário o desempenho de diversas atividades-meio, como a realização de licitações, de concursos públicos, de programas de capacitação, de avaliação de desempenho, a nomeação de servidores etc. Tais atividades são também exercício da função administrativa. De qualquer forma, detectadas as atividades-fim da Administração Pública (aquelas direta e imediatamente voltadas à consecução do interesse coletivo), a tarefa

de identificar o que é exercício da administração pública estará cumprida, bastando incluir no conceito tanto as próprias atividades-fim quanto aquelas que lhe possibilitam o desempenho (atividades-meio).



### ATENÇÃO

Em provas de concurso público, o conhecimento da distinção anteriormente proposta tem sido cobrado frequentemente. A título de exemplo, a ESAF, no concurso para provimento de cargos de Procurador da Fazenda Nacional, com provas realizadas em 2003, propôs questão com o seguinte enunciado: “Assinale, entre os atos abaixo, aquele que não pode ser considerado como de manifestação da atividade finalística da Administração Pública, em seu sentido material”. A alternativa que correspondia ao gabarito grafava: “Nomeação de um servidor público, aprovado em virtude de concurso público”. Para responder corretamente a questão, era necessário entender que a nomeação do servidor é manifestação de atividade da administração pública no seu sentido material, mas não se trata de atividade finalística, e sim de atividade-meio, uma vez que a admissão de pessoal é necessária para o desempenho das atividades-fim da administração.

Ainda dentro do mesmo contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>3</sup> afirma que as funções enquadradas como **atividades-fim da administração**, por **atenderem a interesses públicos primários**, em **direto benefício dos administrados**, destinatários da atuação estatal, configuram a administração pública **externa** ou **extroversa**.

Em sentido oposto, as funções classificadas como **atividades-meio**, por **atenderem interesse público de maneira apenas mediata** e, de maneira imediata, satisfazerem os interesses institucionais da Administração, concernentes a seu pessoal, bens e serviços, configuram a administração pública **interna** ou **introversa**.



### ATENÇÃO

Adotando a terminologia explanada, o CESPE, no concurso para provimento de cargos de Juiz do TJTO, realizado em 2007, considerou correta a seguinte assertiva: “Enquanto a administração pública extroversa é finalística, dado que ela é atribuída especificamente a cada ente político, obedecendo a uma partilha constitucional de competências, a administração pública introversa é instrumental, visto que é atribuída genericamente a todos os entes, para que possam atingir aqueles objetivos”.

<sup>3</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 130-131.

Em suma, seguindo a esteira do raciocínio aqui exposto, tem-se entendido que a administração pública em sentido material abrange tão somente as atividades que contribuam direta (atividades-fim) ou indiretamente (atividades meio) com as seguintes atuações estatais:<sup>4</sup>

- a) **Polícia Administrativa:** é a atividade da administração que limita o exercício de um direito individual, visando a garantir a consecução de um interesse público. Como se vê pela definição, a polícia administrativa constitui uma das mais claras manifestações do princípio segundo o qual o interesse público deve se sobrepor ao interesse privado, um dos vetores do regime jurídico administrativo. Como exemplo, temos a fiscalização do local em que um particular deseja instalar um restaurante, com o intuito de verificar o cumprimento das exigências legais de segurança e higiene, como condição para o exercício da atividade.
- b) **Intervenção:** engloba todas as atuações estatais visando a interferir no setor privado. Abrange os casos de desapropriação, tombamento, requisições, atividades de regulação e normatização etc. Como exemplos, poderiam ser citados os diversos mecanismos adotados pelo Banco Central para intervir no mercado de câmbio.
- c) **Fomento:** consiste em incentivar setores da iniciativa privada que desempenhem atividades que o governo considere convenientes de acordo com as políticas públicas que formulou. Exemplo bastante conhecido é a concessão de financiamentos em condições privilegiadas pelo BNDES.
- d) **Serviço público:** é a atividade realizada pela Administração Pública ou por particulares dela delegatários, mediante a qual são atendidas necessidades ou disponibilizadas utilidades ou comodidades aos administrados, visando à consecução do bem comum. Como exemplo, podemos citar o serviço de coleta domiciliar de lixo.

<sup>4</sup> Divergindo parcialmente da orientação adotada nesta obra, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a administração pública em sentido objetivo tem por finalidade a satisfação direta e imediata dos fins do Estado. Com efeito, para a referida autora, em sentido material ou objetivo, "a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos" (*Direito administrativo*, p. 57).



## ATENÇÃO

Abordando as citadas atividades, a ESAF, no concurso para provimento de Cargos de Fiscal do Trabalho, cujas provas foram aplicadas em 2003, considerou correta a seguinte assertiva: “A função executiva, por meio da qual o Estado realiza atos concretos voltados para a realização dos fins estatais e da satisfação das necessidades coletivas, compreende a função de governo, relacionada com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e a função administrativa, da qual se vale o Estado para desenvolver as atividades de intervenção, fomento, polícia administrativa e serviço público”.

### 1.2.4.3. Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito

Devemos esclarecer que o termo administração pública, em sentido objetivo e subjetivo, pode assumir sentido amplo ou estrito (como adotado nesta obra).

Em sentido amplo, a Administração Pública, considerada sob o ponto de vista subjetivo, compreende tanto os órgãos constitucionais de governo, responsáveis pelas formulações de políticas públicas e por dirigir e comandar a Administração, quanto os órgãos administrativos subordinados, responsáveis por executar os planos governamentais. Já em sentido estrito, sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública abrange apenas os órgãos administrativos subordinados.

Em sentido amplo, sob o aspecto objetivo, o termo administração pública envolve a atividade de formulação das políticas públicas (função de governo), além da função de execução dessas políticas, enquanto em sentido estrito, sob o enfoque objetivo, o termo administração pública refere-se exclusivamente a atividades de execução dos planos governamentais.<sup>5</sup>

Em síntese esquematizada:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA		
	Aspecto subjetivo (Formal ou orgânico)	Aspecto objetivo (Material ou funcional)
Sentido Amplo	Órgãos constitucionais de Governo e órgãos administrativos subordinados	Formulação de políticas públicas (função de Governo) e execução dessas políticas (função administrativa)
Sentido Estrito	Órgãos administrativos subordinados	Execução das políticas públicas (função administrativa)

<sup>5</sup> Para evitar confusões terminológicas, esclarecemos que nesta Obra utilizamos as expressões Administração Pública (aspecto subjetivo) ou administração pública – grafada em minúsculas (aspecto objetivo) sempre em sentido estrito.

### 1.3. DIREITO ADMINISTRATIVO

#### 1.3.1. O Direito Administrativo e os ramos do Direito

O Direito pode ser definido como o conjunto de normas e princípios impostos coativamente pelo Estado, com o objetivo de disciplinar as relações sociais. Tradicionalmente é dividido em dois grandes ramos: o Direito Privado e o Direito Público.

O que aparta os ramos do Direito é a natureza das relações jurídicas disciplinadas. Assim, enquanto o Direito Privado disciplina as relações jurídicas em que prevalece o interesse dos particulares, o Direito Público regula as relações jurídicas em que predomina o interesse público.

Como decorrências naturais da predominância de interesses particulares nas relações de **direito privado**, têm-se os princípios basilares deste ramo de direito, quais sejam: a) a **igualdade entre as partes**; b) a **disponibilidade de interesses** (salvo aqueles legalmente considerados indisponíveis, pois a preponderância de interesses privados não exclui a existência de disposições cogentes relativas à ordem pública); e c) a **liberdade contratual (autonomia da vontade)**.

Diferentemente, em razão da predominância de interesses da coletividade, o **direito público** se caracteriza pelos princípios da: a) **supremacia do interesse público sobre o interesse privado**; b) **indisponibilidade do interesse público**; e c) **legalidade**.

Em primeiro lugar, no direito privado a tônica é a igualdade entre as partes, de forma que as relações jurídicas são horizontalizadas. No direito público há a supremacia do interesse público sobre o privado, de maneira que as relações jurídicas são verticalizadas, gozando o Estado de prerrogativas que lhe colocam em posição privilegiada perante os particulares.

Expliquemos melhor. Nas avenças particulares (regidas pelo direito privado), o contrato “faz lei entre as partes”, vinculando os contratantes, sendo inimaginável a possibilidade de que um deles altere unilateralmente o pacto originariamente firmado. Percebemos que a relação jurídica é **horizontalizada**, e nenhum deles pode impor sua vontade ao outro, pois o ordenamento jurídico não assegura a preponderância de quaisquer dos interesses em jogo.

De maneira diferente, nos contratos administrativos (regidos pelo direito público) o Estado comparece protegido por diversas prerrogativas exteriorizadas por meio das denominadas cláusulas exorbitantes, a exemplo da cláusula que permite à Administração, dentro de certos limites, a alteração unilateral do contrato, a rescisão unilateral do contrato, a aplicação direta de penalidades em caso de descumprimento da avença pelo particular contratado etc. Com efeito,

percebe-se claramente a verticalidade da relação jurídica, de forma a atribuir ao Estado uma posição privilegiada na relação contratual administrativa.

Em segundo lugar, o direito privado se rege pela disponibilidade dos interesses (em especial os meramente patrimoniais), tendo o particular a liberdade para administrar seu patrimônio, podendo tomar medidas que venham a diminuí-lo, como, a título de exemplo, o ato de perdoar uma dívida. Já no direito público, como o patrimônio estatal não pertence à autoridade administrativa, esta não pode dispor livremente do interesse público. Assim, sem expressa autorização legal, o gestor público não pode tomar medidas com impacto negativo sobre o patrimônio público, tal como perdoar um tributo.

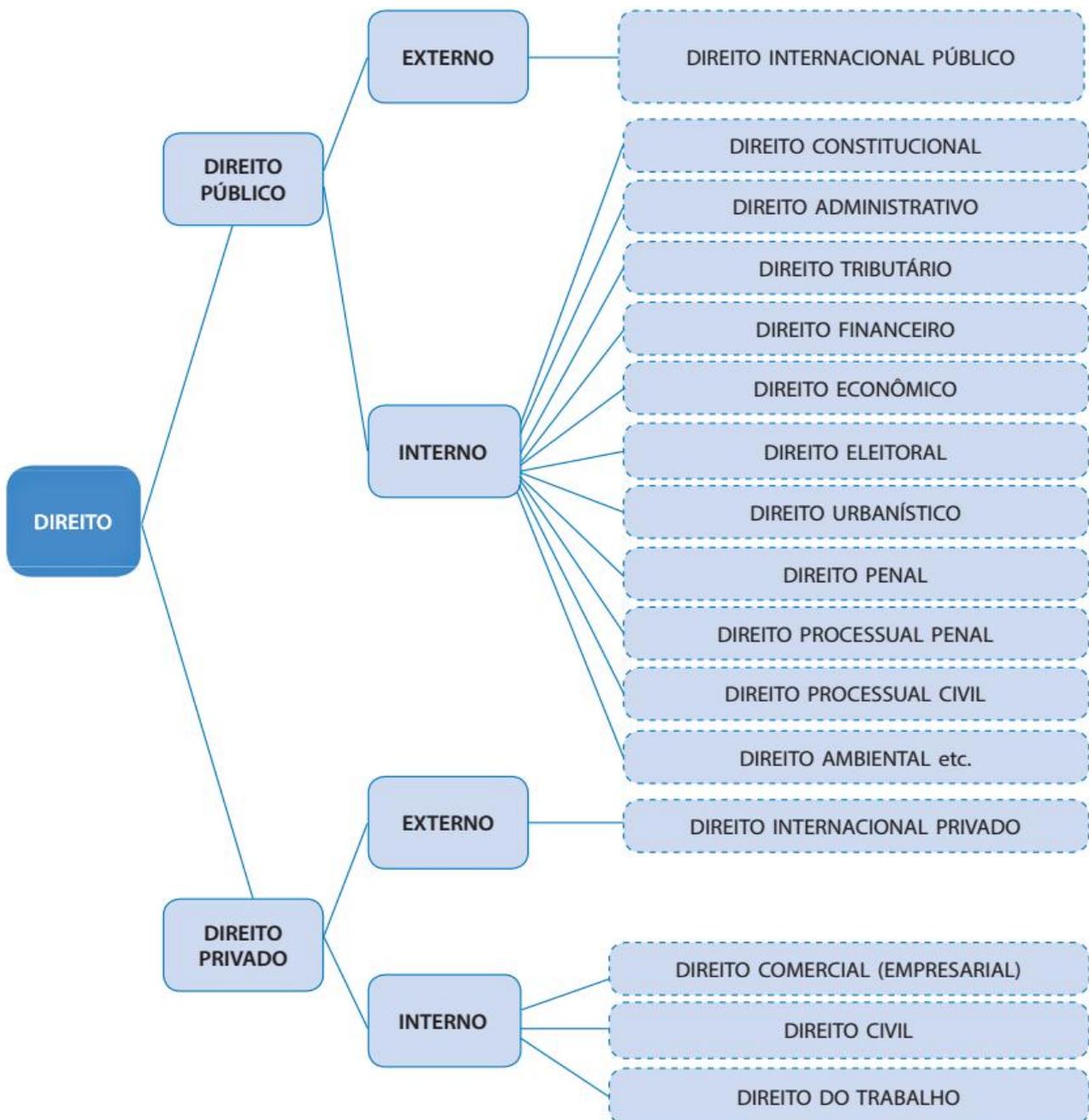
Por fim, entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, e as pessoas podem livremente se comprometer por meio de contratos; fala-se, portanto, em autonomia da vontade. Tratando-se de atuação administrativa, ao reverso, o princípio da legalidade impõe que a autoridade pública faça somente o que a lei lhe autoriza.

Desde já, podemos afirmar que Direito Administrativo possui natureza de Direito Público, uma vez que se destina a regular relações jurídicas em que predomina o interesse público, tal como se dá com a desapropriação, com o exercício do poder de polícia etc. É importante salientar que os princípios que orientam o Direito Público (supremacia e indisponibilidade do interesse público e legalidade) incluem-se dentre os princípios que compõem o denominado Regime Jurídico Administrativo, o que será analisado de maneira mais aprofundada no Capítulo 4 desta Obra.

Em síntese:

<b>CARACTERÍSTICAS/ PRINCÍPIOS</b>	
<b>Direito Público</b>	<b>Direito Privado</b>
Regula relações em que predomina o interesse público	Regula relações em que predomina o interesse privado
Supremacia do interesse público (relações jurídicas verticalizadas)	Igualdade entre as partes (relações jurídicas horizontalizadas)
Indisponibilidade do interesse público	Disponibilidade do interesse privado
Legalidade	Liberdade contratual (autonomia da vontade)

A colocação do direito administrativo no âmbito da classificação dicotômica (direito público e privado) pode ser visualizada no seguinte esquema:



O detalhamento das características de cada ramo ou sub-ramo do direito não é o objetivo desta obra. Por hora, é suficiente reafirmarmos o enquadramento do Direito Administrativo como um sub-ramo do **direito público interno** (referente a órgãos ou sujeitos submetidos à mesma soberania).

### 1.3.2. Origem e desenvolvimento do Direito Administrativo

A origem do Direito Administrativo, como ramo autônomo, remonta aos fins do século XVIII e início do século XIX. Antes disso, embora existissem

normas administrativas, estas se enquadravam no *jus civile*, que servia para disciplinar as relações privadas.

Na Idade Média não havia ambiente propício para o surgimento do Direito Administrativo, pois era a época das Monarquias Absolutas, em que a vontade do monarca não se submetia à lei. Naquele tempo, o poder do rei para administrar era ilimitado, não podia ele ser responsabilizado por qualquer ato (teoria expressa na máxima “the king can do no wrong” ou “o rei não pode errar”). Com efeito, os cidadãos (servos ou vassalos) deviam obediência cega ao monarca, o qual não podia ser submetido aos Tribunais.

O Direito Administrativo nasce, já na fase do Estado Moderno, relacionando-se diretamente com a consagração dos ideais da Revolução Francesa de 1789 e com o desenvolvimento do conceito de Estado de Direito.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, tão caros à Revolução Francesa, levaram ao desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, estruturado sob os princípios da legalidade (pelo qual os governantes deveriam se submeter à lei) e da separação de poderes, que tinham por objetivo proteger os direitos individuais, não só nas relações entre particulares, mas também nas relações entre o Estado e os administrados (regidas pelo Direito Administrativo).

No campo normativo, costuma-se indicar, como marco inicial do nascimento do Direito Administrativo, a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (Lei 28, de 16.02.1800), que deu à Administração Pública francesa uma organização jurídica.

Aponta-se, ainda, como marco inicial da autonomia do Direito Administrativo o famoso **caso Blanco**, ocorrido em 1873, em que uma menina (Agnès Blanco), ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi atropelada por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Naquela oportunidade, o Tribunal de Conflitos, ao apreciar um tipo de conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum, decidiu pela responsabilização civil do Estado em termos publicísticos. A referida decisão foi inovadora, pois reconheceu pioneiramente a competência da jurisdição administrativa em face do critério da prestação do **serviço público** e também porque firmou o entendimento de que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida pelos princípios do Código Civil, devendo se submeter a regras especiais que conciliem os direitos do Estado com os direitos privados.

A propósito do tema, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>6</sup> explica que foi grande a influência do direito estrangeiro na formação do Direito

<sup>6</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *500 anos de direito administrativo brasileiro*, disponível em <[http://www.direito-publico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf](http://www.direito-publico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf)>. Acesso em 16 fev. 2016.

Administrativo brasileiro. A maior influência foi do direito francês, do qual importamos vários dos institutos e princípios basilares do Direito Administrativo, tal como o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a teoria da responsabilidade civil do estado, a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, a teoria dos contratos administrativos (teorias do fato do príncipe, da imprevisão e do fato da administração), a delegação da execução de serviço público ao particular, a ideia de que a Administração se submete a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum etc.

Atenta à marcante influência do direito francês na formação do Direito Administrativo brasileiro, a FCC, na prova para Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco, aplicada em 2014, considerou que estariam incluídas no rol de contribuições do Direito Administrativo francês à prática atual do Direito Administrativo no Brasil: a) a adoção de teorias publicísticas em matéria de responsabilidade extracontratual das entidades estatais; b) a adoção do interesse público como eixo da atividade administrativa; c) a ideia de exorbitância em relação ao direito comum, aplicável aos particulares; d) a teoria do desvio de poder. Tendo considerado como incorreta a alternativa que apontava “o sistema de contencioso administrativo” como contribuição do direito francês para a formação do Direito Administrativo. Assiste razão à referida banca examinadora, conforme será visto no item 12.6 desta obra, quando tratarmos do controle judicial da Administração, o Brasil adota o sistema de unidade de jurisdição (também conhecido como sistema inglês), e não o sistema do contencioso administrativo (sistema francês).

Além do direito francês, o Direito Administrativo brasileiro também sofreu a influência do direito de outros países, com especial destaque para os direitos italiano, americano/inglês, alemão, português e espanhol.

### **1.3.3. Ausência de codificação**

Antes de avançarmos, registramos que o Direito Administrativo no Brasil não é codificado, ou seja, não existe um código que reúna e consolide em um único diploma legal as principais normas administrativistas, diferentemente do que ocorre com o Direito Civil, o Penal, o Tributário etc. Assim, o que temos para o estudo dessa disciplina jurídica é uma vasta legislação esparsa, produzida por todos os entes políticos. Por exemplo, cada ente da federação possui lei própria que regula o regime jurídico de seus servidores e pode editar lei que discipline os respectivos processos administrativos. Ao lado dessas leis produzidas por todos os entes federados, editadas no uso de suas competências legislativas próprias, temos algumas leis de caráter nacional, produzidas pela União no exercício de

sua competência para legislar sobre determinadas matérias, vinculando todos os entes da federação, a exemplo da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/03) e das normas atinentes à desapropriação.

Não se deve pensar que a codificação tem relação direta com o atual estágio de desenvolvimento ou mesmo com a autonomia de determinado ramo do direito. Trata-se apenas de uma opção política do legislador. Assim, temos no Brasil o Direito Administrativo como um sub-ramo não codificado e autônomo do direito (porque regido por princípios que lhe são peculiares).

Existem argumentos a favor e contra a codificação do Direito Administrativo. De nossa parte, pensamos que a maior vantagem da codificação seria permitir a visão panorâmica da matéria e facilitar ao povo o conhecimento das regras vigentes. Não obstante tais aspectos, a codificação do Direito Administrativo no Brasil parece ser uma realidade distante, principalmente por se tratar de um ramo que comporta uma diversidade grande de temas, que na sua maioria são objeto de competência concorrente de todos os entes federados.

#### **1.3.4. Objeto e método de estudo do Direito Administrativo**

Estabelecer o objeto do Direito Administrativo é delimitar o âmbito de seu estudo. É identificar quais as relações jurídicas disciplinadas por esse sub-ramo do direito público interno. Nesse sentido, podemos afirmar que o objeto do Direito Administrativo tem variado no tempo e no espaço.

A variação do objeto do Direito Administrativo no espaço pode ser creditada à diversidade de ordenamentos jurídicos, pois cada país produz o seu próprio direito interno. Por sua vez, a variação no tempo se deve à própria modificação da forma de exercer a atividade administrativa. Com efeito, inicialmente, a atividade da Administração Pública no Brasil abrangia apenas aspectos da segurança interna e externa e de alguns serviços essenciais, e hoje compreende também aspectos de intervenção no domínio econômico e social.

Devemos esclarecer também que enquadrar o Direito Administrativo como um sub-ramo do direito público não significa afirmar que todas as relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Administrativo são regidas exclusivamente por normas de Direito Público. A propósito, podemos citar um contrato de locação de um imóvel tendo o poder público como locatário. Tal contrato é regido predominantemente por normas de direito privado, mas também sofre influxos de regras administrativistas. Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 (art. 62, § 3.º, I, c/c o art. 58) prevê que se aplicam aos contratos privados celebrados pela Administração, naquilo que couber, as chamadas cláusulas “exorbitantes” (alteração e rescisão unilateral, fiscalização, aplicação direta de penalidades etc.), que são típicas do regime de direito público.

Feitas as observações anteriores, podemos afirmar que o objeto do Direito Administrativo são as relações jurídicas por ele disciplinadas, quais sejam: a) as relações internas entre os órgãos e entidades administrativas; b) as relações entre a administração e os seus agentes, quer sejam regidos pelo estatuto funcional ou pela CLT; c) as relações entre a administração e os seus administrados, quer sejam predominantemente de direito público ou de direito privado; d) as atividades administrativas exercidas por prestadores de serviços públicos delegados.

Além do seu objeto, durante sua evolução, os métodos de estudo do Direito Administrativo também foram sofrendo alterações ao longo do tempo. Na sua origem na França, os doutrinadores se limitavam à compilação das leis existentes e a sua interpretação com base principalmente na jurisprudência dos tribunais administrativos, formando o que ficou conhecido como Escola Exegética, Legalista, Empírica ou Caótica. Atualmente, predomina na doutrina o critério ou método técnico-científico de estudo do Direito Administrativo, marcado pela preocupação em definir e sistematizar os institutos específicos e princípios informativos desse ramo do Direito.

### 1.3.5. Conceito de Direito Administrativo

O conceito de Direito Administrativo depende dos critérios utilizados para a formulação do próprio conceito. Esses critérios podem ser unitários (unidimensionais ou simples), quando são utilizados de forma isolada, ou conjugados (pluridimensionais ou compostos), quando o conceito se apoia em pelo menos dois critérios.

Dentre os critérios unitários adotados sobressaem-se os apresentados a seguir.

#### 1.3.5.1. Critério legalista (Escola Legalista)

Para os integrantes da corrente legalista (chamada de **Escola Legalista**), o Direito Administrativo consiste na disciplina jurídica responsável pelo **estudo das normas administrativas** (leis, decretos, regulamentos) de um determinado país. Esta definição padece por não esclarecer o que são normas administrativas e também por reduzir o Direito Administrativo a um amontoado de leis, deixando de fora o importante papel dos princípios jurídicos.

#### 1.3.5.2. Critério do Poder Executivo

Alguns autores, utilizando a noção de Poder Executivo, conceituam o Direito Administrativo como a disciplina jurídica das atividades do Poder Executivo. Esta noção também se revelou insuficiente, haja vista que a função administra-

tiva também é exercida pelos Poderes Legislativo e Judiciário, de forma atípica. Ademais, o Poder Executivo, além das funções administrativas, exerce as funções de governo, que não são objeto de estudo do Direito Administrativo.

### 1.3.5.3. Critério do Serviço Público (ou Escola do Serviço Público)

A Escola do Serviço Público surgiu na França, inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, que, a partir do caso Blanco (1873), **passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em razão da execução de serviços públicos.**

Essa escola se desenvolveu em torno de duas concepções: a primeira, cujos principais expoentes são **Duguit** e **Bonnard**, considerava o serviço público em **sentido amplo**, abrangendo todas as funções do Estado (inclusive a judiciária), sem especificar o regime jurídico a que estas se sujeitavam; a segunda, cujo nome mais destacado é o de **Jèze**, ao contrário, adotava o **sentido estrito** de serviço público, para compreender apenas as atividades materiais exercidas pelo Estado para a satisfação de necessidades coletivas, desde que submetidas a regime exorbitante de direito comum.

Qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão serviço público, ela não serve para definir o objeto do Direito Administrativo, uma vez que o sentido amplo ultrapassa o seu objeto e o sentido estrito deixa de lado matérias a ele pertinentes, a exemplo dos serviços públicos exercidos parcialmente sob regime de direito privado.

A propósito, as provas de concurso público têm abordado as diversas escolas, principalmente a do serviço público. A título de exemplo, o CESPE, na prova para Advogado da União/2009, considerou **correta** a seguinte afirmativa: “Na França, formou-se a denominada Escola do Serviço Público, inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a qual a competência dos tribunais administrativos passou a ser fixada em função da execução de serviços públicos”.



## ATENÇÃO

Já a ESAF, no concurso para Procurador do Distrito Federal/2007, considerou incorreta a seguinte proposição: “Na evolução do conceito de Direito Administrativo, surge a Escola do Serviço Público, que se desenvolveu em torno de duas concepções. Na concepção de Leon Duguit, o Serviço Público deveria ser entendido em sentido estrito, abrangendo toda a atividade material, submetida a regime exorbitante do direito comum, desenvolvida pelo Estado para a satisfação de necessidades da coletividade”. Como se observa, a referida assertiva foi considerada incorreta em razão de que Duguit definia o serviço público em sentido amplo, e não em sentido estrito, conforme afirmado no item.

#### 1.3.5.4. *Critério das relações jurídicas*

Há quem trate o Direito Administrativo como o conjunto de normas que regem as relações jurídicas entre a Administração e os administrados. O critério é insuficiente porque há outras disciplinas jurídicas que também têm esse mesmo objetivo, a exemplo do direito constitucional e tributário. Além disso, essa noção deixa de fora as normas referentes à organização interna da Administração, à atividade por ela exercida e à disciplina jurídica atinente aos bens públicos.

#### 1.3.5.5. *Critério teleológico (ou finalístico)*

Os adeptos do critério teleológico (ou finalístico) consideram o Direito Administrativo como o **conjunto de normas que disciplinam a atuação concreta do Estado para consecução de seus fins** (fins públicos). Esse critério também peca por não definir quais as atividades que caberiam ao Estado e por trazer à baila a discussão sobre os fins do Estado, cuja matriz ideológica adotada conduzirá a respostas distintas.



### ATENÇÃO

Abordando o critério teleológico, o CESPE, na prova para Advogado da União/2009, considerou incorreta a seguinte afirmação: “Pelo critério teleológico, o Direito Administrativo é considerado como o conjunto de normas que regem as relações entre a administração e os administrados. Tal critério leva em conta, necessariamente, o caráter residual ou negativo do Direito Administrativo”. Como se observa, a afirmativa não corresponde ao critério teleológico, mas ao critério negativo ou residual, que será tratado a seguir.

#### 1.3.5.6. *Critério negativo ou residual*

Essa corrente tem relação com a anterior. Para os seus defensores, o Direito Administrativo tem por objeto as normas que disciplinam as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins públicos, **excluídas a atividade legislativa e a jurisdicional**, além das atividades patrimoniais, regidas pelo direito privado. Esse critério também padece das mesmas críticas atribuídas ao critério teleológico, por submeter o alcance do conceito à questão ideológica sobre os fins públicos.

#### 1.3.5.7. *Critério da Administração Pública*

Os autores que adotam esse critério afirmam que o Direito Administrativo corresponde ao **conjunto de princípios e normas que regem a Administração Pública**. Pensamos que esse critério visto isoladamente também é insuficien-

te, uma vez que existem regras de direito privado que também se aplicam à Administração Pública.



### ATENÇÃO

Aplicando a definição anterior, a ESAF, na prova para Procurador do Distrito Federal/2007, considerou correta a seguinte proposição: “Na busca de conceituação do Direito Administrativo encontra-se o critério da Administração Pública, segundo o qual, sinteticamente, o Direito Administrativo deve ser concebido como o conjunto de princípios que regem a Administração Pública”.

#### 1.3.5.8. Critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado

Alguns autores preferem definir o Direito Administrativo levando em conta o tipo de atividade exercida (atividade jurídica não contenciosa) e os órgãos que a exercem. É o caso do conceito de Mário Masagão, para quem o Direito Administrativo é o “conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”<sup>7</sup>.

Esse critério, a nosso ver, é apenas um desdobramento do critério da Administração Pública, já que leva em consideração a Administração em seus sentidos objetivo (atividade exercida) e subjetivo (órgãos do Estado que exercem a atividade administrativa). Por isso mesmo também sofre as mesmas críticas já vistas em relação ao critério da Administração Pública.



### ATENÇÃO

A propósito, o CESPE, na prova para a função de Titular de Serviços de Notas e de Registros do Estado de Sergipe, aplicada em 2014, tomando emprestado o conceito exposto anteriormente, considerou **correta** a seguinte assertiva: “Consoante o critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado, o Direito Administrativo é o conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral.”

#### 1.3.5.9. Critério da distinção entre atividades de autoridade e atividades de gestão (*Escola da puissance publique ou da potestade pública*)

Os doutrinadores que adotam esta teoria fazem a **distinção entre atividades de autoridade e atividades de gestão**. Nas primeiras, o Estado atua com autoridade sobre os particulares, utilizando prerrogativas próprias de autoridade,

<sup>7</sup> Apud Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 28. ed., p. 79.

ou seja, com supremacia sobre o particular; enquanto nas segundas, o Estado atua em posição de igualdade perante os particulares, regendo-se pelo direito privado. Em suma, somente as atividades de autoridade é que seriam regidas pelo Direito Administrativo.

Esse critério sofre críticas porque exclui do âmbito do Direito Administrativo uma série de atos que são praticados sem prerrogativas públicas, como os atos negociais, que decorrem da vontade comum das partes, e que também sofrem a incidência de regras de direito público quando uma das partes envolvidas é a Administração.

#### 1.3.5.10. O conceito de Direito Administrativo na doutrina nacional

A controvérsia acerca do conceito de direito administrativo também é a tônica no que concerne à doutrina nacional, ora dando prioridade a um dos critérios apontados nos itens anteriores, ora tentando conciliá-los em um conceito mais amplo.

A título exemplificativo, o saudoso Hely Lopes Meirelles conceituou direito administrativo 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”.<sup>8</sup> Já Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.<sup>9</sup> Por seu turno, Maria Sylvania Zanella Di Pietro define o 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”.<sup>10</sup> Por sua vez, para José dos Santos Carvalho Filho, o direito administrativo pode ser considerado como “o conjunto de normas e princípios que, visando sempre o interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir”.<sup>11</sup>

Entendemos que estão corretos todos os conceitos apresentados anteriormente, cujas notas distintivas residem nos critérios escolhidos pelos respectivos autores. Não obstante, registramos que, para nós, direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que, norteados pela busca da consecução do interesse público, estabelecem a disciplina jurídica do exercício da função ad-

<sup>8</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 40.

<sup>9</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 37.

<sup>10</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 48.

<sup>11</sup> José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 8.

ministrativa pelos agentes, órgãos e entidades do Estado ou de quem lhe faça as vezes.

#### 1.3.5.11. Quadro esquematizado

CRITÉRIO	CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO
<b>Legalista</b>	Disciplina jurídica responsável pelo estudo das normas administrativas (leis, decretos, regulamentos) de um determinado país.
<b>Poder Executivo</b>	Disciplina jurídica das atividades do Poder Executivo.
<b>Serviço Público</b>	Tem por objeto disciplinar o serviço público. <ul style="list-style-type: none"> <li>- Em <b>sentido amplo</b>, serviço público abrange todas as funções do Estado, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita (Duguit e Bonnard).</li> <li>- Em <b>sentido estrito</b>, serviço público abrange a atividade material exercida pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas, sob regime de direito público (Jèze).</li> </ul>
<b>Relações Jurídicas</b>	Conjunto de normas que regem as relações jurídicas entre a Administração e os administrados.
<b>Teleológico (ou Finalístico)</b>	Conjunto de normas que disciplinam a atuação concreta do Estado para consecução de seus fins (fins públicos).
<b>Negativo (ou Residual)</b>	Tem por objeto as normas que disciplinam as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins públicos, excluídas a atividade legislativa e a jurisdicional, além das atividades patrimoniais, regidas pelo direito privado.
<b>Administração Pública</b>	Conjunto de princípios e normas que regem a Administração Pública.
<b>Distinção entre atividade jurídica e social do Estado</b>	Conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral
<b>Distinção entre atividades de autoridade e atividades de gestão (Escola da <i>puissance publique</i> ou da potestade pública)</b>	Tem por objeto disciplinar as atividades de autoridade, ou seja, aquelas em que o Estado utiliza prerrogativas próprias de autoridade, agindo com supremacia sobre o particular

### 1.3.6. Fontes do Direito Administrativo

As principais fontes do direito administrativo são: a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

A **lei**, enquanto regra geral, abstrata e impessoal, é a **fonte principal** (**primordial** ou **primária**) do direito administrativo. O termo “lei”, nesse caso, deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, tratados e convenções internacionais, decretos legislativos, resoluções das Casas Parlamentares, entre outros.

A **doutrina**, conjunto de construções teóricas produzidas pelos estudiosos do direito, é **fonte secundária** do direito administrativo. O pensamento dos doutrinadores influencia não só a produção das leis, como também as próprias decisões de natureza administrativa ou judicial.

A **jurisprudência**, conjunto de reiteradas decisões judiciais ou administrativas em um mesmo sentido, também é considerada **fonte secundária** do direito administrativo, influenciando visivelmente a construção e a consolidação deste sub-ramo do direito público. A jurisprudência tem um caráter mais prático do que a doutrina e a lei. Outra característica da jurisprudência é o seu nacionalismo. Segundo Hely Lopes Meirelles, “enquanto a **doutrina tende a universalizar-se**, a **jurisprudência tende a nacionalizar-se**, pela contínua adaptação da lei e dos princípios teóricos ao caso concreto”.<sup>12</sup>



#### ATENÇÃO

Seguindo a orientação anterior, a Fundação Carlos Chagas, na prova do concurso para Analista Judiciário do TRE-PE, realizada em 2011, considerou incorreta a seguinte assertiva: “Uma das características da jurisprudência é o seu universalismo, ou seja, enquanto a doutrina tende a nacionalizar-se, a jurisprudência tende a universalizar-se”. Como podemos observar, a alternativa foi considerada incorreta porque atribuiu à jurisprudência a característica própria da doutrina, e vice-versa.

A jurisprudência, **em regra, não tem efeito vinculante** (não obriga que seja adotada em futuras decisões). No entanto, há que ser ressaltado que as decisões proferidas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (Adecon ou ADC) e em Arguição de

<sup>12</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 47.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) possuem efeito *erga omnes* (atingem a todos, mesmo não fazendo parte do processo) e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Além disso, a EC 45/2004 (CF, art.103-A) introduziu no direito brasileiro a figura da súmula vinculante, que consiste na possibilidade de o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar súmulas que terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas.

O efeito vinculante das súmulas, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da referida Emenda Constitucional, foi inspirado no sistema norte-americano. Lá, para melhorar a agilidade do sistema judicial, as decisões da Suprema Corte Americana gozam de efeito vinculante em relação aos demais órgãos judiciais. É o chamado *stare decisis*.

Chamamos a atenção do leitor para o fato de que existe atualmente grande discussão na doutrina quanto ao enquadramento das súmulas vinculantes como fonte primária ou secundária do direito. Digno de nota que até o momento não foi identificada questão de prova que permita inferir qual a posição adotada em relação a esta controvérsia por uma ou outra banca examinadora de concursos públicos.

Por fim, os **costumes**, que são regras não escritas observadas pelo grupo social de maneira uniforme, também são considerados **fontes secundárias** do direito administrativo. Conforme observa Hely Lopes Meirelles, “no Direito Administrativo Brasileiro o costume exerce ainda **influência**, em razão da **deficiência da legislação**”.<sup>13</sup>

O costume exige dois elementos: 1.º) o **uso**; e 2.º) a **convicção generalizada da necessidade de sua obrigatoriedade (cogência)**. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup> adverte que a praxe administrativa (simples rotina administrativa) não deve ser confundida com o costume por faltar-lhe a segunda característica apontada anteriormente. A propósito, a praxe administrativa, na opinião da maioria dos autores, não se constitui em fonte do Direito Administrativo.

Os costumes só podem ser aplicados segundo a lei (*secundum legem*) ou para o preenchimento do vazio deixado por assuntos não regulados pela lei (*praeter legem*). O costume contrário à norma legal (*contra legem*), além de não poder ser aplicado, também não pode ser considerado como fonte do direito.

<sup>13</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 48.

<sup>14</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 75.

Em síntese:

FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO	CARACTERÍSTICAS
Lei	<ul style="list-style-type: none"> <li>- regra geral, abstrata e impessoal;</li> <li>- fonte primária ou principal.</li> </ul>
Doutrina	<ul style="list-style-type: none"> <li>- conjunto de construções teóricas produzidas pelos estudiosos do direito;</li> <li>- influencia a produção das leis e as decisões administrativas e judiciais;</li> <li>- tendência à universalização;</li> <li>- fonte secundária.</li> </ul>
Jurisprudência	<ul style="list-style-type: none"> <li>- conjunto de decisões judiciais ou administrativas em um mesmo sentido;</li> <li>- caráter mais prático do que a doutrina e a lei;</li> <li>- em regra, não tem efeito vinculante;</li> <li>- tendência à nacionalização;</li> <li>- fonte secundária.</li> </ul>
Costume	<ul style="list-style-type: none"> <li>- regras não escritas observadas pelo grupo social de maneira uniforme;</li> <li>- elementos:               <ol style="list-style-type: none"> <li>1.º) o uso; e</li> <li>2.º) a convicção generalizada da necessidade de sua obrigatoriedade (cogência);</li> </ol> </li> <li>- não se confunde com a praxe administrativa;</li> <li>- fonte secundária;</li> <li>- somente é admitido como fonte do direito o costume aplicado <i>secundum legem</i> ou <i>praeter legem</i>.</li> </ul>

### 1.3.7. Tendências do Direito Administrativo

O Direito Administrativo tem sofrido profundas transformações nos últimos anos. De acordo com a professora Maria Sylvia Di Pietro, as principais transformações ou tendências desse ramo do direito seriam as seguintes:

- a) **Constitucionalização do Direito Administrativo;** dá-se em dois sentidos, pela regulação em nível constitucional de matérias que antes eram tratadas pela legislação infraconstitucional e pela constitucionalização de princípios administrativos, que orientam todo o sistema jurídico;

- b) **Democratização da Administração Pública:** dá-se pela previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão na gestão e controle da administração pública, a exemplo das consultas e audiências públicas;
- c) **Profundas alterações do conceito de discricionariedade administrativa:** nesse ponto se observam duas tendências opostas. Há aqueles que defendem a ampliação da discricionariedade administrativa, sob o argumento de substituir a administração burocrática pela administração gerencial (modelos estudados no item 3.1 do Capítulo 3 deste livro). De outro lado, há aqueles que defendem maiores limites à discricionariedade, sob o argumento de que a atuação administrativa é calcada na lei e encontra seus limites na lei e nos princípios que regem o ordenamento jurídico. Essa dualidade de posições é observada também em relação à chamada discricionariedade técnica. Assim, os que defendem a ampliação da discricionariedade entendem que a discricionariedade técnica não pode ser objeto de apreciação judicial, já que, por envolver o aspecto técnico, caberia a Administração Pública definir a questão; aqueles contrários pregam que se a solução é técnica poder-se-ia chegar a uma solução única com auxílio de peritos, de modo que a apreciação judicial seria sempre possível;
- d) **Crise na noção de serviço público:** verifica-se pela tendência de transferir à iniciativa privada serviços públicos que antes eram prestados de forma exclusiva pelo Estado, tal como os serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia elétrica;
- e) **Movimento de agencificação:** constata-se pela criação de diversas autarquias de regime especial (agências reguladoras), que têm por objetivo exercer função regulatória sobre diversas atividades e setores econômicos;
- f) **Aplicação do princípio da subsidiariedade:** parte da premissa de que o Estado deve se abster de exercer atividades que os particulares podem exercer por sua própria iniciativa. Assim, só caberia ao Estado atuar de forma subsidiária, ou seja, quando a iniciativa privada não conseguisse atender as demandas da sociedade de forma eficiente. Em face dessa tendência se observa a política de privatização de empresas estatais, a ampliação da atividade de fomento e das parcerias do setor público com o setor privado etc.;
- g) **Adoção da Administração Pública Gerencial:** verifica-se, dentre outros aspectos, pela substituição do controle formal pelo controle de resultados e pela ampliação da autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos órgãos e entidades da Administração Pública. Um exemplo bastante claro dessa tendência é o instituto do contrato de gestão previsto na Lei 9.649/1998;

- h) **Procura da consensualidade:** a decisão estatal, ao invés de ser imposta de forma autoritária e unilateral, é construída a partir do consenso, da negociação e da participação popular. Nota-se aqui a utilização pelo Poder Público da técnica da mediação e dos termos de ajustamento de conduta negociados pelo Ministério Público, que se constituem em formas negociadas de prevenção e solução de litígios (o que no passado não era admitido em face do princípio da indisponibilidade do interesse público), além da utilização de instrumentos que garantam a participação da sociedade nas decisões estatais, a exemplo das consultas e audiências públicas. Percebe-se também a busca da consensualidade pela tendência de contratualização do Direito Administrativo; a relação contratual é percebida como uma maneira consensual de viabilizar a participação do destinatário na formação da vontade estatal, garantindo que esta possua maior legitimidade, além de favorecer o seu cumprimento espontâneo;
- i) **Centralidade da pessoa humana (princípio versus princípio da supremacia do interesse público):** o que se prega aqui é a inviabilidade da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, diante da existência de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Nesse contexto, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e a técnica da ponderação de interesses aparecem como fatores de mitigação da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular;
- j) **Privatização ou fuga do Direito Administrativo ou fuga para o direito privado:** observa-se uma tendência na atualidade de ampliação da utilização de institutos do direito privado (parcerias com a iniciativa privada, instituição de pessoas administrativas de direito privado, formalização de contratos tipicamente privados etc.), além de uma pressão para acabar com as cláusulas exorbitantes típicas do regime publicista. Não obstante tal constatação, a fuga do direito privado nunca será integral, já que mesmo quando a Administração pratica atos sob o manto do direito privado, nunca o faz sem se socorrer das normas de direito público, que derrogam parcialmente aquelas normas.