

31

SABERES DO DIREITO

Direito Administrativo I

*Temas introdutórios e princípios da Administração Pública, atos administrativos,
poderes da Administração, improbidade administrativa*

LICÍNIA ROSSI CORREIA DIAS

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



 **Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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





31

SABERES DO DIREITO

Direito Administrativo I

*Temas introdutórios e princípios da Administração Pública, atos administrativos,
poderes da Administração, improbidade administrativa*

LICÍNIA ROSSI CORREIA DIAS

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a
6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-
4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:
(71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:
(14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ / AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ / SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO / PARAÍBA / R. G. DO NORTE / ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO / ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Dias, Licínia Rossi

Correia

Direito administrativo I /

Licínia Rossi Correia

Dias. –

São Paulo : Saraiva,

2012. – (Coleção saberes

do direito ; 31)

Bibliografia.

1. Direito administrativo

2. Direito administrativo

– Brasil

I. Título. II. Série.

12-01744 CDU-35

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito administrativo 35

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know -how
Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

**Data de fechamento da
edição: 17-2-2012**

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o



A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

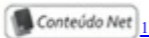
O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que

chamamos de

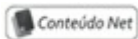


No



você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.



Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>



¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.



LICÍNIA ROSSI CORREIA DIAS

Mestre em Direito Constitucional pela PUCSP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Professora de Direito Administrativo e Constitucional da Rede de Ensino LFG. Professora de Direito da Unicamp. Advogada.

Conheça o autor deste livro: Assista ao vídeo:

<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/>

[ISBN=16939-5](#)

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto

Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

Aos meus pais, Edmar e Maria, que me ensinaram o valor daquilo que é verdadeiramente útil e necessário nesta vida.

Meus grandes exemplos de luta, coragem, sabedoria, simplicidade, bondade e amor. E aos meus queridos alunos de ontem, hoje, amanhã e sempre!
Sem vocês, minha vida não teria o sentido, o brilho e a alegria que tem!

Aos meus alunos, pela confiança, carinho e respeito. Aos meus amigos,
pelo apoio e compreensão pelas horas não compartilhadas em razão
do meu tempo dedicado aos estudos e trabalho e também pelos momentos únicos
de alegria nas horas de lazer que me proporcionam.
Um agradecimento especial para Gláucia Berbel Caruso (amiga-irmã), presente
em todas as horas importantes da minha vida. Ao meu tio-pai, Francisco Vicente
Rossi, pelos conhecimentos ensinados e, sobretudo, pelos valores da verdade,
simplicidade e honestidade que
enraizaram em mim. E, aos meus pais, verdadeiros alicerces estrutura de tudo
aquilo que hoje posso chamar de
“minha vida”. Meus sinceros agradecimentos e reconhecimento.



Sumário

Capítulo 1 Temas Introdutórios e Princípios da Administração Pública

1. Introdução ao estudo do direito administrativo

2. Conceito de direito administrativo

2.1 Escola do serviço público

2.2 Critério do Poder Executivo (Meucci, Ranelletti)

2.3 Critério das relações jurídicas (Laferrière, Otto Mayer)

2.4 Critério teleológico ou finalístico (Orlando)

2.5 Critério negativo ou residual (Orlando, Fleiner, Velasco)

2.6 Critério da distinção entre a atividade jurídica e a social do estado

2.7 Critério da administração pública

3. Fontes do direito administrativo

4. Princípios que regem a atuação da administração pública

5. Regime jurídico administrativo

5.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

5.1.1 Conseqüências do princípio da supremacia do interesse público

5.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

5.3 Princípio da legalidade

5.3.1 Princípio da legalidade versus princípio da reserva de lei

5.3.2 A legalidade admite exceções?

5.4 Princípio da impessoalidade

5.4.1 O princípio da impessoalidade e o enunciado da Súmula Vinculante 13

5.5 Princípio da impessoalidade e a promoção pessoal

5.6 Princípio da moralidade

5.7 Princípio da publicidade

5.7.1 Exceções constitucionais à publicidade

5.8 Princípio da eficiência (inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98)

5.8.1 Desdobramentos do princípio da eficiência

5.9 Princípio da autotutela

5.10 Princípio da continuidade dos serviços públicos

5.10.1 Princípio da continuidade dos serviços públicos versus direito de greve dos servidores: art. 37, VII, CF, a questão da omissão legislativa acerca do assunto

5.10.2 Direito de greve versus serviços essenciais

5.10.3 Competência em caso de greve

5.10.4 Greve versus estágio probatório

5.10.5 Greve para os militares

5.10.6 Princípio da continuidade dos serviços públicos e a cláusula da exceção do contrato não cumprido

5.11 Princípio da isonomia ou igualdade

5.11.1 Fixação de limite de idade em concurso público

Capítulo 2 Dos Atos Administrativos

1. Atos administrativos

2. Classificação dos atos administrativos

2.1 Quanto à formação do ato administrativo

2.1.2 Algumas divergências doutrinárias

2.2 Quanto aos destinatários do ato administrativo

2.3 Quanto ao alcance dos atos administrativos

2.4 Quanto ao seu regramento

2.5 Quanto ao objeto, quanto às prerrogativas com que atua a Administração

2.6 Outras classificações

2.6.1 Ato normativo

2.6.2 Ato ordinatório

2.6.3 Ato enunciativo

2.6.4 Ato negocial

2.6.5 Ato punitivo

3. Atributos do ato administrativo

3.1 Presunção de legitimidade

3.2 Autoexecutoriedade

3.2.1 Exigibilidade

3.2.2 Executoriedade

3.3 Imperatividade (ou poder extroverso – Renato Alessi)

3.4 Tipicidade

4. Elementos ou requisitos do ato administrativo

4.1 Terminologia

4.2 Elementos ou requisitos em espécie

4.2.1 Forma

4.2.2 Finalidade

4.2.3 Competência/sujeito

4.2.4 Motivo (ou causa)

4.2.5 Objeto/conteúdo

5. Convalidação e sanatória

5.1 Diferenciação: convalidação versus conversão

6. Estabilização de efeitos

7. Formação e efeitos do ato administrativo

7.1 Perfeição

7.2 Eficácia

7.2.1 Efeito típico ou próprio

7.2.2 Efeito atípico

7.3 Exequibilidade

7.4 Validade

7.4.1 Perfeito e inválido

7.4.2 Perfeito, inválido e eficaz

7.4.3 Perfeito, inválido e ineficaz

7.4.4 Perfeito, válido e ineficaz

7.4.5 Válido, eficaz e exequível

7.4.6 Válido, eficaz e inexecuível

7.4.7 Válido, ineficaz e inexecuível

7.4.8 Inválido, eficaz e exequível

7.4.9 Inválido, eficaz e inexecuível

7.4.10 Inválido, ineficaz e inexecuível

8. Extinção dos atos administrativos

8.1 Extinção do ato em razão do cumprimento de seus efeitos

8.2 Extinção do ato em razão do desaparecimento do sujeito

8.3 Extinção do ato em razão do desaparecimento do objeto

8.4 Extinção do ato em razão da renúncia

8.5 Extinção do ato em razão de sua retirada pela própria administração pública

8.5.1 Anulação

8.5.2 Revogação

8.5.3 Cassação

8.5.4 Caducidade

8.5.5 Contraposição (ou derrubada)

1. Poderes da administração

2. Características do poder

2.1 Irrenunciabilidade

2.2 Limites ao poder do administrador

2.2.1 Observância ao princípio da legalidade

2.2.2 Limite de competência

2.2.3 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

3. Poderes em espécie

3.1 Poder vinculado ou regrado

3.2 Poder discricionário

3.3 Poder disciplinar

3.3.1 Discricionariedade no poder disciplinar

3.3.2 O Superior Tribunal de Justiça e a discricionariedade no poder disciplinar

3.4 Poder hierárquico (ou poder do hierarca nas expressões de Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, p. 150)

3.4.1 Situações em que a hierarquia não ocorre

3.4.2 (Im)possibilidade de hierarquia entre os poderes

3.5 Poder de polícia

3.5.1 Enfoques do poder de polícia

3.5.2 Conceituações

3.5.3 Características do ato de polícia

3.6 Poder regulamentar

3.6.1 Poder regulamentar e mandado de injunção

3.6.2 Formalização do poder regulamentar

3.6.3 Limites conferidos ao poder regulamentar

3.6.4 Modelo atual do poder regulamentar (trazido por José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, p. 54)

3.6.5 Regulamentos autônomos ou independentes

Capítulo 4 Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92

1. Improbidade administrativa

1.1 Terminologia: probidade e moralidade

2. Fonte normativa

3. Competência para legislar sobre improbidade administrativa

4. Sujeito passivo da lei de improbidade: a vítima do ato de improbidade administrativa

4.1 Sujeitos passivos principais

4.2 Sujeitos passivos secundários

4.3 Entidades do terceiro setor (entes de cooperação) podem ser sujeitos passivos de improbidade administrativa?

4.3.1 Serviços sociais autônomos

4.3.2 Organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público

5. Sujeito ativo do ato de improbidade: o autor da prática do ato ímprobo

5.1 Agente público

5.2 Agentes políticos e a Lei de Improbidade Administrativa

5.2.1 RCL 2.138 (Informativo 471 STF): caso Ministro Ronaldo Motta Sardenberg

5.3 Terceiros

6. Atos de improbidade administrativa

6.1 Enriquecimento ilícito

6.2 Dano ao erário

6.3 Violação aos princípios da administração pública

7. Natureza jurídica do ilícito de improbidade administrativa

8. Elemento subjetivo

8.1 Contratação de servidor público versus concurso público



1. Introdução ao estudo do direito administrativo

O direito administrativo é um ramo recente. Nasceu no século XVIII no momento em que se consolida o Princípio da Tripartição dos Poderes de Montesquieu.

Os Estados eram governados por um soberano, e a ideia de poder vinha porque diziam que os soberanos representavam a divindade – v.g. Luís XIV com a máxima “o Estado sou eu”.

A partir dos séculos XVI e XVII surgem pensamentos visando à limitação desse poder (sobretudo com John Locke em seus dois Tratados sobre o Governo, e em Montesquieu no “espírito das leis”: “só o poder limita o poder”).

Assim, atribui-se as funções do Estado a diversos órgãos, objetivando o combate ao poder através da imposição de limites a quem o exerce.

O direito administrativo aparece com o objetivo de estudar qual a função administrativa do Estado e os órgãos que a desempenham.

2. Conceito de direito administrativo

Os autores administrativistas adotam vários critérios para conceituar direito administrativo.

2.1 Escola do serviço público

Formou-se na França, inspirada na Jurisprudência do Conselho de Estado Francês a partir do caso Blanco, de 1873, tendo como adeptos Duguít, Gaston Jèze, Bonnard.

Curiosidade

Agnes Blanco era uma garota que, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi atingida por uma vagonete (vagão) da Companhia Nacional de

Manufatura de Fumo, que pertencia ao Estado Francês. O pai de Agnes Blanco ingressou com uma ação de indenização na Justiça Comum, porém, esta se declarou incompetente.

A questão foi encaminhada ao Tribunal de Conflitos, que decidiu que era da competência do Tribunal Administrativo Francês analisar o problema, por entender que a responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos causados a particulares não poderia ser regida pelos princípios do Código Civil.

Eram, portanto, necessárias regras especiais que conciliassem os direitos do Estado e os direitos privados.

Em razão deste fato, fixou-se a competência dos **tribunais administrativos** para cuidar de casos envolvendo a execução de serviços públicos (inclusive foi a partir dali que surgiram as teorias publicistas da responsabilidade do Estado).

Para a Escola do Serviço Público, o direito administrativo se preocupa com o serviço público prestado pelo Estado.

Crítica: o que a expressão serviço público abrange?

Para alguns, o sentido de serviço público deixaria de lado algumas matérias pertinentes ao direito administrativo, e, para outros, a expressão incluiria normas pertencentes a outros ramos do direito, razão pela qual este critério não é aceito no Brasil.

2.2 Critério do Poder Executivo (Meucci, Ranelletti)

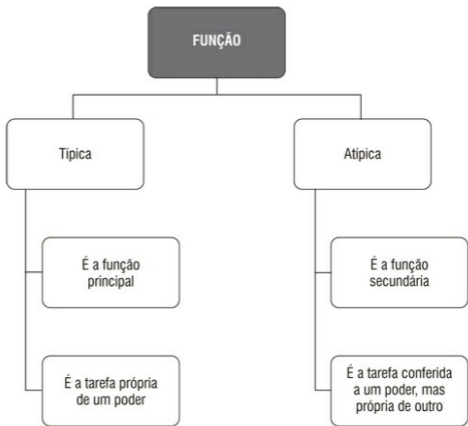
Por este critério, apela-se para a noção de Poder Executivo para definir direito administrativo.

O problema deste critério está em seu caráter incompleto: outros Poderes, como o Legislativo e o Judiciário, podem exercer atipicamente atividade administrativa.

Mas o que significa exercer atipicamente uma atividade?

Ao pensarmos em **função** desempenhada pelos Poderes do Estado devemos pensar: **a) Função típica; b) Função atípica.**

Esquematizando



Por exemplo, a função típica do Poder Executivo é a tarefa própria realizada pelo Poder Executivo: exercer a função administrativa. Esta é a tarefa principal e típica.

Para complementar

Função administrativa é atividade exercida em caráter de subordinação à lei, em que os agentes públicos ligados a diversos Poderes do Estado e aos próprios particulares delegados, valendo-se de prerrogativas, defendem interesses públicos – atingindo a finalidade teleológica do Estado: o bem comum.

De modo atípico, porém, o Executivo poderá exercer atividades típicas conferidas a outro poder.

O chefe do Executivo quando edita medida provisória “com força de lei” nos termos do art. 62 da Constituição Federal está exercendo função

legislativa atipicamente atribuída ao chefe do Executivo federal, o Presidente da República.

A função típica do Poder Judiciário tem como características: a) atuar de forma indireta (é necessário provocação para que a função jurisdicional seja exercida – a jurisdição é inerte); b) via de regra atua no caso (exceto no caso de controle concentrado de constitucionalidade em que a atuação ocorre de forma abstrata); c) a função jurisdicional acarreta a intangibilidade jurídica, isto é, a impossibilidade de mudança e conseqüente produção da coisa julgada. Ora, essa é a tarefa típica do Poder Judiciário: julgar. Porém, de modo atípico, o Judiciário pode exercer atividade outra, típica de outro poder. Exemplo: Judiciário realizando concurso para ingresso na magistratura; Judiciário fazendo seus próprios regimentos internos.

A função legislativa tem como características típicas: a) agir de forma abstrata; b) atuar de forma geral (atinge todos aqueles que estiverem na mesma situação); c) pode inovar no ordenamento jurídico. A tarefa própria do Poder Legislativo é legislar, esta é a sua tarefa principal. Mas, de modo atípico, o Legislativo poderá exercer função típica de outro poder. Exemplo: Legislativo julgando crimes de responsabilidade; Legislativo realizando licitações para aquisição de bens.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 36) traz uma **quarta atuação do Estado**, que não consiste nem em julgar, nem em legislar, nem em administrar. Trata-se da denominada **função política ou função de governo**. Ocorre nos casos em que o Presidente da República declara a guerra e celebra a paz; sanção e veto do Presidente da República; Declaração do Estado de Sítio. São decisões que não se confundem com o mero administrar.

Assim, diante da noção das funções do Estado, podemos concluir que o critério do Poder Executivo não é suficiente para conceituar o direito administrativo.

O próprio art. 1º, da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, estabelece que “os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa”, o que confirma a incompletude do critério em análise.

Ainda, embora não pertencente a nenhum dos três Poderes, o Ministério Público também exerce função administrativa, v.g. quando realiza concurso público para provimento do cargo de Promotor de Justiça.

O Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo, também exerce função administrativa ao instaurar uma comissão processante para apuração de infração funcional cometida por Ministro do Tribunal de Contas da União.

Por fim, particulares exercem função administrativa mediante delegação estatal. Exemplificando: contrato de concessão de serviço público e permissão de serviço público.

2.3 Critério das relações jurídicas (Laferrière, Otto Mayer)

Por este critério o direito administrativo é um conjunto de normas que regem as relações entre a Administração Pública e os administrados.

Todas as relações jurídicas do Estado estão na alçada do direito administrativo.

Este critério é demasiadamente amplo! Nem todas as relações jurídicas pertencem ao direito administrativo. A sonegação tributária é uma relação jurídica que não pertence ao direito administrativo.

2.4 Critério teleológico ou finalístico (Orlando)



O direito administrativo é entendido como um conjunto de regras e princípios.



É um critério aceito no direito brasileiro, porém carecedor de complementação.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 200) aceita este critério, porém o complementa: direito administrativo compreende “tão somente a forma de ação do Estado-poder, quer dizer, a ação de legislar e executar, e a sua organização para efetivar essa forma, quer dizer, os meios de sua ação”.

2.5 Critério negativo ou residual (Orlando, Fleiner, Velasco)

Está relacionado com o critério anterior (e recebe também o nome de *negativista*). Encontra em Orlando um de seus idealizadores. No direito brasileiro, este critério foi adotado por Tito Prates da Fonseca.

Por este critério, exclui-se a atividade legislativa e jurisdicional, e o que sobra, o resto, é o direito administrativo.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 42) “o direito administrativo tem por objetivo as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas a legislação e a jurisdição ou somente esta”.

Para Orlando, o Estado deve ser analisado sob o aspecto de ordenamento fundamental (seara do direito constitucional) e, deve cumprir seus fins. Para a consecução de seus fins conta com a atividade administrativa em sentido lato (que engloba as funções de administração, legislação e jurisdição) e com a atividade administrativa em sentido estrito (só englobando a função de administração – e aqui seria o objeto do direito administrativo).

Esquematisando



2.6 Critério da distinção entre a atividade jurídica e a social do estado

Aqui, os doutrinadores, para definir o direito administrativo, levam em consideração o tipo de atividade exercida.

Assim, por este critério, o direito administrativo não se preocupa com a atividade social do Estado.

O tipo de atividade exercida pelo direito administrativo é a atividade jurídica.

Para José Cretella Junior (*Tratado de direito administrativo*, p. 182) “direito administrativo é o ramo do direito público interno que regula a atividade

jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua atuação em geral”. No mesmo sentido, Mário Masagão (*Conceito de direito administrativo*, p. 182).

2.7 Critério da administração pública

No direito estrangeiro, como adepto desse critério temos Zanobini, Laubadère e Gabino Fraga. No direito brasileiro, Fernando Andrade de Oliveira e Hely Lopes Meirelles.

O direito administrativo brasileiro consiste “no conjunto harmônico dos princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 40).

Este critério é o mais completo, por englobar e complementar critérios anteriores estudados acima.

3. Fontes do direito administrativo

A expressão deriva do latim *fons* que significa origem, nascente.

Fontes do direito administrativo são tudo aquilo que leva à definição de uma regra de direito administrativo.

a) A primeira fonte do direito administrativo é a lei

A expressão lei é utilizada em sentido amplo e abrange a Constituição Federal, as leis ordinárias, as leis delegadas, as leis complementares, os regulamentos administrativos etc.

b) A segunda fonte do direito administrativo é a doutrina

Doutrina é o resultado do trabalho especializado dos estudiosos que analisam o sistema normativo e resolvem contradições encontradas, formulam definições e classificações.

c) A terceira fonte do direito administrativo é a jurisprudência

Jurisprudência é a decisão e o julgamento reiterados e uniformes, proferidos pelos órgãos jurisdicionais e, em regra, não vincula no Brasil.

A jurisprudência só irá vincular quando submetida a um procedimento próprio: é a chamada **súmula**, que nos termos do art. 103-A, advindo com a EC n. 45/2004, poderá ter **efeito vinculante**.

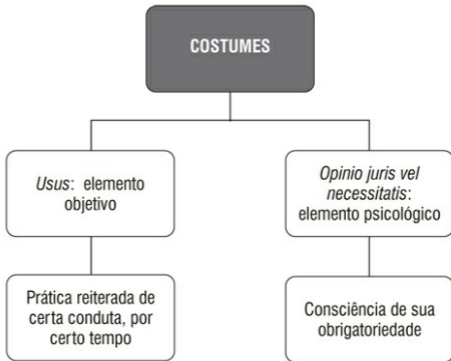
A súmula vinculante obrigará todo o Poder Judiciário (excetuado o próprio Supremo Tribunal Federal responsável por sua edição) e toda a Administração Pública. Não vincula o Poder Legislativo, e a justificativa para esta não vinculação é evitar a fossilização e petrificação da Constituição.

A Lei n. 11.417/2006 fixa os detalhes acerca da súmula vinculante.

d) A quarta fonte do direito administrativo são os costumes

Costume é a prática reiterada e habitual de condutas, acreditando ser ela obrigatória. Apesar do costume ser fonte do direito administrativo, não cria nem exime obrigação.

Esquematizando



e) A quinta fonte do direito administrativo são os princípios gerais do direito

Os princípios gerais do direito podem ser expressos ou implícitos.

Como exemplo de princípios gerais do direito temos: vedação do enriquecimento ilícito; ninguém pode beneficiar-se com a própria torpeza; ninguém pode causar dano a outrem e, se causar, tem que indenizar etc.

4. Princípios que regem a atuação da administração pública

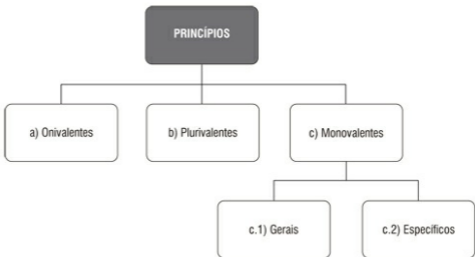
Princípios são os alicerces de uma ciência. São os parâmetros para a interpretação do conteúdo das demais regras jurídicas. É a proposição básica fundamental que alicerça o sistema jurídico.

Os princípios têm um conteúdo indeterminado, variável e dotado de abstração.

Não existe hierarquia entre os princípios, o que existe é uma maior ou menor aplicação diante de certa situação.

Podemos classificar os princípios da maneira que se vê abaixo:

Esquematisando



a) *Onivalentes*: são os princípios que valem para qualquer ciência. Ex.: Princípio da Não Contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo.

b) *Plurivalentes*: são os princípios que valem para um grupo de ciências. Ex.: Princípio da Causalidade: é um princípio que informa as ciências naturais.

c) *Monovalentes*: são os princípios que valem para uma só ciência. Ex.: o Princípio da Legalidade, que é um princípio aplicável apenas no âmbito do direito.

c.1) *Gerais*: valem só para um ramo de uma ciência. Ex.: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular é aplicado no ramo do direito público.

c.2) *Especificos*: valem só para uma parte de um ramo de certa ciência. Ex.: Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, que vale apenas para o direito administrativo, que é um sub-ramo do direito público.

E, é dos princípios que decorrem as regras jurídicas.

As regras jurídicas têm papel certo, determinado. Exs.: maioria civil aos dezoito anos; aposentadoria compulsória de servidor público aos setenta anos.

O ato praticado com violação a um princípio deve ser anulado, pois ilegal. Os princípios conferem unidade e ordenação ao sistema jurídico.

Para que haja uma disciplina autônoma, é necessário que haja um

conjunto de **princípios e regras**.

Esses princípios e regras irão reproduzir, no geral, as características do regime de direito público adicionalmente a outras características específicas.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (*Atos administrativos e direito dos administrados*, p. 88): “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

5. Regime jurídico administrativo

É o conjunto de regras e princípios que justificam a existência do direito administrativo.

Mas qual a diferença entre regime jurídico administrativo e regime jurídico da Administração Pública?

Ao falarmos em regime jurídico administrativo, estamos nos referindo ao regime público (exemplificando: atos administrativos, contratos administrativos). Já ao falarmos em regime jurídico da Administração Pública, estamos abarcando tanto o regime público quanto o regime privado.

O regime jurídico administrativo é formado pela bipolaridade prerrogativas *versus* sujeições.

Prerrogativas em prol da Administração Pública que deve sempre buscar o interesse público. **Sujeições** ao Princípio da Legalidade, devendo o administrador só realizar as condutas previstas em lei, assim, resguardando os indivíduos de abusos.

É dessa bipolaridade que temos o que Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 55) denomina de “pedras de toque” do direito administrativo: 1) Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular; 2) Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público sobre o particular.

5.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

É a superioridade do interesse coletivo em face do interesse individual.

O interesse público deve preponderar sobre o interesse privado de forma a prevalecerem as conveniências e necessidades da sociedade.

É o que afirma privilégios e prerrogativas jurídicas para aquele que tem o dever legal de buscar a satisfação do interesse público de modo a deixá-lo em um patamar de superioridade jurídica em relação àqueles que buscam a mera satisfação de interesses privados.

No mundo privado, os privilégios e prerrogativas estão estabelecidos de forma horizontal, ao passo que, no mundo administrativo, a relação é vertical, encontrando-se a Administração em um patamar de superioridade, com privilégios e prerrogativas.

5.1.1 Consequências do princípio da supremacia do interesse público

a) *Atributos do ato administrativo*: os atributos do ato administrativo são consequência do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular.

O ato administrativo goza de presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade, tipicidade.

Ora, um ato administrativo possui autoexecutoriedade já que é praticado independentemente de autorização de qualquer poder.

Da mesma maneira, se a Administração determina o fechamento de um estabelecimento por desobediência às regras sanitárias, haverá presunção de legitimidade dessa determinação, que inclusive possui força imperativa, tudo como consectário dessa Supremacia do Interesse Público.

b) *Poder de polícia*: a Administração Pública exerce poder de polícia limitando, restringindo, frenando a atuação do particular em nome do interesse público, e essa limitação da liberdade e propriedade do particular só é possível como consequência do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular.

c) *Cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*: a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos mostra a superioridade do interesse público frente ao particular quando permite que a Administração Pública rescinda unilateralmente o contrato por razões de interesse público, por exemplo.

- d) *Requisição administrativa*: a possibilidade de requisição do imóvel particular no caso do art. 5º, XXV, da Constituição, com indenização ulterior se houver dano, demonstra a verticalidade da relação entre Poder Público e administrado.
- e) *Desapropriação*: permite a transferência da propriedade do particular ao acervo público por razões de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, desde que respeitadas as exigências constitucionais do art. 5º, XXIV, da justa e prévia indenização em dinheiro, traduzem a superioridade do Estado em face do particular, permitindo a intervenção em sua propriedade.

Nesse sentido e versando sobre o tema “desapropriação”, notícia do boletim informativo da Advocacia-Geral da União de 25-8-2011: AGU e Infraero conseguem fazer acordo com 81% das ações de desapropriação ajuizadas para ampliação do aeroporto de Viracopos em Campinas (SP).

A Advocacia-Geral da União (AGU) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) já obtiveram 81% de êxito nas conciliações para viabilizar a desapropriação de terrenos necessários à ampliação do aeroporto de Viracopos, em Campinas (SP). A projeção é de que até 2025 Viracopos seja o mais movimentado aeroporto da América Latina.

Conclusão: O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular dirige-se ao legislador e ao administrador, tendo sempre como norte o atendimento do interesse público.

5.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

É o que afirma que o interesse público não pode ser disposto livremente pelo administrador, que deve sempre atuar dentro dos estritos limites da lei.

O administrador cuida dos bens públicos, não é senhor da coisa pública, é mero preposto e, assim, deve atuar conforme a vontade geral e coletiva, que é a vontade da lei.

O administrador exerce atividade em nome e no interesse do povo. Sem lei, o administrador não pode agir. Ex.: se o administrador dispensar a licitação em hipóteses que esta era indispensável, ele terá violado o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pois abriu mão de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A atividade administrativa é subordinada à lei, e as pessoas

administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos. Desta forma, os agentes públicos têm apenas o dever de gerir a coisa pública, nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, observando os seguintes preceitos: a) a legalidade (e daí decorre a finalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a motivação e a responsabilidade do Estado; b) a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública (como forma de tutelar o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos); c) o controle administrativo dos atos praticados ou tutelados (consistente na revisão dos atos por ela praticados); d) isonomia (que consiste na igualdade dos administrados perante a Administração Pública); e) publicidade; f) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) controle jurisdicional dos atos administrativos (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 75).

Os bens, direitos, interesses e serviços públicos não estão à livre disposição dos órgãos públicos ou dos agentes públicos. O detentor desta disponibilidade é o Estado.

Assim, é necessário lei para alienar bens, para transigir, para renunciar, para confessar, para revelar a prescrição, para outorgar a concessão de um serviço público etc. É a ordem legal que autoriza ou proíbe a disponibilidade de bens, direitos, interesses, serviços públicos.

5.3 Princípio da legalidade

Enquanto o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular é o ponto central do qualquer Estado – afinal em qualquer Estado prevalece os interesses públicos sobre os particulares – o Princípio da Legalidade é o ponto central do Estado de Direito.

Estado de Direito é o Estado politicamente organizado, que obedece suas próprias leis.

A ideia de Estado de Direito se contrapõe àqueles Estados em que vigoraram as Monarquias absolutas adeptas das máximas “O Estado sou eu”; “*The King can do no wrong*”, entre outras similares.

Pela legalidade, só a lei obriga os homens e permite atuação do Estado, e administrar é atuar conforme a lei.

Legalidade no direito privado não se confunde com legalidade no direito público.

Para o direito privado adota-se um **critério de não contradição à lei**: é

licito ao particular realizar todas as condutas, excetuadas aquelas que por lei estão proibidas.

A legalidade no direito público estabelece que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza ou determina, pauta-se, assim, num **critério de subordinação à lei**.

A Administração Pública, para respeitar o Princípio da Legalidade, tem o dever de anular os atos ilegais, que também podem ser invalidados pelo Poder Judiciário.

Dizer que o administrador só pode fazer o que a lei determina não significa atribuir-lhe liberdade alguma: o administrador tem atuação discricionária, nos limites da lei.

5.3.1 Princípio da legalidade “versus” princípio da reserva de lei

O Princípio da Legalidade, por sua vez, não se confunde com Princípio da Reserva de Lei. A expressão legalidade é mais abrangente e ampla do que a expressão reserva de lei.

O Princípio da Reserva de Lei indicia a necessidade de regulamentação da matéria exclusivamente por lei, isto é, reserva-se uma matéria a uma espécie normativa predeterminada. Ex.: tal ato só poderá ser realizado por lei complementar.

5.3.2 A legalidade admite exceções?

Há divergência acerca deste tema. Vejamos:

- a) *Primeira corrente*: afirma que, se a legalidade for entendida em sentido estrito ou formal, haverá exceções sempre que a atividade puder ser realizada sem lei preexistente (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 105). Exs.: medida provisória, estado de sítio, estado de defesa.
- b) *Segunda corrente*: se a legalidade for tomara em sentido amplo ou material, entendida como qualquer ato normativo, aí não haverá exceções ao princípio já que a legalidade neste sentido se aproxima da ideia de ordenamento jurídico, de direito.

5.4 Princípio da impessoalidade

Significa ausência de subjetividade no exercício da atividade administrativa.

A impessoalidade pode ser tomada sob dois aspectos: a) dirigido aos administrados, no sentido de que a Administração Pública não pode beneficiar nem prejudicar alguém; b) dirigido à própria Administração Pública (como aplicação da teoria do órgão, já que a pessoa jurídica manifesta sua vontade através de seus órgãos). O agente público quando atua o faz para o órgão e para a pessoa jurídica a que pertence. O ato não pode ser dirigido com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa.

Exemplificando: na concorrência para a construção da ferrovia nortesul, já se sabia com antecedência quem seriam os ganhadores de todos os trechos. Utilizou-se um critério pessoal vedado ao invés da impessoalidade imposta pela Constituição Federal.

O ato praticado pelo administrador deve ser impessoal. E, no direito administrativo há vários institutos constitucionais que representam busca pelo Princípio da Impessoalidade, v.g., “concursos públicos” e “licitação”.

Fazer concurso público de provas e títulos e realizar licitação pública objetivam escolher meritoriamente aqueles que tenham melhores condições, independentemente de qualquer ligação com a autoridade pública.

5.4.1 O princípio da impessoalidade e o enunciado da Súmula Vinculante 13

Ao tratarmos do Princípio da Impessoalidade é necessário observarmos o entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado na Súmula Vinculante 13, mas antes vamos entender qual o contexto que deu origem ao enunciado da referida súmula.

- a) A Emenda Constitucional 45/2004 institui o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).
- b) O CNJ e o CNMP, por **resolução**, vedaram o nepotismo no Judiciário. O que isso significa?
- c) Significa que cargos em comissão, contratação temporária e contratação direta não podem ser preenchidos por cônjuge, companheiro, parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau inclusive da autoridade nomeante.
- d) A Associação de Magistrados do Brasil (AMB) ingressa no STF com a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 12 (ADC 12) questionando

tal vedação ter sido sistematizada por resolução.

- e) O STF, ao julgar a ADC 12 (*Informativo 516*), entendeu que a Resolução 7 do CNJ é constitucional por obedecer aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia, e, por resolução ser espécie normativa, não há nada de incorreto em fixar tal vedação:

“O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB para declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário –, e emprestar interpretação conforme a Constituição a fim de deduzir a função de chefia do substantivo ‘direção’, constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da aludida norma – v. *Informativo 416*. Inicialmente, o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de fazer constar a rejeição da preliminar de inadequação da ação declaratória, por ele sustentada, no julgamento da cautelar – ao fundamento de que não se trataria de questionamento de um ato normativo abstrato do CNJ – e em relação à qual restara vencido. No mérito, *entendeu-se que a Resolução 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo*. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Vencidos, no ponto relativo à interpretação conforme, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, reputá-la desnecessária. ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 20.8.2008. (ADC-12)” (grifos nossos).

- f) Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte profere acórdão entendendo ser constitucional e legal a nomeação de **parentes de vereador** para ocupação do cargo político de Secretário Municipal de Saúde, e a contratação de **parente do vice-prefeito** para o cargo de motorista (cargo administrativo).
- g) Esta questão envolvendo referidas nomeações chegou ao STF e, no julgamento do RE 579.951 do Rio Grande do Norte, decidiu que a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes. Considerou nula a nomeação de motorista para o cargo administrativo e não se manifestou acerca da nomeação para o cargo político.

Nesse cenário que foi editada a Súmula Vinculante 13:

“A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Para complementar

- a) Não houve posicionamento acerca do nepotismo em **cargos políticos**, que, em razão da omissão, continua sendo permitido. Cargos de natureza política não estão envolvidos no enunciado da Súmula Vinculante 13.
- b) Como o enunciado da súmula inclui até apenas o parentesco em 3º grau, os primos não são alcançados pela vedação, já que compõe o 4º grau.
- c) Notícia do STF de 10-1-2012: RCL 13.164. Alegando prática de nepotismo, a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo ingressou com reclamação no Supremo Tribunal Federal para cassar a nomeação de oito pessoas que exercem cargos em comissão na Prefeitura de Mairinque (SP) com a justificativa de que tais nomeações violariam o enunciado da Súmula Vinculante 13. A ação tem pedido liminar para que as nomeações sejam suspensas até a decisão final da Corte.

Qual a diferença entre o princípio da impessoalidade e o princípio da finalidade?

Há divergência doutrinária acerca do assunto:

- a) *Primeiro posicionamento*: o Princípio da Impessoalidade é o próprio Princípio da Igualdade ou Isonomia (Adilson Abreu Dallari e Ivan Barbosa Rigolin).
- b) *Segundo posicionamento*: o Princípio da Impessoalidade nada mais é do que o próprio Princípio da Finalidade, que determina seja o ato administrativo praticado buscando atingir o seu fim legal – aquele indicado pela norma – de forma impessoal, sob pena de sua inobservância e consequente afastamento do interesse público configurarem desvio de finalidade (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 93).
- c) *Terceiro posicionamento*: o Princípio da Finalidade não se confunde com o Princípio da Impessoalidade. Finalidade significa buscar a vontade da lei e, assim, decorre do próprio Princípio da Legalidade. Não se compreende uma lei se não se entender qual o seu objetivo (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 78).

Só se cumprirá a legalidade quando atender sua finalidade. A finalidade será sempre o interesse público, vedado favoritismos ou perseguições, muito embora seja possível ocorrer, em determinadas situações, a conjugação do interesse público com a pretensão de particulares – situação que ocorre nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos – por exemplo.

O desvio desta finalidade configura abuso de poder, que deve ser combatido e afastado pelos agentes públicos. O ato deve ser sempre praticado com estrita observância de sua finalidade pública. Está o administrador impedido de perseguir outro objetivo ou até mesmo praticar o ato atendendo interesses pessoais ou de terceiros.

Este terceiro posicionamento surgiu após o falecimento de Hely Lopes Meirelles, com o advento da Lei n. 9.784/99 que, em seu art. 2º, tratou finalidade e impessoalidade como princípios autônomos. É o posicionamento que deve ser adotado em provas e concursos públicos.

5.5 Princípio da impessoalidade e a promoção pessoal

Diretamente vinculada à ideia de impessoalidade temos a previsão do art. 37, § 1º, da CF que veda a **promoção pessoal** ao fixar que a publicidade dos

atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Promoção pessoal, além de ser ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), viola os Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Eficiência, sendo, portanto, inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Cada situação deve ser analisada *in concreto*. O que a norma constitucional proíbe é o exagero, o intuito deliberado de promoção pessoal do agente e, assim, a base determinante da configuração deste ato ímprobo ou não, encontra-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não confunda: improbidade administrativa com campanha eleitoral. Campanha eleitoral é permitida pelo ordenamento jurídico em determinadas épocas e não constitui ato de improbidade administrativa se praticada nos termos permitidos.

5.6 Princípio da moralidade

A conduta do administrador deve ser honesta, transparente, pautada nos postulados da boa-fê.

A moralidade ingressa no direito através da teoria do desvio de finalidade e do desvio de poder.

Assim, o administrador, quando pratica o ato, deve praticá-lo de acordo com o fim de atender o interesse público.

Se o administrador desvia desse interesse público, o ato é não só ilegal, como também imoral.

Exemplificando: o administrador desapropria um bem para prejudicar um inimigo. Há abuso de poder nesta conduta na modalidade desvio de finalidade: o ato é ilegal e imoral.

O Princípio da Moralidade fica expresso na Constituição a partir de 1988, mas não é porque antes não estava expressamente previsto que autorizava o administrador a não se sujeitar ao princípio.

Trata-se de princípio sistematizado por Hauriou, no sentido de buscar sempre a **boa administração**, distinguindo o certo do errado, o legal do ilegal, o honesto do desonesto, o moral do imoral.

O agente público que exerce boa administração age com probidade, com boa-fé, com honradez, com atitudes corretas e conseqüentemente torna-se um bom e eficiente administrador. Ao contrário, aquele que desvirtua as regras e a função pública está contaminado pela improbidade, imoralidade, incongruência.

Os atos de improbidade administrativa acarretam várias conseqüências conforme estabelece o art. 37, § 4º, do Texto Constitucional: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade de bens; d) ressarcimento ao erário, além de outras sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

Remetemos o leitor ao capítulo versando sobre “Improbidade Administrativa” deste volume (Capítulo 4).

5.7 Princípio da publicidade

Os atos praticados pela Administração Pública devem ser acessíveis aos administrados de modo que os particulares tenham ciência e possam controlar as ações do Poder Público.

O administrador exerce função pública, *munus publico*, e, portanto, age em nome do povo. Por esta razão os administrados tem que ter ciência do que está acontecendo na máquina administrativa.

A publicidade é fundamental para **controle e conhecimento** dos atos praticados, também representa **condição de eficácia**: é com a publicidade que o ato possui condições de desencadear seus efeitos.

Exemplificando: quando o administrado recebe uma multa de trânsito, tem o prazo de trinta dias para se defender. Este prazo começa a correr a partir do **recebimento** da notificação de trânsito. Somente com a publicidade que haverá o **início de contagem de prazo** para o recurso.

É com a publicidade que se dá início aos **efeitos externos do ato administrativo**.

A publicação que produz efeitos é a do órgão oficial da Administração (diário oficial ou jornais contratados para publicações oficiais) e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. É possível, ainda, seja a publicação oficial realizada mediante afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, quando não houver órgão oficial (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*,

p. 97).

Exemplificando: o ato convocatório “carta-convite” (em licitação na modalidade convite) se torna público para terceiro depois de afixado em local apropriado, nos termos do art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93.

5.7.1 Exceções constitucionais à publicidade

- a) Não haverá publicidade sempre que esta colocar em risco a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o dano moral e material decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF).
- b) Não haverá publicidade quando esta colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF).
- c) Não haverá publicidade em defesa da intimidade e se o interesse social exigir. Exemplo: o processo de um médico perante Conselho Regional de Medicina é sigiloso, só se publicando a decisão final – em defesa da intimidade (art. 5º, LX, CF).

Para complementar

Buscando garantir a plena observância do Princípio da Publicidade e Transparência às políticas públicas em preparação ao mundial de futebol (Copa do Mundo FIFA 2014), foi instalada Câmara de Transparência, criada pelo Decreto n. 7.034 de dezembro de 2009.

Para o Ministro Luís Inácio Adams, a existência dessa Câmara mostra que o Brasil tem capacidade de despontar não só no futebol, que é tradicional, mas também na expressão de institucionalidade e democracia fortes. Adams afirmou que com essa iniciativa permite-se que o Brasil possa “enfrentar os grandes desafios que estão colocados junto ao próprio Estado, particularmente a questão de corrupção, mas que são passíveis e suscetíveis a controle, enfrentamento e superação”. Para ele, com a instituição dessa Câmara, o país mostra uma expressão mundial muito significativa na área de transparência.

A Advocacia-Geral da União participa atualmente de nove equipes criadas no âmbito do Governo Federal para discussão de políticas públicas e soluções técnicas de temas relativos à Copa do Mundo da FIFA.

Além da Câmara da Transparência, já estão em funcionamento as que tratam de infraestrutura; estádios; segurança, saúde; meio ambiente e sustentabilidade; desenvolvimento turístico; proteção comercial e tecnológica;

cultura, educação e ação social (*vide* Boletim Informativo da Advocacia-Geral da União de 18-8-2011).

5.8 Princípio da eficiência (inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98)

Eficiência conjuga o binômio produtividade e economia, vedando o desperdício e o uso inadequado nos recursos públicos. Traduz-se nas seguintes máximas: “melhor desempenho possível por parte do agente público” e “melhores resultados na prestação do serviço público”.

5.8.1 Desdobramentos do princípio da eficiência

Há vários dispositivos constitucionais que aparecem como desdobramentos do Princípio da Eficiência. Vejamos:

- a) Art. 41 da CF: este dispositivo, com redação dada pela EC n. 19/98, aumenta o prazo de duração do estágio probatório de dois para três anos (dois anos era o prazo de estágio probatório previsto na redação originária da CF/88).
- b) Art. 41, § 4º, CF: prevê a **avaliação de desempenho** como condição para a aquisição da estabilidade do servidor.
- c) Art. 41, § 1º, III, CF: na busca da eficiência é possível a perda do cargo de servidores estáveis quando comprovada a insuficiência de desempenho apurada em avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Observação: o servidor estável também perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

- d) Art. 169 da CF e o art. 19 da Lei Complementar n. 101/2000: não é eficiente gastar tudo que se arrecada com folha de pagamento de pessoa.

A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000): é a racionalização da máquina administrativa.

A União só pode gastar com folha de pagamento até 50% (cinquenta por cento) da arrecadação, enquanto os Estados e Municípios até 60% (sessenta por

cento) da arrecadação.

Para complementar

O que acontece quando os gastos com folha de pagamento estão acima do percentual permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000)?

Primeiro serão exonerados os ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança e a redução será de 20% (vinte por cento) dos ocupantes desses cargos.

Se este primeiro corte não for suficiente e os gastos continuarem acima do percentual permitido em lei, serão exonerados os servidores não estáveis, tantos quantos forem necessários, ainda que isso signifique exoneração de todos os não estáveis.

Se ainda assim o gasto com folha de pagamento estiver acima do limite, poderão ser exonerados os servidores estáveis. Porém, se a exoneração tiver por motivo a redução de gastos na folha de pagamento, não poderá ser criado outro cargo com funções idênticas a ser ocupado por outro agente antes do prazo de quatro anos.

a) Art. 37, § 8º, CF:

“A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.”

Este dispositivo traz o chamado “contrato de gestão” firmado entre entidades da Administração Direta e Indireta e o Poder Público.

Confere aos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta mais autonomia gerencial, orçamentária, financeira em troca da fixação de metas de desempenho.

b) Art. 38, § 2º, CF:

Outro desdobramento do Princípio da Eficiência fixa para União, Estados e Distrito Federal a obrigação de manutenção de escolas de Governo

para a formação e o aperfeiçoamento de seus servidores (e a participação nesses cursos configura requisito para promoção na carreira).

“A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de Governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.”

c) Art. 39, § 7º, CF:

“Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.”

d) Também há menção à eficiência nos serviços públicos, antes mesmo da EC n. 19/98 introduzir o Princípio da Eficiência como o princípio no art. 37.

Dispõe a **Lei n. 8.987/95, art. 6º**, que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Trazendo uma eficiência quanto aos meios e uma eficiência quanto aos resultados.

e) Código de Defesa do Consumidor: **Lei n. 8.078/90, art. 22**.

5.9 Princípio da autotutela

Autotutela é a **revisão** pela Administração Pública de seus próprios atos. Anulando os atos ilegais e revogando os atos inconvenientes ou inoportunos.

Sobre este assunto o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas:

a) **Súmula 346 do STF**: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

Ora, legalidade no direito público significa que a Administração deve fazer o que a lei manda ou determina, de modo que, se o administrador não obedecer aos mandamentos legais, estará agindo com ilegalidade, e o instrumento para correção de ilegalidades é o instituto da **anulação**.

b) **Súmula 473 do STF**: “A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Sempre que tratarmos do instituto da revogação, devemos pensar em um ato administrativo válido, isto é, em conformidade com a lei e em conformidade com o ordenamento jurídico.

Revogar significa afirmar que um dado ato não atende mais ao interesse público, e, por esta razão, a Administração Pública resolve eliminá-lo, respeitando os efeitos precedentes.

Observação: nenhum poder estatal pode revogar atos dos outros, sendo assim, os atos praticados pela Administração devem ser revogados pela própria Administração que os editou. Fundamento: Princípio da Independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário previsto no art. 2º da CF.

A revogação de um ato opera efeitos *ex nunc*, não desconstitui os efeitos passados gerados pelo ato. Será extinto o que foi provido, sem ofender os efeitos passados.

Para complementar

Características da revogação

a) **Sujeito ativo da revogação:** é a autoridade no exercício de funções e competências administrativas: agente do Poder Executivo ou entidade da Administração Indireta.

Observação: Legislativo e Judiciário só praticam revogação administrativa no exercício de suas funções atípicas, ou seja, só podem revogar os atos por eles mesmos praticados, já que nenhum poder estatal pode revogar atos de outro. Fundamento: novamente o Princípio da Independência dos Poderes (art. 2º da CF).

Não esquecer: quem revoga está dentro **do mesmo poder**, pouco importa

se é aquele que produziu o ato ou outra autoridade superior.

b) **Objeto da revogação:** ato administrativo válido (em conformidade com a lei e com o ordenamento jurídico).

Com a revogação atende-se a uma **conveniência administrativa** e, conseqüentemente, atende-se ao interesse público.

c) **Fundamento da revogação:** decorre da mesma regra que habilitou o agente à prática de um ato anterior, que se vai revogar.

Repete-se o uso de uma **competência**, sobre a mesma questão. Tal competência é discricionária, e o agente com base na conveniência e na oportunidade resolve se vai ou não revogar o ato, respeitando sempre os direitos adquiridos.

d) **Motivos da revogação:** inconveniência e inoportunidade do ato ou da situação por ele gerada.

Quando o ato foi editado, era conveniente e oportuno ao interesse público, hoje não é mais.

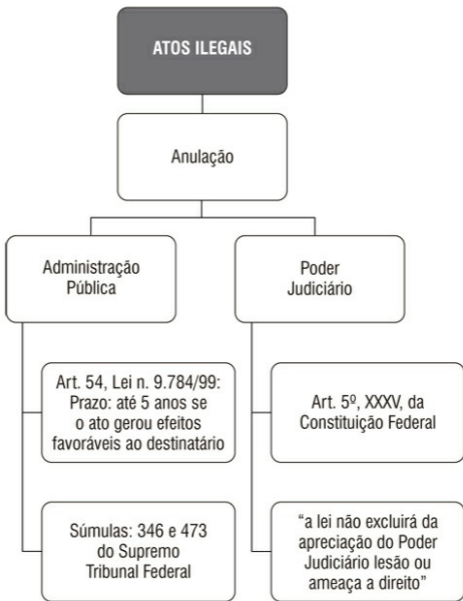
e) **Efeitos da revogação:** a revogação suprime um ato ou seus efeitos, mas respeita os efeitos que já transcorreram. Assim, o ato revogador opera eficácia *ex nunc*, a revogação não desconstituiu os efeitos passados.

A possibilidade de revisão de seus atos pela Administração Pública é eterna? Até quando a Administração Pública pode exercer sua autotutela?

Para proteger o Princípio da Segurança Jurídica, os direitos adquiridos e o Princípio da Estabilidade das Relações Jurídicas vêm sendo criados limites ao exercício da autotutela pela Administração Pública, isto é, a possibilidade de revisão pela Administração de seus próprios atos não pode ser eterna. Em alguns casos, a eterna possibilidade de revisão dos atos administrativos pela Administração revela-se muito mais nociva do que sua permanência.

Sendo assim, o limite para a Administração anular os atos administrativos encontra seu temperamento no art. 54 da Lei n. 9.784/99 que estabelece: “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Esquematisando



Esquemmatizando

Sobre revogação



O Poder Judiciário não analisa mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo.

Vamos imaginar a seguinte situação: A Administração Pública precisa

construir uma escola pública e um hospital público, porém só tem recursos financeiros para construir um deles. Por conveniência e oportunidade (mérito), decide construir o hospital público.

Esta decisão por parte da Administração Pública foi razoável, com lógica, com bom-senso, sensatez, congruência, não pode, neste caso, o Judiciário querer controlar o mérito, a conveniência e a oportunidade do ato.

Imagine agora a seguinte hipótese: a Administração Pública precisa construir um hospital público e uma escola pública já que são necessidades públicas daquela municipalidade. Entretanto a Administração resolve investir os recursos públicos na construção de uma praça com um chafariz verdadeiramente arquitetônico.

Não é razoável esta decisão por parte da Administração. Não há lógica, não há bom-senso e, neste caso, o Judiciário poderá controlar a decisão da Administração. Mas como será realizado este controle?

Não se trata de controle de mérito ou de conveniência e oportunidade, mas de um controle em que o Judiciário analisará a **razoabilidade e a proporcionalidade** do ato praticado pelo administrador.

Ora, Razoabilidade e Proporcionalidade são princípios implícitos na Constituição Federal e expressos na **lei infraconstitucional** (art. 2º, Lei n. 9.784/99): “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Assim, quaisquer atos praticados pelo administrador que viole os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (que têm previsão em **lei**) serão passíveis de controle pelo Poder Judiciário: nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Judiciário.

Trata-se de um **controle de legalidade** por parte do Judiciário, que acaba **indiretamente** atingindo o mérito do ato administrativo.

Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade acabam limitando, por meio desse controle judicial de legalidade, a discricionariedade do administrador – foi o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 45, sobre políticas públicas, Rel. Min. Celso de Mello (*vide Informativo* 345 do STF):

“ADPF 45: Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da

intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

(...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (...).

*(...) é que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos, culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, **ai, então, justificar-se-á**, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (grifos nossos).*

Para complementar

Para Maria Sylvania Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 64), autotutela significa, além de revisão, a possibilidade que a Administração Pública tem de zelar pelos seus bens, atividades e patrimônio.

5.10 Princípio da continuidade dos serviços públicos

O Princípio da Continuidade dos Serviços públicos estabelece que o serviço público deve ser prestado de forma contínua e sem interrupções.

A Lei n. 8.987/95, art. 6º, § 3º, traz hipóteses em que não se caracteriza a descontinuidade do serviço se houver sua **interrupção em caso de urgência** (independentemente de aviso prévio ao usuário) e com aviso prévio, em se tratando de **desobediência de normas técnicas ou de inadimplemento do usuário**, tendo como fundamento do corte em caso de inadimplemento o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e Isonomia.

5.10.1 Princípio da continuidade dos serviços públicos “versus” direito de greve dos servidores: art. 37, VII, CF, a questão da omissão legislativa acerca do assunto

A Constituição Federal possibilita o direito de greve aos servidores, porém condiciona seu exercício nos termos da lei – é norma constitucional de eficácia limitada (consoante classificação constitucionalista clássica).

O problema que surge é a falta dessa norma infraconstitucional regulamentadora do direito de greve: “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

Nesse cenário surge o remédio constitucional **mandado de injunção** objetivando forçar a norma a produzir seus efeitos.

O Mandado de Injunção é garantia constitucional autoaplicável previsto no art. 5º, LXXI, do Texto Constitucional e tem como pressupostos a) existência de um direito constitucional de quem o invoca e; b) impedimento de exercício deste direito ante a ausência de norma regulamentando a matéria, ou seja, há uma **omissão inconstitucional**, pois o Poder Público deixa de atuar da forma exigida pela Lei Maior.

É instrumento de controle concreto de constitucionalidade (processo constitucional subjetivo), mas nem todo juiz ou tribunal tem competência para processá-lo e julgá-lo (controle difuso limitado).

Existem várias teorias sobre o Mandado de Injunção:

- a) *Não concretista*: o Poder Judiciário apenas reconhece formalmente a inércia e comunica a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora. Tal decisão era inócua, pois não forçava, nem coagia ninguém a editar a norma faltante. Foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal até meados de 2007.
- b) *Concretista*. Subdivide-se em: 1) geral; 2) individual; 3) intermediária.

As correntes concretistas admitem a possibilidade de concretização judicial do direito assegurado pela Constituição.

- 1) *Teoria concretista geral*: admite que a omissão pelo Poder Judiciário seja suprida não apenas para os impetrantes do mandado de injunção, mas para todos os que se encontrarem em situação idêntica (opera efeitos *erga omnes*).

Foi o entendimento adotado no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep) no STF, que buscavam assegurar o direito de greve para os seus filiados ante a falta de norma infraconstitucional regulamentando o exercício do direito de greve (art. 37, VII, CF).

Nestes julgamentos, o STF declara a omissão legislativa, por unanimidade e, por maioria, entendeu que, enquanto não for editada a lei específica regulamentando a greve no funcionalismo público, aplicam-se, no que couberem, as leis que regulamentam a greve no setor privado (Leis ns. 7.783/89 e 7.701/88) – *notícia do STF* de 25-10-2007.

Para complementar

Desta decisão divergiram parcialmente os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes.

Na votação do Mandado de Injunção 670, o relator originário, Maurício Corrêa, foi vencido, porque conheceu do mandado apenas para cientificar a

ausência da lei regulamentadora. Prevaleceu o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio ficaram parcialmente vencidos.

Na votação do Mandado de Injunção 708, o relator, Ministro Gilmar Mendes, determinou também declarar a omissão do Legislativo e aplicar a Lei n. 7.783, no que couber, sendo acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Carlos Britto, Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Ellen Gracie, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

No julgamento do Mandado de Injunção 712, votaram com o relator, Ministro Eros Grau, – que conheceu do mandado e propôs a aplicação da Lei n. 7.783/89 para solucionar, temporariamente, a omissão legislativa –, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Ficaram parcialmente vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que fizeram as mesmas ressalvas no julgamento dos três mandados de injunção.

Ao resumir o tema, o Ministro Celso de Mello salientou que “não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”.

Celso de Mello também destacou a importância da solução proposta pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Segundo ele, a forma como esses ministros abordaram o tema “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”.

Resumindo e concluindo

As decisões nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 atingiram não

apenas os impetrantes, mas todo o funcionalismo público, (Teoria Concretista Geral). O STF “legislou” no caso concreto, produzindo decisão com efeitos *erga omnes* até que sobrevenha a norma integrativa específica ao setor público, editada pelo Legislativo.

2) *Teoria concretista individual*: Por esta teoria, incumbe ao órgão jurisdicional competente criar a norma para o caso específico, tendo a decisão efeito *inter partes*.

O Poder Judiciário supre a lacuna apenas para aqueles que impetraram o mandado de injunção.

Foi o decidido pelo STF no julgamento do MI 721 – Rel. Min. Marco Aurélio (30-8-2007) e no MI 758 – sobre o exercício do servidor público à contagem de tempo de serviço para fins de concessão de aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º, III), afastando as consequências da inércia do legislador.

3) *Teoria concretista intermediária*: por esta teoria, cabe ao Poder Judiciário comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora com a fixação de um prazo para supri-la. Caso a inércia do Legislativo permaneça, o direito poderá ser exercido pelo impetrante (teoria concretista intermediária individual) ou, ainda, por todos que se encontrem na mesma situação daqueles que impetraram o mandado (teoria concretista intermediária geral).

Consequência do exercício do direito de greve dos servidores: desconto dos dias não trabalhados ou compensação de horas de trabalho?

Sobre este tema *vide* REsp 402.674/SC – 24-2-2003; RMS 22.874/SP – 15-12-2008; *Informativo* 440 do STJ (21 a 25 de junho de 2010); *Informativo* 448 do STJ (20 a 24 de setembro de 2010); *Informativo* 449 do STJ (27 de setembro a 1º de outubro de 2010).

Se o servidor exercer seu direito de greve ele terá descontado os dias parados? Qual o entendimento dos Tribunais?

a) A 1ª Seção do STJ (AgRg na MC 16.774/DF – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – *Informativo* 440 do STJ) entendeu não ser possível o desconto dos dias parados do servidor sob os seguintes fundamentos: a) a greve é um direito constitucional; b) não há previsão legal para a formação de fundo que custeie o movimento grevista; c) os vencimentos caracterizam-se

como verba alimentar; d) seria retaliação, punição e represália do direito constitucional.

Para complementar

“Nos dias de hoje, ainda não há lei que discipline o exercício do direito de greve pelo servidor público. Frente a essa omissão estatal, o STF, quando do julgamento de mandado de injunção, estabeleceu regramento quanto à competência e ao processo de dissídio de greve com o fim de dar efetividade ao preceito constitucional. Diante disso e das regras constitucionais que dispõem sobre o serviço público, então se constata não haver como aplicar, por analogia, a lei de greve dos trabalhadores a essa hipótese. Não se ajusta ao regramento ditado pelo STF ser obrigatório o decote dos dias parados nos vencimentos dos servidores em greve; pois, nesse julgado, há sim previsão de situações excepcionais a serem sopesadas pelos tribunais que afastam a premissa da suspensão do contrato de trabalho e, conseqüentemente, o não pagamento dos salários. Também, não se deduz do julgado que se possa excluir o poder cautelar do juízo nesses dissídios; pois, ao contrário, cuidou de regrar essa atuação. Assim, diante da permissão de os servidores públicos exercerem seu direito de greve e do fato de que seus vencimentos caracterizam-se como verba alimentar, não há como dar guarida à pretensão do Poder Público de corte obrigatório de salários sem que se esteja diante de retaliação, punição, represália e redução a um nada desse legítimo direito constitucional. O referido desconto suprime o sustento do servidor e sua família, quanto mais se não existe disciplina legal para a formação de fundo que custeie o movimento grevista ou mesmo contribuição específica do servidor para lhe assegurar o exercício desse direito social. A omissão do Estado de, efetivamente, implantar tal fundo equivale à situação excepcional que justifica afastar a premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei n. 7.783/89). Anote-se, por último, estar-se no trato de medida cautelar preparatória; dessa forma, não se declarou o direito de remuneração independente do trabalho, pois cabe à decisão a ser proferida na ação principal dispor sobre a restituição ao erário ou sobre a compensação dos dias parados na forma da lei. Precedente citado do STF: MI 708-DF, DJe 31-10-2008. AgRg na MC 16.774-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 23/6/2010” (grifos nossos).

- b) Posteriormente, a 1ª Seção do STJ (MC 16.774/DF, Pet 7.920/DF, e Pet 7.884/DF – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – *Informativo* 448 do STJ) complementando o entendimento exarado na decisão acima analisada, entendeu que não pode ser praticado qualquer ato que possa acarretar prejuízo administrativo funcional e financeiro aos grevistas, **porém é necessário que haja a regular compensação dos dias paralisados**, sob pena de reposição ao erário dos vencimentos pagos.

Para complementar

“É cediço que a lei de greve do serviço público ainda não foi regulamentada, mas, após o julgamento no STF do mandado de injunção 708-DF, DJe 30-10-2008, determinou-se a aplicação das Leis ns. 7.701/88 e 7.783/89 enquanto persistir essa omissão quanto à existência de lei específica, nos termos previstos no art. 37, VII, da CF/88. Este Superior Tribunal, conseqüentemente, passou a ter competência para apreciar os processos relativos à declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve de servidores públicos civis, bem como às respectivas medidas acautelatórias, quando as greves forem nacionais ou abrangerem mais de uma unidade da Federação. Também no citado mandado de injunção, o STF, ao interpretar o art. 7º da Lei n. 7.783/89, entendeu que com a deflagração da greve ocorre a suspensão do contrato de trabalho. Assim, não devem ser pagos os salários dos dias de paralisação, a não ser que a greve tenha sido provocada por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais as quais possam justificar essa suspensão do contrato de trabalho. Anotou-se que, reiteradas vezes, em casos análogos, o STF tem decidido no mesmo sentido. Na hipótese dos autos, os servidores em greve pertencentes à carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho buscam a criação de carreira exclusiva para o Ministério do Trabalho, disciplinada pela Lei n. 11.357/2006. Consta que os servidores somente deflagraram a greve após ter sido frustrado o cumprimento do termo de acordo firmado, em 25-3-2008, entre as entidades sindicais representativas da classe e o Governo Federal, este representado por secretários. Para não ser considerada ilegal a greve, antes de deflagrarem o movimento, expediram a comunicação e a devida notificação extrajudicial ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão. Neste Superior Tribunal, em relação a essa greve, foi interposta medida

cautelar preparatória a dissídio coletivo sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve e petição que cuida de dissídio coletivo, ambas ajuizadas pela Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (CONDSEF) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da Central Única dos Trabalhadores (CNTSS/CUT) e outra petição (ação declaratória) ajuizada pela União. O Min. Relator considerou legal a greve, fazendo uma análise do ordenamento jurídico, da interdependência dos Poderes, do direito de greve e do princípio da dignidade humana. Assim, afirmou, que, embora o termo de acordo firmado não configure acordo ou convenção coletiva de trabalho, não tenha força vinculante, nem seja ato jurídico perfeito em razão dos princípios da separação dos Poderes e da reserva legal (arts. 2º, 61, § 1º, II, *a e c*, e 165 da CF/88), constitui causa legal de exclusão da alegada natureza abusiva da greve, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 7.783/89. Quanto ao pagamento dos vencimentos durante o período de paralisação, o Min. Relator ressaltou ponto de vista quanto à natureza da disciplina legal e constitucional do servidor público, a exigir um mínimo de regramento para a criação de um fundo destinado a fazer frente à não percepção de vencimentos durante a suspensão do vínculo funcional, o que, pela sua excepcionalidade, poderia justificar a não suspensão do pagamento. Entretanto, assevera que não há como ignorar a jurisprudência do STF e a natureza particular de necessidade da formação desse fundo devido à suspensão do vínculo funcional no período de greve. Diante desses argumentos, entre outros, *a Seção declarou a legalidade da paralisação do trabalho, determinando que a União se abstenha de promover qualquer ato que possa acarretar prejuízo administrativo funcional e financeiro aos grevistas, mas que haja regular compensação dos dias paralisados sob pena de reposição ao erário dos vencimentos pagos, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90. Precedentes citados do STF: AI 799.041-MG, DJe 31-5-2010; RE 456.530-SC, DJe 31-5-2010; RE 480.989-RS, DJe 11-5-2010; RE 538.923-PA, DJe 16-3-2010, e MI 3.085-DF, DJe 1º-9-2010. MC 16.774-DF, Pet 7.920-DF, e Pet 7.884-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgados em 22-9-2010 (ver Informativo 440)” (grifos nossos).*

Tribunal de Justiça) o STJ denegou a segurança por maioria. A 1ª Seção do STJ entendeu que a paralisação (greve) dos servidores implica em desconto da remuneração relativa aos dias de falta do trabalho, e, assim, deverão ser descontados os dias de falta. Em sentido contrário (voto vencido) Ministro Hamilton Carvalhido – que defendeu assegurar ao servidor o direito de compensação dos dias de paralisação, sob pena de reposição ao erário.

Para complementar

“Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pela confederação representante dos servidores públicos federais contra ato de ministro de Estado (portaria) que determinou a diretor de autarquia vinculada ao ministério a observância do Dec. n. 1.480/95 no tocante ao corte do ponto de servidores em greve. Alega-se, em suma, não haver base legal para tal desconto e ser inconstitucional o referido decreto. Nesse contexto, vê-se que a confederação, conforme precedentes do STF, tem legitimidade ativa para, independentemente de autorização específica dos substituídos, impetrar o ‘*mandamus*’, visto ser entidade de representação sindical de grau superior autorizada a defender, judicial e extrajudicialmente, os interesses de todos os servidores celetistas e estatutários vinculados à Administração Pública federal, direta ou indireta. Quanto à legitimidade passiva, conforme a jurisprudência, deve apenas permanecer no polo passivo o diretor da autarquia responsável por dar cumprimento à portaria ministerial, aquele que executa o ato que se busca afastar, e não o responsável pela norma (o ministro de Estado). Já a inconstitucionalidade do referido decreto não pode ser analisada no *writ* em razão do disposto na Súm. n. 266-STF, pois não é aceito pela jurisprudência tentar valer-se do mandado de segurança como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, vale lembrar que o STF, ao julgar o MI 708-DF, sanou a mora legislativa a respeito da regulamentação do direito de greve pelos servidores públicos ao determinar que, enquanto não editada lei complementar a esse respeito (art. 37, VII, da CF/88), esse direito deve ser regido pelo disposto na Lei n. 7.783/89 (Lei Geral de Greve). Contudo, o próprio STF, em precedentes, tem entendido que a paralisação dos servidores públicos motivada pela greve implica consequente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao trabalho, procedimento que pode ser levado a

cabo pela própria Administração. Com esse entendimento, ao prosseguir o julgamento, a Seção, por maioria, denegou a segurança. Os votos vencidos, capitaneados pelo voto vista do Min. Hamilton Carvalho, apenas dissentiam parcialmente desse entendimento ao assegurar o direito à regular compensação dos dias de paralisação, sob pena de reposição ao erário. Precedentes citados do STF: MI 708-DF, DJe 31-10-2008; AI 799.041-MG, DJe 31-5-2010; RE 456.530-SC, DJe 31-5-2010; RE 399.322-SC, DJe 4-5-2010; RE 539.042-DF, DJe 18-2-2010; RCL 6.200-RN, DJe 2-2-2009; do STJ: MS 9.936-DF, DJ 11-4-2005; RMS 31.472-RJ, DJe 1º-7-2010, e RMS 26.517-SP, DJe 23-6-2008. MS 15.272-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 29-9-2010 (ver Informativo 448)” (grifos nossos).

d) No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a questão também é enfrentada. Vejamos um caso concreto:

Servidora teve sua remuneração descontada em razão de aderir ao movimento grevista (no período de 29 de junho de 2004 até 29 de setembro de 2004, por três meses).

A 11ª Câmara de Direito Público (Ap. 990.10.367481-2, Rel. Ricardo Dip, j. 27-9-2010) decidiu por não pagar a remuneração referente aos dias de falta, sob os seguintes fundamentos: a) o trabalho é um **dever social** e a greve por ser uma **abstenção voluntária do labor** não constitui substancialmente nenhum direito; b) a greve prejudica tanto bens particulares quanto o bem comum e coloca em perigo a tranquilidade pública conforme Leão XIII (*rerum novarum*); c) a greve compromete o interesse do cidadão que necessita da prestação do serviço público.

Ora, o próprio STF, no julgamento dos MI 670, 708 e 712, determinou que, enquanto não vier lei específica a regulamentar a greve no funcionalismo público, aplica-se a lei de greve dos trabalhadores privados (Leis ns. 7.783/89 e 7.701/88).

A própria Lei n. 7.783/89, art. 7º, estabelece que, se houver deflagração de greve, isso corresponde a **suspensão do contrato de trabalho no setor privado**, então, como consequência, os salários não são pagos e, portanto, os dias de paralisação não são pagos. Se essa é a lei que deve ser aplicada para os servidores públicos até que sobrevenha a lei específica, é de se concluir que a remuneração referente aos dias de paralisação não deve ser paga, como regra.

Claro que toda regra tem suas peculiaridades. Assim, se a greve ocorreu justamente em razão de atraso no pagamento dos servidores, aí então a remuneração deverá ser paga.

No mesmo sentido de que pode haver o desconto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou na Apelação 990.10.175558-9, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Francisco Vicente Rossi. Decisão Monocrática 21-5-2010 e na Apelação 612.618.5/6-00, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Francisco Vicente Rossi, Registro 26-6-2008, j. 23-6-2008.

5.10.2 Direito de greve “versus” serviços essenciais

E o que ocorre quando os servidores deflagrarem greve que envolva a descontinuidade da prestação de serviços essenciais?

Ao falarmos em serviços ou atividades essenciais, com mais razão ainda o regime de greve deve ser mais severo a fim de preservar o interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

Sobre este tema, o STJ, no AgRg na Pet 7.883/DF (Rel. originário Min. Benedito Gonçalves, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon – *Informativo* 434 de 10 a 14 de maio de 2010) se manifestou:

“Houve a assinatura de acordo entre a Administração Pública e seus servidores pertencentes aos quadros do Ministério e dos institutos de conservação do meio ambiente, com o fim de reorganizar suas carreiras. O acordo, implantado pela MP n. 441/2008 (já convertida na Lei n. 11.907/2009), também determinava a revisão das respectivas tabelas de remuneração. Os autos revelam que as reposições salariais concretizaram-se, tendo ficado pendente apenas a parcela referente a junho de 2010, mas a reorganização da carreira ainda está em andamento, pois se constituiu grupo de trabalho para elaborar a proposta, que apenas produziu um relatório preliminar. Em razão disso, recentemente, *os servidores deflagraram nova greve nacional por tempo indeterminado*, o que levou a União e aqueles institutos a ajuizarem ação declaratória de ilegalidade da greve cumulada com ação de preceito cominatório de obrigação de fazer e não fazer com pedido de concessão de liminar contra as entidades de classe que representam esses servidores. Nessa ação, pleiteava-se a antecipação da tutela de mérito com o desiderato de suspender imediatamente o movimento grevista,

sob pena de aplicação de multa diária, bem como a declaração da ilegalidade e da abusividade da greve, além da condenação de ressarcir os cofres públicos pelos prejuízos advindos. Nesse contexto, o Min. Benedito Gonçalves, relator originário, concedeu a liminar para determinar a imediata suspensão da greve dos servidores, aplicando a multa de R\$ 100 mil por dia de descumprimento da decisão, ao fundamento de que a greve, num primeiro e superficial exame, mostra-se ilegal, *pois prejudica operações de fiscalização e vistorias técnicas de qualidade ambiental, manejo e ordenamento florestal, pesqueiro e faunístico, além dos processos de licenciamento ambiental, a pôr em risco os biomas nacionais e as ações de desenvolvimento sustentável paralisadas pela greve, em flagrante desrespeito ao art. 225 da CF/88*. Anotou, também, que, com a paralisação, os servidores desrespeitaram a parte que lhes incumbiria no acordo ainda pendente. Dessa concessão houve agravo regimental das entidades de classe, bem como pedido dos autores para majorar a multa. No julgamento desse recurso na Primeira Seção, o Min. Benedito Gonçalves manteve seu entendimento quanto à concessão da liminar pelo abuso do direito de greve e, ao acolher o pedido da União, majorou a multa para R\$ 150 mil, assim como o Min. Hamilton Carvalhido. Por sua vez, o Min. Luiz Fux também acompanhou o Min. Benedito Gonçalves e anotou haver prova documental inequívoca a embasar a verossimilhança da alegação de que a greve é ilegal porque viola o acordo de amplo espectro vigente até o final de 2010, firmado tanto por aqueles que exercem atividades essenciais quanto pelos que não as exercem. Aduziu, também, ser possível, na ação declaratória, a antecipação da tutela, que não se dá no plano da realidade normativa, mas na realidade prática. Outrossim, sustentou a aplicação imediata das *astreintes* majoradas no descumprimento da liminar, visto sua capacidade de persuasão. Porém, ao final, prevaleceu o voto parcialmente divergente da Min. Eliana Calmon, de que seria satisfativa a concessão da liminar tal como proposta pelo Min. Relator originário, a esgotar o objeto da ação e resultar o encerramento das negociações em curso, mostrando-se melhor, como aduzido pelo Min. Herman Benjamin, determinar que sejam obrigatoriamente mantidas as atividades essenciais de licenciamento e fiscalização garantidas pela aplicação da multa já fixada (R\$ 100 mil) em caso de descumprimento, ao se considerar, tal como anotado pelo Min. Castro Meira, o

descumprimento da União em proceder às medidas previstas no acordo quanto à reclassificação da própria carreira, razão última da greve. AgRg na Pet 7.883-DF, Rel. originário Min. Benedito Gonçalves, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 12-5-2010” (grifos nossos).

5.10.3 Competência em caso de greve

a) Do Superior Tribunal de Justiça

A competência para cuidar da greve será do STJ nos casos de prestação de serviço público de âmbito nacional; greve abarcando **mais de** uma unidade da federação; greve abarcando **mais de** uma região da justiça federal.

Será o STJ o competente para processar e julgar os pedidos oriundos do direito de greve no **serviço público de âmbito nacional** ou quando a **greve abranger mais de uma unidade da federação em regiões diferentes da justiça federal** (Nesse sentido, Pet 6.642/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgada em 15-5-2010).

Para complementar

“O exercício do direito à greve previsto no art. 37, VII, da CF/88 não pode ser obstado pela ausência de lei específica, devendo incidir, então, de modo excepcional e com as necessárias adaptações, a Lei de Greve do Setor Privado (Lei n. 7.783/89), conforme orientação do STF. *Ainda de acordo com o STF, este Superior Tribunal é competente para processar e julgar os pedidos oriundos do direito de greve no serviço público de âmbito nacional ou quando abranger mais de uma unidade da Federação em regiões diferentes de Justiça Federal, em razão da natureza administrativa pública das relações dos servidores federais com a Administração, afastando-se a possibilidade de apreciação na Justiça do Trabalho.* Assim, o sindicato da categoria em greve ou comissão de negociação acordará com o gestor público a manutenção em atividade de equipes para assegurar a continuidade dos serviços cuja paralisação possa resultar prejuízo irreparável (art. 9º da Lei n. 7.783/89), garantindo, durante a greve, a manutenção dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inalienáveis da comunidade (art. 11 da Lei n. 7.783/89). Comprovado o atendimento dessas exigências legais, tem-

se a paralisação como legítima (art. 2º da referida lei). Diante do exposto, a Seção julgou procedente o pedido para declarar a legalidade do movimento grevista dos auditores fiscais da Receita Federal, iniciado em 18-3-2008, bem como determinar a reversão, para todos os efeitos, das eventuais faltas anotadas na folha de ponto dos grevistas, afastar a aplicação de qualquer sanção, seja de que matéria for, pela participação dos substituídos na paralisação. Quanto a haver desconto na remuneração em razão dos dias parados, a Seção, por maioria, entendeu ser possível fazê-lo, a não ser que haja a reposição desses dias, com o acréscimo na jornada diária até que compensados integralmente. Precedentes citados do STF: MI 708-DF, DJ 25-10-2007, e MI 712-PA, DJ 25-10-2007. Pet 6.642-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgada em 12-5-2010” (grifos nossos).

b) Dos tribunais regionais federais

Se a greve estiver adstrita a **apenas** uma região da Justiça Federal, a competência será dos **Tribunais Regionais Federais** – por analogia ao art. 6º, da Lei n. 7.701/88.

c) Dos tribunais de Justiça dos Estados

Quando a greve tiver contexto estadual ou municipal e abarcar apenas uma unidade da federação, a competência será do Tribunal de Justiça – analogia do art. 6º, da Lei n. 7.701/88.

5.10.4 Greve “versus” estágio probatório

Não é possível a exoneração do servidor em estágio probatório pelo fato de ter aderido ao movimento grevista – STF, RE 226.966 de 11 de novembro de 2008.

Trata-se de **inassiduidade imprópria**, resultante de um movimento de paralisação da categoria em busca de melhores condições de trabalho.

5.10.5 Greve para os militares

Há vedação constitucional para o exercício de greve: art. 142, § 3º, IV, CF.

5.10.6 Princípio da continuidade dos serviços públicos e a cláusula da exceção do contrato não cumprido

Só é possível alegar a “exceção do contrato não cumprido” após 90 (noventa) dias, conforme fixa o art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93.

5.11 Princípio da isonomia ou igualdade

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Com esta afirmação, o art. 5º, da CF consigna uma **igualdade formal**: trata-se da igualdade de todos perante a concessão de benefícios, isenções, vantagens, sacrifícios, multas, sanções.

Todos os iguais diante da lei também o são ante a Administração Pública. Aos iguais é um imposto um tratamento **impessoal, igualitário, isonômico**.

Há também a **igualdade material**, que é aquela que se consubstancia na máxima aristotélica, presente também em “Oração aos Moços” de Rui Barbosa no sentido de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

A igualdade material visa diminuir as desigualdades sociais, conferindo proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costumam, ao longo da história, figurar em situação de desvantagem.

Esta igualdade substancial (material) é consagrada em diversos dispositivos constitucionais, vejamos:

a) **Art. 5º, L, CF**: o próprio constituinte já fixou as desigualdades, assegurando às presidiárias condições para que permaneçam com seus **filhos durante o período de amamentação**.

Só as presidiárias que estão no período de amamentação permanecem com seus filhos.

b) **Art. 7º, XVIII e XIX, CF**: prazos diferenciados para licença paternidade e licença maternidade.

c) **Art. 143, §§ 1º e 2º, CF**: serviço militar obrigatório apenas para homens – mulheres não!

Mas qual a justificativa para essa diferenciação?

O constituinte tratou de **proteger** certos grupos que, segundo a seu entender, mereceriam tratamento diverso, estabelecendo medidas de **compensação**, para concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de

oportunidades.

É necessário respeitarmos três regras para que não haja ofensa a isonomia. São elas: a) identificação do fator de desigualação ou exclusão; b) verificar a existência de correlação lógica entre o fator de exclusão e o tratamento jurídico diferenciado; c) analisar se esta correlação lógica está em conformidade com o sistema constitucional.

Na verdade, o primeiro passo para identificarmos se determinada situação feriu ou não a isonomia consiste em visualizar qual é o fator de exclusão.

Exemplificando:

- a) O indivíduo “A” está excluído do concurso para salva-vidas porque é deficiente físico. O fator de exclusão consiste em ser deficiente físico.
- b) O edital para Concurso para ingresso na Magistratura estabelece que só podem participar do certame os indivíduos maiores de 1 metro e 70 cm. O fator de exclusão consiste em vedar do certame todos os menores de 1 metro e 70 cm.

Assim, se o fator de exclusão for compatível com a norma, não há ofensa ao Princípio da Igualdade ou Isonomia. Ao contrário, se incompatível com a norma, haverá ofensa à isonomia.

Esquematizando



c) *Prova física na prova de delegado da Polícia Federal.* O grau de dificuldade da prova física é diferenciado conforme seja realizada por homens ou mulheres. Esta diferenciação (fator de exclusão ou desigualação) é compatível com a norma e, portanto, não viola a isonomia já que as condições físicas de homens e mulheres são diferentes e a prova física para homem acaba tendo um grau mais dificultoso do que a das mulheres.

Resumindo: se a lei da carreira fixar fator de exclusão e o edital prever este fator, isso será compatível com a norma e não ferirá a isonomia. Porém, se a lei da carreira não fixar o fato de exclusão e o edital o fixar, tal imposição será incompatível com a norma e, portanto, ofensiva ao Princípio da Isonomia.

Cuidado: O edital não pode prever fato de exclusão se a lei da carreira

não o fixar!

Para complementar

a) Concurso público e Princípio da Isonomia

A 1ª Turma do STF, no RE 543.389/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 7-6-2011 (*Informativo* 630) proveu recurso extraordinário para assentar a impossibilidade de que fossem exigidos requisitos de candidatos em concursos públicos – que lograram êxito no prosseguimento do certame pela via judicial –, não impostos àqueles que permaneceram na disputa sem intervenção do Poder Judiciário. Ressaltou-se, nesse sentido, que os recorrentes já teriam sido prejudicados por terem a sequência do concurso obstaculizada, muito embora logrado êxito judicialmente.

b) A 2ª Turma do STF no RE 543.389/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 7-6-2011 (*Informativo* 630) deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a preterição de candidatos *sub judice* na fase de curso de formação.

No caso, em virtude de decisão liminar, os ora recorridos repetiram teste de aptidão física para provimento do cargo de policial militar. Nessa nova oportunidade, lograram êxito no exame.

Ajuizaram, pois, segunda ação ordinária, com pedido de medida liminar, porque teriam sido preteridos na convocação de curso de formação. Deferida essa medida, os candidatos prosseguiram no certame.

Ao julgar procedente o mérito da ação, o tribunal de origem entendeu que a Administração Pública utilizou-se de autotutela para invalidar a primeira prova física e convocar espontaneamente, os aspirantes ao cargo para nova avaliação. Por isso, o acórdão impugnado afirmou não subsistir óbice para que os aprovados no referido teste participassem das demais etapas dispostas no edital. O Estado-membro recorrente, então, alegou afronta aos arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da CF.

Arguia que o chamamento dos candidatos para realização de nova prova não fora voluntário, mas derivado de provimentos judiciais. Inicialmente, assentou-se que os recorridos teriam participado do certame apenas em decorrência de provimentos jurisdicionais precários e efêmeros. Ademais, entendeu-se que o reconhecimento de segunda chance aos recorridos em detrimento de todos os demais candidatos reprovados no teste físico violaria,

patentemente, o preceito constitucional da isonomia. Por fim, enfatizou-se ser inaplicável a teoria do fato consumado em matéria de concurso público.

A Lei n. 8.112/90, em seu art. 5º, fixa alguns requisitos básicos para a investidura em cargo público, dentre eles a nacionalidade brasileira, o gozo dos direitos políticos, a quitação com as obrigações militares e eleitorais, o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo, a **idade mínima** de 18 anos etc.

Ora, exigir nível de escolaridade, idade mínima, aptidão física e mental não ferem a isonomia, pois há **razoabilidade e proporcionalidade** na desigualdade conferida.

5.11.1 Fixação de limite de idade em concurso público

A Súmula 683 do STF estabelece que “o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Quanto a fixação de idade mínima, a *Doutrina* não vê problema. Muitas vezes a complexidade do cargo justifica tal imposição, e, portanto, não há que se falar em ofensa ao Princípio da Isonomia.

O problema aparece quando há a fixação de idade máxima para participação de certo concurso (por exemplo, quarenta e cinco anos). Essa idade máxima não é vista com bons olhos. Assim, apenas se a **natureza** do cargo justificar a limitação de idade esta poderá ocorrer sem violar o Princípio da Isonomia.

Para complementar

- a) Em notícia veiculada aos 18 de março de 2008, o Conselho Nacional de Justiça, em decisão liminar (no Procedimento de Controle Administrativo 200810000005866) suspendeu item do edital (item 3.6 do Edital n. 001/2008) de concurso para acesso à Magistratura do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (Concurso XXVIII) que proibia a participação de candidatos com mais de quarenta e cinco anos no certame.

Pelo edital, só poderia se candidatar aqueles com idade de 23 (vinte e três) a 45 (quarenta e cinco) anos.

Segundo a decisão, se a Constituição não impôs limite de idade para cargos públicos, nenhuma legislação pode fazer essa restrição, muito menos em um edital (aplicação da Súmula 683 do STF).

A regra geral estatuída no ordenamento jurídico brasileiro prevê o livre acesso de todos aos cargos públicos, excepcionadas as hipóteses expressamente previstas em lei. A Constituição Federal instituiu tratamento igualitário a todos os cidadãos e estabeleceu como direito dos trabalhadores a proibição de diferença de idade (art. 7º, XXX).

Ora, se a Constituição Federal não impôs limitação de idade para a investidura em cargo público, não poderia a legislação fazê-lo, tampouco um edital de concurso.

O Plenário do CNJ, por sua vez, já decidiu que a limitação de idade para ingresso na magistratura afronta os princípios da isonomia, razoabilidade e legalidade, pois não há previsão constitucional desta natureza e é a maturidade elemento importante para o exercício da judicatura.

b) Em notícia veiculada aos 29 de agosto de 2011 (no Boletim Informativo da Advocacia-Geral da União – Processo: 2009.50.01.016.160-0 – 4ª Vara Federal Cível de Vitória/ES), comprovou-se a legalidade da exigência de idade mínima cobrada no edital do concurso público para admissão na Aeronáutica (para o cargo de Sargento e Suboficiais).

A AGU sustentou que a limitação de idade para ingresso nas Forças Armadas está expressamente definida na Lei n. 6.880/80, conhecida como Estatuto dos Militares. A medida é necessária para garantir o tempo necessário para que o militar ocupe todos os postos ou graduações até a aposentadoria, obtida em média entre 44 (quarenta e quatro) e 54 (cinquenta e quatro) anos de idade, de acordo com a patente.

A Advocacia-Geral argumentou, ainda, que a regra é estabelecida em lei federal e na Constituição Federal e que a idade limite para permanência no cargo de sargento e suboficiais é de 54 (cinquenta e quatro) anos. Eles têm que ingressar na carreira com no máximo 24 (vinte e quatro) anos de idade, para serem transferidos para a reserva remunerada após 30 (trinta) anos de efetivo serviço.

No caso, dois jovens entraram com ação para garantir a matrícula no curso de formação para sargento músico da Aeronáutica, na Turma 02/2010, mesmo com idade inferior a exigida no edital do concurso. Em primeira instância conseguiram autorização para a matrícula no curso de formação, mas a

AGU levou o caso ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), que derrubou a decisão.

O Tribunal aceitou os argumentos dos advogados da AGU e destacou na sentença que “o entendimento do Juízo de primeira instância estava equivocado, posto que o Estatuto dos Militares, recepcionado pela Carta Magna, cumpriu sim o requisito constitucional no que se refere à idade de ingresso nas Forças Armadas, dando-lhe execução através de Decreto e Portaria próprios”.



1. Atos administrativos

O ato administrativo é um ato jurídico com uma finalidade pública. O termo ingressou na linguagem jurídica por influência de Duguit.

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 153).

Trata-se de “conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto” (Marcelo Caetano, *Manual de direito administrativo*, I, p. 428).

2. Classificação dos atos administrativos

Entre os publicistas, a classificação dos atos administrativos não é uniforme, dessa forma, apontaremos algumas classificações utilizadas pelos administrativistas nacionais de maneira a otimizar o estudo e clarificar a sistematização.

2.1 Quanto à formação do ato administrativo

Na classificação de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, p. 175) ou **quanto à composição da vontade produtora do ato** na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 419) ou **critério da intervenção da vontade administrativa** na classificação de José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 121): os atos podem ser simples, compostos ou complexos.

| ATO SIMPLES | ATO COMPOSTO |
|--|--|
| Uma única manifestação de vontade que torna o ato perfeito e acabado | Mais de uma manifestação de vontade |
| | Agentes em patamar de desigualdade |
| | Mesmo órgão – a vontade do órgão é única |

Celso Antônio
Bandeira de
Mello (*Curso
de direito
administrativo*,
p. 419)

exemplifica:
licença de
habilitação
para dirigir
automóvel.

Os atos
simples podem
ser:

a) singulares –
há a vontade de
apenas uma

Ex.:
autorização
que depende
de **visto** da
autoridade
superior

autoridade;
b) colegiais – a
decisão é
tomada por
Comissões ou
Conselhos.

Para complementar

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 121) exemplifica os atos complexos:

- a) Investidura de Ministro do Supremo Tribunal Federal se inicial pela escolha do Presidente da República (ato 1); passa pela aferição do Senado Federal (ato 2) e somente então haverá a nomeação, no termos do art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal.

2.1.2 Algumas divergências doutrinárias

- a) *Primeiro entendimento*: Sérgio de Andréa Ferreira (citado por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 121) não aceita os atos compostos.
- b) *Segundo entendimento*: Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 82) e Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 419) não fazem referência aos atos compostos (mencionam apenas os atos simples e os complexos).
- c) **Terceiro entendimento**: Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 207) distingue os atos compostos dos atos complexos, porém, o exemplo que ela dá de ato composto, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 121) entende que é exemplo de ato

complexo.

E qual é esse exemplo?

A nomeação do Procurador-geral da República, precedida da aprovação do Senado (art. 128, § 1º, CF): para Maria Sylvia Zanella di Pietro trata-se de exemplo de ato composto, para José dos Santos Carvalho Filho, exemplo de ato complexo.

2.2 Quanto aos destinatários do ato administrativo

Expressão utilizada nas classificações de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, p. 167), José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 119), Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 208), Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 79), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 416):

a) *Gerais ou normativos*: aquele que não tem destinatário determinado. Possuem “sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em uma classe de pessoas” (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 416).

São atos de comando abstrato, impessoal, aplicados *erga omnes* e abrangendo todos aqueles que se encontrarem na mesma situação de fato disciplinada pelo ato.

Quando a Administração necessita que o ato geral (ou normativo) produza efeitos externos, deve publicar no órgão oficial, só ficando os destinatários sujeitos a essas determinações após a divulgação oficial.

Exemplificando: horário de funcionamento da repartição pública das oito até as dezessete horas; fixação de limite de velocidade de 80 km/h na via “x”; regulamentos; instruções normativas; concessão de férias coletivas aos funcionários de uma repartição; ordem de dissolução de uma passeata tumultuosa; circulares de serviço.

b) *Individuais ou especiais*: são os atos que possuem destinatários determinados, certos, individualizados, trazendo-lhes uma situação jurídica peculiar e produzindo efeitos jurídicos no caso concreto.

Exemplificando: a desapropriação do imóvel de José (ato expropriatório que identifica o destinatário, no exemplo, José); nomeação da servidora Maria para ocupar o cargo “Y”; exoneração do agente público; demissão; atos de

permissões e autorizações; tombamento; servidão administrativa.

É possível que tais atos abarquem vários sujeitos, desde que estes possam ser individualizados, desta forma, podemos classificá-los em:

- 1) *singular* – há somente um destinatário específico para o ato – exemplo: nomeação do servidor Roberto;
- 2) *plúrimo* – há mais de um destinatário, os destinatários do ato são vários – exemplo: nomeação, em uma única lista, de múltiplos sujeitos especificados (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 416); o ato de classificação dos aprovados em concurso público (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 79).

Para complementar

Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 208), embora registre essa classificação feita pela maioria dos autores administrativistas quanto aos destinatários do ato, ressalta que, em razão do conceito restrito de ato administrativo por ela adotado, “como modalidade de ato jurídico, os atos gerais são **atos da administração** e não atos administrativos; apenas em sentido **formal** poderiam ser considerados atos administrativos, já que emanados da Administração Pública, com subordinação à lei; porém, quanto ao **conteúdo**, não são atos administrativos, porque não produzem efeitos no caso concreto”.

Diferenciações aprofundadas:

**ATOS GERAIS
(OU
NORMATIVOS)**

**ATOS
INDIVIDUAIS
(OU
CONCRETOS)**

Não pode ser

impugnado,
administrativamente,
por meio de recurso
administrativo.

Os atos gerais ou
normativos têm
natureza legislativa
já que dotados de
generalidade,
abstração e
impessoalidade,
sendo assim,
submetem-se, nos
termos do art. 102,
I, *a* da Constituição,
ao controle
concentrado de

Pode ser
impugnado
diretamente
interessado
quanto à
legalidade
(através de
recursos
administrativos
por exemplo
na via judicial)

constitucionalidade,
tendo como
legitimados ativos
os indicados no art.
103 do Texto
Constitucional.

É sempre revogável.

A revogação
sofre uma s
de limitaçã
não podenc
revogados
atos que ge
direitos
subjetivos
prol do
administraç
(como ocoi

com a maior
dos atos
vinculados

Os atos gerais tem precedência hierárquica sobre os individuais, ainda que provindos da mesma autoridade (Jean-Marie Rainaud, citado por Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 168).

Um decreto individual pode contrariar um decreto ou regulamento em vigor.

2.3 Quanto ao alcance dos atos administrativos

Na classificação de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, p. 169) ou **quanto à situação de terceiros** na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 419) ou **quanto à abrangência dos efeitos** na classificação de Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 81).

a) *Internos*: produz efeitos dentro da própria Administração Pública, no seio da repartição pública e, por esta razão, normalmente atingem os órgãos e agentes que os expediram, o que afasta sua incidência em relação a estranhos.

Para que tenham vigência, não necessitam de publicação no órgão oficial, bastando a cientificação do destinatário ou divulgação no seio da própria repartição pública. Entretanto, se incidem de qualquer forma sobre os administrados – como equivocadamente se vem fazendo na prática administrativista – aí então será indispensável sua divulgação oficial.

Exemplificando: os atos administrativos devem ser praticados com caneta preta; na repartição “Y” os servidores deverão vir uniformizados; portarias pelas quais os chefes dos órgãos expedem determinações aos seus subordinados; informações; pareceres; propostas.

b) *Externos*: produz efeitos fora da Administração. Tecnicamente seria mais correto denominá-los de “atos de efeitos externos”, já que alcançam os administrados, contratantes e até mesmo servidores (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 169).

São categorias de atos que interessam não apenas aos que trabalham internamente na repartição, mas também aos que estão fora da Administração Pública, repercutindo nos interesses de toda a coletividade e, por esta razão, somente entram em vigor quando de sua divulgação oficial.

Exemplificando: funcionamento do órgão das oito às dezessete horas; admissão, licença. Também os “atos de naturalização de estrangeiro e a ocupação, pelo Estado, de bem particular para canteiro de obra pública” (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 81).

2.4 Quanto ao seu regramento

Na classificação de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*

brasileiro, p. 171) ou **quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir** na classificação de Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 80) ou **quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática** na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 416):

- a) *Vinculado ou regrado*: aquele em que a Administração Pública não tem liberdade de agir, mas deve seguir os requisitos e condições para sua realização estabelecidos pela lei. A lei irá estabelecer quando e como a Administração Pública deve agir.

Nesses atos não há juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador. A Administração os edita sem qualquer avaliação subjetiva. Uma vez preenchidos os requisitos, o administrador será obrigado a praticar o ato, ao contrário, se desatendido qualquer requisito-condição, compromete-se a eficácia do ato, tornando-o passível de anulação pela própria Administração (Súmulas 346 e 473 do STF) ou pelo Poder Judiciário.

Observação: ao Poder Judiciário não é possibilitado dizer acerca da conveniência ou oportunidade da atividade administrativa, bastando apenas examinar a legalidade do ato.

Nesse sentido a seguinte questão extraída do Concurso de Ingresso à Magistratura do Estado de São Paulo. Vejamos:

Questão

1 – Vunesp – TJ/SP – Juiz de Direito – 2009

Coube ao administrador público escolher uma entre 3 (três) opções administrativas

- b) substituição indevida da vontade discricionária do administrador público.
- c) correção da injustiça da escolha feita pelo administrador público.
- d) aplicação do princípio do poder-dever do juiz de valorar o conteúdo meritório das opções que se apresentaram ao administrador público.

O gabarito dado pela Banca Examinadora é a assertiva ‘b’: houve “substituição indevida da vontade

discricionária do administrador público”.

Mesmo em se tratando de atos vinculados (ou regrados) há por parte da Administração o dever de motivá-los, objetivando verificar se os requisitos legais foram observados e, conseqüentemente, analisar os pressupostos necessários para a existência e a validade do ato.

Exemplificando: licença para dirigir; concessão de aposentadoria; licença para construir; atos que admitem o administrado em escolas e hospitais públicos (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 80); licença para edificar (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 416).

b) *Discricionários ou “atos praticados no exercício de competência discricionária”* (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 416): neste ato há liberdade e juízo de valor para o administrador já que a lei deixou ao administrador alguma margem de liberdade para decidir, levando sempre em consideração a finalidade do ato (interesse público e fim legal exarado pela lei – implícita ou explicitamente).

Tal discricionariedade incidirá sobre o **motivo** e o **objeto** do ato, o que conferirá ao administrador um certo grau de subjetivismo. Ex. 1: permissão de uso da calçada; ex. 2: autorização para porte de arma.

Como pode aparecer a discricionariedade?

- 1) A lei apresenta mais de uma alternativa, competindo ao administrador escolhê-la.
- 2) A lei atribui ao administrador uma competência, sem dizer como exercê-la. Exemplificando: compete à Administração conservar determinado bem público. Ora, trata-se de ato discricionário já que a Administração não diz como esse bem público deverá ser conservado.
- 3) A lei pode ser omissa quanto às alternativas. Exemplificando: certo indivíduo pratica uma infração quando comete conduta escandalosa. “Conduta escandalosa” é um conceito indeterminado, dotado de vagueza e que

precisa de uma valoração por parte do administrador para delimitar o seu alcance.

2.5 Quanto ao objeto, quanto às prerrogativas com que atua a Administração

Na classificação de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 204) ou **quanto à posição jurídica da Administração** na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 421).

Esta distinção foi idealizada como forma de abrandar a teoria da irresponsabilidade civil do Estado (*the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire*), passando-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e afastá-la em se tratando de danos resultantes da prática de atos de império. Tal classificação também era utilizada para fixar competência da jurisdição administrativa: os atos de impérios seriam de competência da jurisdição administrativa ao passo que os atos de gestão ficariam a cargo do Poder Judiciário.

Muitas críticas foram feitas sobre essa distinção e hoje tal classificação foi substituída por outra: “**atos administrativos**, regidos pelo direito público, e **atos de direito privado** da Administração. Só os primeiros são atos administrativos; os segundos são apenas atos da Administração, precisamente pelo fato de serem regidos pelo direito privado” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 205).

a) *Ato de império*: a Administração Pública pratica o ato com superioridade em face do particular, ou seja, são praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade. A Administração utiliza-se de sua Supremacia (Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular), impondo sua vontade unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial (autoexecutoriedade).

Exemplificando: desapropriação da propriedade do particular por interesse público, necessidade pública ou utilidade pública; ordem de interdição de um estabelecimento.

b) *Ato de gestão*: a Administração Pública pratica o ato em patamar de igualdade com o particular, não há diferenciação entre a posição da Administração

Pública e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. Exemplificando: venda de um bem (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 421).

- c) *Ato de mero expediente* (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 170): são atos que não resolvem e decidem coisa alguma, não tem caráter vinculante e nem decisório. Destinam-se a dar andamento aos processos que tramitam perante a Administração Pública.

2.6 Outras classificações

Também chamadas de modalidades de ato administrativo.

2.6.1 Ato normativo

É o que regulamenta, disciplina, normatiza. Trata-se de ato geral, abstrato, que complementa a previsão legal e é realizado pelo Poder Regulamentar.

É possível também ato normativo no poder de polícia, quando se estabelece determinado limite de velocidade em certa avenida.

2.6.2 Ato ordinatório

É o que organiza, estrutura e escalona o funcionamento da Administração Pública. Escalona e organiza os quadros da Administração Pública.

2.6.3 Ato enunciativo

Não contém conteúdo decisório, mas atesta, certifica ou emite uma opinião. Como exemplo desses atos temos as certidões, os atestados, os pareceres.

Em regra, o parecer não vincula, pois se trata de uma opinião. Excepcionalmente, quando a lei admitir, poderá o parecer vincular.

2.6.4 Ato negocial

É aquele ato em que a vontade do particular coincide com a vontade da

Administração Pública. Nos atos negociais o Poder Público concorda com o pedido formulado pelo particular. Ex. 1: permissão de uso da calçada conferida ao particular para que ele coloque mesas de seu bar; ex. 2: autorizações; ex. 3: licenças.

2.6.5 Ato punitivo

É o ato que institui uma sanção, uma pena. É manifestação do poder disciplinar ou do poder de polícia.

3. Atributos do ato administrativo

3.1 Presunção de legitimidade

A presunção de legitimidade é um atributo do ato administrativo e significa que, uma vez praticado o ato administrativo, este se presume que foi praticado em conformidade com a lei e que os atos e fatos alegados pelo administrador são verdadeiros e morais.

Trata-se de uma **presunção relativa** (*juris tantum*), isto é, admite prova em sentido contrário, cabendo o ônus da prova a quem a alegar – normalmente quem alega é o administrado.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 411), essa presunção só existe até serem questionadas em juízo.

Para complementar

O STF (*RDA* 46:192) já decidiu que os atos praticados pela Administração Pública segundo o regime de direito privado não gozam desse atributo.

3.2 Autoexecutoriedade

A Administração Pública pode colocar em prática as decisões que tomou sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, gozando, para isso, de mecanismos **coercitivos próprios**, inclusive o uso da força se necessário for. Desta forma, não há que se falar *prima facie* de contraditório e ampla defesa.

Tal atributo objetiva alcançar, de forma rápida e eficiente, o interesse público, o que não ocorreria se todas as decisões administrativas tivessem que passar pelo crivo do Poder Judiciário. Assim, pode-se dizer que, como busca do

Princípio da Eficiência temos tal atributo.

A autoexecutoriedade possui duas vertentes: a exigibilidade e a executoriedade.

3.2.1 Exigibilidade

“É a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 411). São verdadeiros **meios indiretos de coerção** do administrado, conduzindo-o à obediência. Ex.: a Administração Pública multa veículo que dirigiu em alta velocidade e nega o licenciamento se ele não pagar a multa.

A exigibilidade **não garante**, por si só, a possibilidade de coação material ou a execução do ato, mas conduz o administrado à sua realização.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 411-412) exemplifica: a Administração impõe que o administrado construa uma calçada em frente à sua casa. Isso é uma obrigação. Se o particular desobedecer, será multado.

A Administração não precisa ir ao Judiciário para decidir **aplicar** a multa (que decorre do exercício do poder de polícia). Mas, a Administração Pública não tem como obrigar materialmente, coativamente o particular para realizar a construção da calçada.

E o referido autor exemplifica novamente: a Administração pode exigir que o administrado esteja quite com os impostos municipais de certo terreno.

Se o administrado não estiver quite, a Administração não expedirá o alvará de construção, uma vez que os impostos são exigíveis. A não expedição do alvará consiste num meio indireto de coerção.

A Administração não pode obrigar coativamente, por meios próprios, o contribuinte a pagar o imposto.

3.2.2 Executoriedade

“É a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu” (Celso Antônio Bandeira

de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 411).

São verdadeiros **meios diretos de coerção** ao administrado.

A excoutoriedade só existe se houver previsão em lei, ou quando se tratar de uma situação urgente indispensável ao imediato resguardo do interesse da coletividade. Ex. 1: a Administração Pública decide apreender medicamentos deteriorados; ex. 2: a demolição do prédio que ameaça ruir; ex. 3: a destruição do bem para evitar a propagação do incêndio.

Com a excoutoriedade o Poder Público pode **compelir materialmente** o administrado ao cumprimento da obrigação, sem para tanto precisar do Poder Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 412-413) acrescenta outros exemplos de excoutoriedade:

- a) há excoutoriedade quando a Administração Pública dissolve passeata tumultuosa;
- b) há excoutoriedade quando a Administração Pública interdita uma fábrica;
- c) há excoutoriedade quando a Administração Pública requisita bens indispensáveis ao consumo da população em caso de calamidade, nos termos do art. 5º, XXV, CF).

Defesas quanto a excoutoriedade

É possível o administrado recorrer ao Poder Judiciário para impedir preventivamente e sustar a medida executória realizada pela Administração. Para isso fará uso do Mandado de Segurança (preventivo ou repressivo) e do *Habeas Corpus* (preventivo ou repressivo).

Resumindo e concluindo

Pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela excoutoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente. Entretanto, nem todos os atos exigíveis são executórios. Nas sanções pecuniárias não há excoutoriedade: se a Administração Pública fixar a multa e a multa não for paga, precisará do Poder Judiciário para executá-la, da mesma forma, será necessário recorrer ao Judiciário se não viabilizado acordo administrativo em desapropriação.

3.3 Imperatividade (ou poder extroverso – Renato Alessi)

A Administração Pública, ao realizar atos administrativos, cria obrigação para o administrado, independentemente de sua concordância, o que decorre, consequentemente, do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

A imperatividade significa que o ato administrativo constitui unilateralmente em obrigações. Ex.: se um indivíduo dirigir em alta velocidade receberá multa independentemente de sua concordância.

Não incidirá a imperatividade (e, portanto, o atributo da imperatividade não é um atributo absoluto, poderá ser relativizado em alguns casos):

- a) Nos atos que concedem direitos solicitados pelos administrados. Ex. 1: licenças, ex. 2: autorizações, ex. 3: admissões, ex. 4: permissões de uso de bem público.
- b) Atos meramente enunciativos. Ex. 1: atestados, ex. 2: certidões, ex. 3: pareceres.

3.4 Tipicidade

“Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 186-187).

O ato administrativo deve se ajustar ao estipulado em lei e, assim, consequentemente este atributo decorre do Princípio da Legalidade.

A tipicidade representa verdadeira garantia ao administrado já que somente haverá a prática de um ato administrativo se houver previsão legal. Também por este atributo fica vedada a prática de ato absolutamente discricionário, já que a lei define os limites e contornos para exercício da discricionariedade.

Exemplificando: a) para atender a necessidade do serviço, os estatutos preveem a remoção dos servidores; b) para determinada infração cometida pelo administrador, há uma sanção própria: remoção, demissão etc.

4. Elementos ou requisitos do ato administrativo

4.1 Terminologia

Maria Sylvia Zanella di Pietro e Diogo de Figueiredo Moreira Neto preferem a expressão **elementos**. Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini preferem utilizar a expressão **requisitos**.

Pelo critério clássico, encontramos os requisitos do ato administrativo no art. 2º da Lei n. 4.717/65 (lei que regula a Ação Popular) que define:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

Forma, finalidade, competência (sujeito), motivo e objeto (conteúdo) constituem os pressupostos necessários para a **validade** dos atos administrativos.

Se o ato é praticado sem observar esses elementos, haverá **vício de legalidade** e o ato estará contaminado.

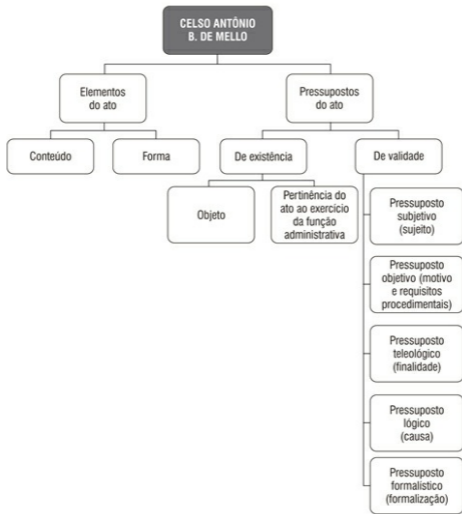
José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 97) entende que nem o termo “elementos”, nem a expressão “requisitos de validade” são satisfatórias, muito embora adote a expressão “elementos”.

Para o referido autor, “elemento” integra certa estrutura, e, portanto, nada mais é do que um mero “pressuposto de existência”.

Já o “requisito de validade” exige “pressupostos de validade”, que só se verificam em momento posterior: depois de verificada a existência.

Por exemplo, a **forma** seria elemento, já que integra certa estrutura. Já a **competência** seria requisito de validade, pois só se verifica depois de verificada a existência.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 382 e ss.) ao tratar do tema, estrutura os elementos ou requisitos do ato administrativo da seguinte forma (conforme esquema) – o que deve ser estudado de forma aprofundada em outra oportunidade:



4.2 Elementos ou requisitos em espécie

4.2.1 Forma

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade, consistindo em verdadeiro requisito de validade do ato administrativo.

A forma pode ser tomada em dois sentidos:

- a) *Sentido estrito*: consiste na exteriorização do ato, isto é, a maneira pela qual a declaração se exterioriza. Exemplificando: o regulamento se exterioriza num decreto. Decreto é a forma, a roupagem do regulamento; o ato pode ter a forma escrita ou verbal; o ato terá a forma de portaria; o ato terá a forma de resolução.

b) *Sentido amplo*: engloba a forma em sentido estrito mais as formalidades previstas em lei necessárias para a prática e formação da vontade do ato.

Como regra, a forma deverá ser a **escrita** (observância do Princípio da Solenidade). Porém, admite-se, também, a **forma verbal** (como a ordem dita por um superior ao seu inferior), o sinal convencional para o ato (por exemplo, o sinal expressado por um guarda de trânsito) e, o silêncio (sempre que a lei atribuir alguma consequência para o silêncio).

Para complementar

Se falarmos em **processo administrativo**, vigorará o **Princípio do Informalismo**, nos termos do art. 22 da Lei n. 9.784/99:

“Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. § 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade. § 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo. § 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.”

Para José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 102-103), a forma é elemento que integra a própria formação do ato.

A forma deve compatibilizar-se com a forma prescrita em **lei**, isto é, com a forma estabelecida em lei, sob pena de **vício de legalidade** que acarretará em **invalidação do ato**.

Exemplificando: Em uma licitação a lei impõe uma série formal de procedimentos, de maneira que estará comprometida a sua validade se não for observado todo o procedimento ali fixado.

Faz parte da forma a **motivação**, que consiste na indicação, no próprio ato, das razões de fato e de direito que serviram de motivo a sua edição.

Observação: possíveis vícios do ato administrativo quando inobservado o requisito “forma”.

A inobservância da forma é capaz de viciar substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia.

Ocorrem vícios de forma quando não se observa o meio de exteriorização exigido para o ato. Exemplificando: a lei exige justificação do ato e o agente omite essa justificação.

Alguns defeitos de forma no ato administrativo não comprometem sua validade. São defeitos de forma que geram as chamadas **meras irregularidades**.

Meras irregularidades não comprometem o ato, o ato continua sendo **válido**.

Há, todavia, alguns defeitos de forma **sanáveis**, e, se o forem, o ato é **anulável**, portanto, passível de **convalidação**.

Exemplificando: imagine que a lei exige como forma do ato “ordem de serviço”. Porém, o ato foi formalizado por “portaria” ao invés de o ser por “ordem de serviço”. Seria exagero anular o ato, pois o erro de denominação **não** interferiu no conteúdo legítimo do ato.

E, por fim, há os defeitos de forma mais sérios e conseqüentemente **insanáveis**. Neste caso, o ato será nulo, e como solução o Poder Competente deverá proceder à sua **anulação**.

Exemplificando:

- a) O art. 6º do Decreto-lei n. 3.365/41 exige “decreto” do chefe do Executivo para declarar uma desapropriação por utilidade pública. Se esta declaração ocorrer por “resolução”, terá um vício de forma insanável, o ato é nulo e deverá ocorrer sua anulação.



- b) Também haverá vício de forma quando o ato for realizado de outra forma que não a escrita, sem que para isso haja autorização legal.
- c) As inobservâncias, totais ou parciais, das formalidades necessárias para a existência do ato constituem vícios de forma.
- d) A ausência de motivação acarreta em vício de forma (majoritariamente entende-se que tantos os atos administrativos vinculados quanto os discricionários precisam de motivação).
- e) Haverá vício de forma se inexistente ou viciado o procedimento administrativo prévio.

4.2.2 Finalidade

É o elemento pelo qual o ato administrativo deve sempre estar dirigido ao atendimento do interesse público. A não observância ao interesse público (finalidade do ato administrativo) constitui **abuso de poder**, na modalidade **desvio de finalidade**, desde que haja a notória intenção do agente público (*animus*) de deliberadamente ofender o objetivo público (elemento subjetivo necessário para a caracterização do desvio). Também sua inobservância intencional configura violação aos princípios da **impessoalidade** e da **moralidade**.

Sem o elemento subjetivo ocorrerá ilegalidade, mas não necessariamente desvio de finalidade.

Exemplificando: Haverá desvio de finalidade quando o Estado desapropriar um imóvel de propriedade de desafeto do chefe do Executivo objetivando prejudicá-lo (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 111). Neste caso, o agente público afastou-se do interesse público em busca da persecução intencional de interesses particulares, o que é vedado.

A finalidade pode ser tomada em dois sentidos:

- a) *Sentido amplo*: a finalidade de todo e qualquer ato é atender o **interesse público**. O ato administrativo deve sempre ter uma finalidade pública.
- b) *Sentido estrito*: o ato administrativo deve atender a finalidade prevista em lei, ou seja, consiste no resultado específico almejado pelo ato definido previamente pelo legislador.

Exemplificando: b.1) para atender a **necessidade do serviço** a lei prevê a **remoção do servidor**, não podendo ser utilizada finalidade diversa, como a de punição (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 195); b.2) para punir o servidor que comete infração, a lei prevê penalidades (suspensão, advertência, demissão etc.).

Para complementar

Para Maria Cuervo Silve e Vaz Cerquinho (*O desvio de poder no ato administrativo*, p. 60), a finalidade está relacionada diretamente com a **competência**: quando a lei define a competência do agente, já vincula a essa competência a finalidade a ser perseguida pelo agente: “ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimentar-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada, *ex vi* da regra de competência”.

Observação: possíveis vícios do ato administrativo quando inobservado o requisito finalidade.

Um ato administrativo quando praticado é direcionado para o atendimento do interesse privado e não do interesse público. Assim, haverá vícios de finalidade se: a) a finalidade geral do ato não é o interesse público; b) a finalidade específica do ato não é a prevista pela lei (tipicidade). Exemplificando:

o agente confere uma autorização apenas para o seu melhor amigo, porque sua intenção é a de beneficiá-lo. Tal ato inclusive configura improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

4.2.3 Competência/sujeito

A competência funda-se na necessidade de **divisão do trabalho**: necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções entre os vários agentes do Estado.

Consiste no sujeito a quem a lei fixa atribuições para a prática de determinado ato, não bastando para seu exercício apenas a capacidade do agente que o pratica.

A competência decorre de **norma expressa** (que pode ser a Constituição Federal, a lei, atos administrativos de organização), motivo pelo qual não há que se falar em presunção de competência administrativa.

De acordo com Caio Tácito (*O abuso de poder administrativo no Brasil*, p. 27), não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.

A definição da competência decorre em razão de diversos critérios:

- a) *Critério em razão da matéria*: traz intrínseca a ideia de **especificidade** da função para sua melhor execução. Por essa razão são criados diversos Ministérios, Secretarias e suas subdivisões.
- b) *Critério em razão da hierarquia*: em geral, terá atribuições mais complexas aquele que estiver situado em um plano hierárquico mais elevado.
- c) *Critério em razão do lugar*: aparece ao tratarmos do tema **descentralização territorial** das atividades administrativas.

Exemplificando: circunscrições territoriais de certos órgãos como as delegacias regionais de algum órgão federal é critério de repartição de competência em razão do lugar.

- d) *Critério em razão do tempo*: durante certo tempo, certo período a norma confere a certo órgão competência, como ocorre em situações de calamidades públicas quando poderá, excepcionalmente, atribuir-se a determinado agente uma competência, que persistirá enquanto perdurar a situação.

Em geral a competência é:

a) *Intransferível*.

b) *Improrrogável*: isto é, se um órgão não tem competência para certa função, não pode vir a tê-la supervenientemente.

c) *Inderrogável*: a competência de um órgão não se transfere a outro por acordo entre as partes ou por assentimento do agente da Administração. Uma vez fixada a competência, esta tem que ser rigidamente observada por todos.

Excepcionalmente, em alguns casos previstos em lei, serão permitidas a **delegação** (conferir a outrem atribuições que compitam ao superior) e a **avocação** (chamar a si funções originariamente atribuídas a um subordinado) de competências.

De acordo com o Decreto-lei n. 200/67, art. 12, “o ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação”.

Com o ato de delegação, a competência será cumulativamente da autoridade delegante e da autoridade delegada, pois o ato de delegação não retira a competência da autoridade delegante (Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, p. 138).

Na esfera federal, a Lei n. 9.784/99, em seus arts. 11 a 17, trata do tema:

“Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I – a edição de atos de caráter normativo; II – a decisão de recursos administrativos; III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial. § 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes

transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. § 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante. § 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial.

Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.”

Resumindo e concluindo

A regra é a não delegação. A não avocação. A delegação e a avocação aparecem como figurar excepcionais, de forma que será **inválida** qualquer delegação ou avocação que de alguma forma suprima a competência dos administradores (conforme prevê o art. 15 da Lei n. 9.784/99).

Observação: possíveis vícios do ato administrativo quando inobservado o requisito “competência/sujeito competente”.

Haverá vício de competência quando a conduta realizada pelo agente é inadequada com sua atribuição legal. Exemplificando: o agente subordinado pratica um ato de competência de seu superior hierárquico.

Assim, haverá vícios de competência nos seguintes casos:

- a) Inobservância da regra legal de competência.
- b) Se houver delegação e avocação não autorizadas pelo ordenamento jurídico.
- c) *Impedimento ou suspeição* da autoridade: a autoridade é impedida ou suspeita para a prática do ato. Sobre este tema dispõe o art. 18 da Lei n. 9.784/99:

“É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou

representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.”

- d) Usurpação de função nos termos do art. 328 do Código Penal.
- e) *Abuso de poder* (excesso de poder), sempre que ocorrer abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65) haverá vício quanto ao sujeito.
- f) *Função de fato*: ocorre quando o indivíduo pratica o ato investido irregularmente no cargo, emprego ou função. Neste caso, se a situação tem aparência de legalidade, o ato será considerado válido. Ao contrário, se evidente a incompetência, o ato será nulo.
- g) Incapacidade civil nos termos do Código Civil.

4.2.4 Motivo (ou causa)

A explicação deste tema engloba a seguinte fórmula:

Pressuposto de fato + pressupostos de direito = embasamento necessário para a prática do ato.

Pressuposto de fato (ou motivo de fato conforme José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 105) são as circunstâncias ocorridas.

Pressuposto de direito (ou motivo de direito conforme José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 105) são os fundamentos legais que embasam a prática do ato.

Exemplificando: um servidor comete uma infração e é punido.

-Pressuposto de fato: é o cometimento da infração. Esta é a circunstância ocorrida.

-Pressuposto de direito: é a legislação que diz que tal conduta é infração. É o fundamento legal que embasa a prática do ato.

Assim, **motivo = razão de ter praticado o ato.**

Para complementar

Às vezes a situação de fato já está delineada na norma legal. Se assim ocorrer, o agente deverá praticar o ato tão logo a situação de fato ocorra. O agente será o executor da lei.

Temos aqui a prática de um **ato vinculado**, já que há estrita vinculação do agente à lei.

Em outros casos, a lei não irá delinear a situação fática. Nestes casos, o próprio agente, com base num juízo de conveniência e oportunidade, elegerá a situação fática geradora da vontade. Aqui haverá a prática de um ato discricionário.

Motivação

Ligado ao motivo, temos a **motivação**, isto é, a exposição dos motivos que fundamentaram o ato.

De acordo com Cretella Júnior (*Curso de direito administrativo*, p. 310), a motivação é a justificativa do pronunciamento tomado.

A motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 105). É a justificativa do ato através da demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente estão presentes.

De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 111), a motivação pode ser:

- a) *Contextual*: ocorre quando a motivação, a justificativa estiver no próprio ato.
- b) *Aliunde*: a justificativa do pronunciamento tomado encontra-se em instrumento diverso.

Ponto de controvérsia na *Doutrina* reside na obrigatoriedade ou não de

motivação:

- a) *Primeira corrente*: uma primeira corrente entende ser a motivação obrigatória apenas nos atos vinculados.
- b) *Segunda corrente*: a motivação é obrigatória apenas nos atos discricionários, pois nestes poderá haver algum subjetivismo, razão pela qual será mais necessária nesses atos a motivação.
- c) *Terceira corrente*: *posicionamento majoritário entre os administrativistas* – a motivação é obrigatória tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários.

É principalmente nos atos discricionários que a motivação se mostra mais necessária já que o administrador deverá **justificar** a escolha feita, mostrando que escolheu o melhor conteúdo para o ato, mostrando o bom uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Celso Antonio Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo defendem que a motivação é, em regra, obrigatória e necessária. Entretanto, só não será obrigatória nos casos em que a lei dispensar a motivação ou se a natureza do ato for incompatível com a motivação.

A Lei n. 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal –, em seu art. 50, elenca hipóteses que necessitam motivação dos atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Teoria dos motivos determinantes

Um tema importante a ser estudado dentro deste tópico diz respeito à denominada **teoria dos motivos determinantes**, sistematizada por Jêze.

Essa teoria estabelece que a Administração Pública se vincula aos motivos que eleger para a prática do ato.

Este motivo precisa ser **verdadeiro e existente** sob pena de **anulação do ato** (vício de legalidade).

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 109) exemplifica: um servidor requer férias para determinado mês. O chefe da repartição pública indefere as férias **sem** deixar expresso no ato o motivo.

Imagine que o chefe da repartição indeferisse alegando que há **falta de pessoal** na repartição naquele mês em que se pleiteia as férias.

Se o interessado provar que o motivo alegado (falta de pessoal) é falso ou inexistente, o ato estará viciado no motivo.

Peculiaridades:

a) *Exoneração ad nutum*: consiste na exoneração do servidor ocupante de cargo em comissão, sem para tanto ser necessário justificativa do porquê da exoneração.

Entretanto, se a Administração, mesmo não precisando elencar os motivos da exoneração, o fizer, esse motivo alegado passará a integrar o ato. Motivo alegado deve ser verdadeiro e existente, sob pena de comprometer a legalidade do ato (incidência da Teoria dos Motivos Determinantes).

Exemplificando: Se a Administração disser que está exonerando o servidor para **reduzir despesas com folha de pagamento**, este será o **motivo** da exoneração.

Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração Pública se vincula aos **motivos** que eleger para a prática do ato e, desta forma, não poderá no outro dia nomear outro servidor para ocupar aquele cargo, pois, se assim fosse, ficaria evidenciado que o motivo não existia ou era falso.

b) *Tredestinação legal*: de acordo com o Decreto-lei n. 3.365/41, é possível mudar o motivo da desapropriação, sem que isso viole a teoria dos motivos determinantes, desde que mantida uma razão de interesse público.

A tredestinação legal nada mais é do que a autorização conferida pelo ordenamento jurídico para que haja a mudança de motivo na desapropriação.

Exemplificando: inicialmente desapropria-se determinada área para a construção de uma escola pública. Em momento posterior, muda-se o motivo

daquela desapropriação e resolve-se fazer um hospital público.

Observação: possíveis vícios do ato administrativo quando inobservado o requisito “motivo”.

Haverá vícios quanto ao requisito motivo se houver inexistência de fundamento para a prática do ato:

- a) motivo não declarado;
- b) motivo falso ou inexistente (incidência da teoria dos motivos determinantes).
Exemplificando: a cassação de uma licença com base num evento que não ocorreu;
- c) incompatibilidade entre o motivo do ato e o motivo legal;
- d) o móvel do agente está viciado e então o ato é praticado com desvio de finalidade, favoritismos ou perseguições, configurando sério vício subjetivo;
- e) violação à Teoria dos Motivos Determinantes;
- f) incongruência entre o motivo e o resultado do ato.

4.2.5 Objeto/conteúdo

Consiste em determinar qual o efeito jurídico imediato que o ato produz. Pra que serve determinado ato?

O objeto é o que se cria, modifica, extingue, adquire, resguarda, transfere na ordem jurídica.

Mas como identificar o objeto?

Basta identificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe. Qual o fim imediato, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa.

Exemplificando:

- a) Em uma licença de construção, o objeto consiste em consentir que alguém edifique.
- b) Numa admissão, o objeto será autorizar alguém a ingressar em estabelecimento público.
- c) Numa autorização para estacionamento, o objeto corresponde a consentir que alguém estacione seu veículo.

Assim, dependendo da espécie de ato encontraremos um objeto, o que

dá para concluir que o objeto, portanto, é variável.

Para que o ato administrativo praticado seja válido, o seu objeto precisa ser **lícito**.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 191) acrescenta que, além de lícito, o objeto precisa ser também **moral**. Diferentemente, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 110-111) entende que o requisito moral tem maior pertinência com o elemento finalidade do ato.

O objeto precisa ser determinado ou determinável. E, por fim, o objeto tem que ser possível, isto é, suscetível de ser realizado.

Diferenciando

| OBJETO | FINALIDADE |
|---|---|
| Fim imediato a ser alcançado pela vontade administrativa. | Fim mediato, isto é, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir. |
| É variável. | É invariável (será sempre o interesse público). |

Os elementos ou requisitos do ato administrativo são vinculados ou discricionários?

-Primeira regra: se o ato é vinculado, seus elementos também serão vinculados.

Dessa maneira temos que, nos atos vinculados, a forma, a finalidade, a

competência, o motivo e o objeto são vinculados.

-*Segunda regra*: e se o ato é discricionário, como ficam os seus elementos?

Em regra, nos atos discricionários, a forma, a finalidade, a competência são elementos vinculados.

A forma normalmente é vinculada (mesmo nos atos discricionários), pois a lei estabelece qual a forma a seguir naquele ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 387) estabelece que se a lei fixar uma opção de forma, aí então haverá discricionariedade.

O elemento finalidade nos atos discricionários, como regra, é requisito vinculado: todo ato deve atender o interesse público (finalidade em sentido amplo) e o interesse fixado em lei (finalidade em sentido estrito).

Celso Antônio Bandeira de Mello complementa: se a finalidade for tratada através de **conceitos vagos**, pouco preciso, aí então será admitido um juízo discricionário quanto à finalidade. Exemplificando: se a lei estabelecer que a finalidade de certo ato consiste em garantir a “paz pública”, a “ordem pública”, a “paz social”, a “salubridade pública”, aí então caberá um juízo valorativo acerca do alcance das referidas expressões.

A competência (sujeito) é vinculada, mesmo nos atos discricionários, já que é a lei que diz quem é o sujeito competente para aquele ato.

Nos atos discricionários, o **motivo** e o **objeto** são discricionários, já que valorar o motivo e escolher o objeto consiste na eleição do mérito do ato administrativo – e isso nada mais é do que encontrar o aspecto discricionário.

Observação: possíveis vícios do ato administrativo quando inobservado o requisito “objeto”.

Para que ocorra vício de objeto é necessário que o ato administrativo tenha conteúdo diverso do que a lei autoriza ou determina. Assim, haverá o vício se:

- a) Objeto proibido por lei (ilícito). Exemplificando: a Administração Pública expede um ato que permite que o administrado exerça uma atividade proibida – a Administração concede autorização para menores ingressarem em estabelecimentos onde sua entrada é vedada.
- b) Objeto impossível. Exemplificando: a nomeação para um cargo inexistente.

- c) Objeto imoral. Exemplificando: parecer encomendado.
- d) Objeto incerto quanto aos destinatários, ao tempo, ao lugar ou as coisas.
Exemplificando: desapropriação de um bem indefinido.

Nestes casos, o ato poderá ser invalidado tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário.

5. Convalidação e sanatória

O instituto da convalidação encontra previsão legal no art. 55 da Lei n. 9.784/99.

- a) Fundamento: **preservação da ordem jurídica e social**.
- b) Consequência: garantia da **estabilidade** das relações já constituídas.
- c) Espécies de convalidação:

| 1. RATIFICAÇÃO | 2. CONFIRMAÇÃO |
|--|--|
| A convalidação procede da mesma autoridade que emitiu o ato inválido. | A convalidação procede da outra autoridade que não a que emitiu o ato inválido. |

5.1 Diferenciação: convalidação “versus” conversão

| CONVALIDAÇÃO | CONVERSÃO (SANATÓRIO) |
|---------------------|--|
| Correção | Manutenção ordem jurídica |
| | <p>Um ato solene que não preenche os requisitos é convertido em um ato mais simples.</p> <p>Celso Antônio Bandeira de Mello (<i>Cu</i></p> |

Um ato inválido se
tornará válido

*de direito
administra*
p. 464) def
o ato ilegal
certa categ
torna-se le
após a
conversão,
embora sej
categoria n
simples.
Para José c
Santos Car
Filho (*Mar*
de direito
administra
p. 198) a

conversão
uma modal
de
convalidaç
assim com
ratificação
reforma.

6. Estabilização de efeitos

Qual a intenção deste instituto? O que a “estabilização de efeitos” busca?

Tem por base a **teoria da ponderação entre princípios** e o **equilíbrio entre legalidade versus Princípio da Segurança Jurídica e Boa-fé**.

Natureza jurídica do instituto: o ato continua ilegal, porque é mantido em nome da Segurança Jurídica, porém estabilizam-se os seus efeitos;

Situações em que encontramos o instituto da estabilização de efeitos:

1) STF – teoria do funcionário de fato

Os atos de nomeação e de posse do sujeito são ilegais. O “agente público” é nomeado para um cargo público sem a prévia aprovação em concurso público ou em um concurso irregular.

Se a investidura é um ato ilegal, e com base na regra de que o acessório segue o principal, todos os atos praticados pelo servidor também deveriam ser ilegais, porém, em nome da segurança jurídica e em nome de terceiros de boa-fé atingidos pelo ato, os atos por este servidor praticados serão mantidos.

2) Modulação dos efeitos nas declarações de inconstitucionalidade

Autorizam a adoção do efeito *ex nunc* em razão de segurança jurídica ou excepcional interesse social se preenchidos os requisitos do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

Nesse sentido *vide* STF, HC 82.959-7; STF, RE 442.683/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; STJ, RMS 24.430/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

7. Formação e efeitos do ato administrativo

7.1 Perfeição

Perfeito é o ato que concluiu todo o seu ciclo de formação. A perfeição do ato tem o sentido de consumação e conclusão do ato.

Perfeito não significa que o ato não contém vícios. Se o ato é perfeito, não pode ser atingido por efeito retroativo da lei.

Exemplificando: a nomeação de dirigente de Agência Reguladora ocorre com a nomeação pelo Presidente da República, desde que haja aprovação por parte do Senado Federal (ato complexo). Uma vez preenchido este ciclo, o ato será considerado perfeito. Estará pronto e acabado, apto a produzir efeitos.

Ao contrário, será imperfeito quando não concluir o seu ciclo de formação e não estiver acabado.

7.2 Eficácia

O ato administrativo está pronto para produzir efeitos. Na eficácia, o desencadear dos efeitos do ato não está dependente de qualquer evento posterior (v.g., condição suspensiva ou termo inicial).

Conforme Sérgio de Andréa Ferreira citado por José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 118), a eficácia comporta três dimensões:

- a) *Temporal*: consiste em delimitar por quanto tempo aquele ato produziu efeitos: os efeitos do ato foram instantâneos ou o ato gerou efeitos duradouros.
- b) *Espacial*: consiste em delimitar o local onde o ato gerou efeitos. Qual o âmbito de incidência dos efeitos do ato.

Exemplificando: um ato de permissão originário do Município só produz efeitos no círculo territorial deste Município.

c) *Subjetiva*: consiste em definir quem são os indivíduos que estão sob sujeição do ato.

Os efeitos do ato administrativo podem ser esquematizados da seguinte forma:



7.2.1 Efeito típico ou próprio

É o efeito principal para o qual o ato foi criado.

Exemplificando: a) em uma desapropriação o efeito típico é tomar o imóvel do particular e integrá-lo ao acervo patrimonial do Poder Público; b) é próprio do ato de nomeação habilitar alguém a assumir um cargo público; c) é típico e próprio do ato de demissão desligar um funcionário do serviço público.

7.2.2 Efeito atípico

Consiste em apurar qual o efeito secundário produzido pelo ato. Subdivide-se em:

Efeito reflexo

No efeito reflexo, o ato atinge terceiro que não o destinatário direto do ato.

Os efeitos reflexos refluem sobre outra relação jurídica, ou seja,

atingem terceiros não objetivados pelo ato.

Flávio Bauer Novelli (Eficácia do Ato Administrativo, *RDA* 60/21-25 e 61/29-30) exemplifica: o Estado vai desapropriar o imóvel de “X”. Porém, a casa de “X” está locada para “Y”. “Y” é o locatário da casa. Ora, o ato de desapropriar este imóvel atinge terceiro (no exemplo dado, “Y”), que não era o destinatário direto do ato (afinal o destinatário direto do ato é “X”).

Neste caso, perdido o imóvel pelo proprietário expropriado, o locatário “Y” vê rescindida a relação jurídica de locação.

O efeito típico do ato é a desapropriação, mas atípica e reflexamente rescindiu a locação.

Preliminar ou prodrômico

É o efeito que acontece **antes** do ato concluir o seu ciclo de formação.

O efeito prodrômico ocorre quando um ato administrativo depende de duas manifestações de vontade: se houver a primeira manifestação, gera a necessidade da segunda (o que se verifica nos atos compostos ou nos complexos).

Há o efeito prodrômico enquanto durar essa situação de pendência.

Exemplificando:

a) Imagine um ato sujeito a controle por outro órgão: A autoridade “A” edita um ato. Porém, para esse ato desencadear seus efeitos, é necessário que a autoridade “B” o controle.

A autoridade “B” tem, portanto, que emitir um ato controlador que funciona como **condição de eficácia** do ato emitido pela autoridade “A”.

Enquanto perdura a situação de pendência do ato, isto é, enquanto “B” não controla o ato “A”, falamos em efeito preliminar ou efeito prodrômico.

O ato de “A” (ato controlado) acarreta para “B” (órgão controlador) o dever-poder de emitir o ato de controle.

b) Um ato sujeito à homologação. Em razão da necessidade de análise do ato pelo superior, há efeito prodrômico enquanto esta análise não é efetuada.

c) Nomeação de dirigente de uma Agência Reguladora: Presidente da República nomeia, porém tal nomeação depende de aprovação do Senado Federal. Enquanto Senado Federal não aprovar, haverá a situação de pendência, o ato ainda não foi concluído, e, assim, enquanto persistir essa situação de

pendência tem-se o efeito preliminar ou prodrômico.

7.3 Exequibilidade

Exequibilidade consiste em executar todo o ato. É possível encontrarmos um ato que tenha eficácia, mas que não tenha exequibilidade (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 118).

Exemplificando: a) uma autorização dada em dezembro para começar a valer somente em janeiro do ano subsequente. Ora, em dezembro a autorização é eficaz, mas somente terá exequibilidade em janeiro; b) A sentença pendente de recurso antes de transitar em julgado é eficaz, produz efeitos, mas é inexecutável, já que não transitou em julgado.

7.4 Validade

O ato obedeceu aos requisitos legais. Há conformidade do ato com a lei ou com outro ato de grau mais elevado.

Peculiaridades:

7.4.1 Perfeito e inválido

É possível que um ato tenha percorrido todo o seu ciclo de formação e, portanto, seja perfeito, mas que não tenha obedecido aos requisitos legais, caso em que será **perfeito e inválido**.

Exemplificando: houve a realização de um procedimento licitatório, houve a obediência de seu ciclo de formação, porém o ato é inválido, pois houve fraude quando da análise das propostas dos licitantes. Neste caso temos um ato perfeito (pela conclusão de seu ciclo de formação) e inválido (em razão da fraude).

7.4.2 Perfeito, inválido e eficaz

Podemos, ainda, falar em ato **perfeito, inválido e eficaz**: publicado o ato, produz efeitos até sua declaração de invalidade.

Exemplificando: dispensaram licitação por acharem que era hipótese emergencial. Em momento posterior, apuraram que não se tratava de caso de urgência. O ato produzirá efeitos até sua declaração de invalidade, quando então será desconstituído (efeitos *ex tunc*).

7.4.3 *Perfeito, inválido e ineficaz*

É possível termos um ato **perfeito, inválido e ineficaz**: ocorrerá sempre que o ato concluir o seu ciclo de formação (perfeito), porém não observar os requisitos legais para sua prática (inválido) e não tiver sido publicado (ineficaz).

7.4.4 *Perfeito, válido e ineficaz*

Exemplificando: ocorre um procedimento licitatório que obedece aos requisitos legais (perfeito e válido), entretanto, não há a publicação (ineficaz) como fixa o art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 – que exige a publicação para que o ato seja eficaz.

7.4.5 *Válido, eficaz e exequível*

Um ato será válido se editado em conformidade com a lei, será eficaz se puder ser concretizado e será exequível se tiver operatividade e puder ser executado.

7.4.6 *Válido, eficaz e inexecuível*

O ato será válido se praticado em compatibilidade com a lei, será eficaz se apto a produzir efeitos e será inexecuível quando sua operatividade estiver sujeita a termo ou condição futura.

7.4.7 *Válido, ineficaz e inexecuível*

Essa situação é o que a *Doutrina* diz que ocorre nos atos administrativos compostos e nos complexos. O ato, embora congruente com a norma legal (válido), não completou o seu ciclo de formação e, portanto, não pode ser concretizado.

7.4.8 *Inválido, eficaz e exequível*

O ato será inválido se editado em desconformidade com a lei e será eficaz e exequível se idôneo a produzir efeitos e se houver a possibilidade de produzi-los. A eficácia e a exequibilidade decorrem da presunção relativa de legitimidade que reveste todos os atos administrativos.

7.4.9 Inválido, eficaz e inexecuível

Inválido é o ato praticado em desconformidade com a lei, eficaz pois apto a produzir efeitos, entretanto será inexecuível em razão de estar sujeito a condição ou termo para ser operante.

7.4.10 Inválido, ineficaz e inexecuível

Nesta hipótese o ato contraria a lei, não concluiu o seu ciclo de formação e, portanto, não tem condição alguma de ser executado.

8. Extinção dos atos administrativos

8.1 Extinção do ato em razão do cumprimento de seus efeitos

Um ato cumprirá seus efeitos nas seguintes situações:



8.2 Extinção do ato em razão do desaparecimento do sujeito

Exemplificando: um servidor é nomeado, toma posse, é investido no cargo, porém, morre. Com a sua morte ocorre a vacância do cargo em razão do desaparecimento do sujeito.

A morte do servidor extingue os efeitos da nomeação.

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 140)

traz outro exemplo: a morte do permissionário extingue o ato por falta do elemento subjetivo.

8.3 Extinção do ato em razão do desaparecimento do objeto

Neste caso ocorre o desaparecimento do objeto da relação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 437) exemplifica: a tomada pelo mar de um terreno de matinha dado em aforamento extingue a enfiteuse.

José dos Santos Carvalho (*Manual de direito administrativo*, p. 141) filho exemplifica: a Administração Pública promove a interdição de um estabelecimento. Em momento posterior o estabelecimento é definitivamente desativado. Ora, o objeto do ato de interdição se extinguiu, por consequência, o próprio ato também será extinto.

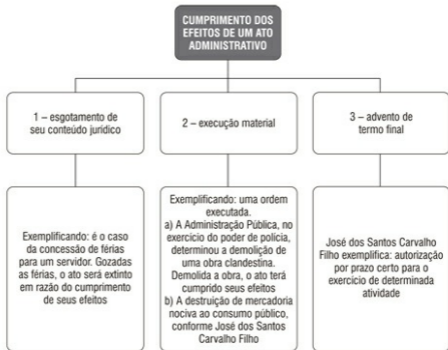
8.4 Extinção do ato em razão da renúncia

Com a renúncia ocorre a extinção dos efeitos do ato em razão da rejeição, pelo beneficiário, de uma situação jurídica favorável de que gozava como consequência daquele ato. Assim, haverá renúncia quando um agente público renunciar férias em dobro.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 437) exemplifica: haverá renúncia quando o agente público renunciar um cargo de Secretário de Estado.

8.5 Extinção do ato em razão de sua retirada pela própria administração pública

Ocorre em diversos casos. Vejamos o esquema:



8.5.1 Anulação

É a retirada de um ato em razão de ilegalidade.

Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal possui as Súmulas 346 e 473.

Súmula 346 do STF: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Em regra, a anulação opera efeitos *ex tunc*, isto é, efeitos retroativos.

Se o ato ilegal é restritivo de direitos, os seus efeitos quando da anulação serão *ex tunc*. Entretanto, se o ato ilegal é ampliativo de direitos, aí então seus efeitos serão *ex nunc* conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 417-418)

A Lei n. 9.784/99, fixa o prazo de 5 (cinco) anos para a Administração Pública anular seus atos. Vejamos:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Observação: especificamente no Estado de São Paulo, a Lei n. 10.177/98 (Lei do Processo Administrativo no Estado de São Paulo), em seu art. 10, estabelece que a Administração anulará seus atos inválidos exceto quando: a) ultrapassar o prazo de 10 (dez) anos contados de sua produção; b) da irregularidade não resultar prejuízo; c) forem passíveis de convalidação.

Teoria das nulidades

Para tratarmos do tema das nulidades do direito administrativo, é necessário seja feito um paralelo com a teoria das nulidades do direito privado:

As nulidades no direito privado bipartem-se em: a) nulidades – art. 166 do Código Civil e; b) anulabilidades – art. 171 do Código Civil.

A depender da maior ou menor gravidade do vício – que depende de juízo de valor e consideração por parte do legislador – teremos um ato nulo ou um ato anulável.

A nulidade não admite convalidação, podendo o juiz decretá-la de ofício. Já a anulabilidade admite convalidação, sendo necessária provação da parte interessada para sua decretação.

Já a teoria das nulidades no direito administrativo pode ser dividida da

seguinte forma:



8.5.2 Revogação

A retirada de um ato administrativo através de sua revogação tem por **fundamento** o Poder Discricionário da Administração Pública, repetindo-se o uso de uma competência sobre uma mesma questão.

Se a Administração Pública verificar que o ato ou a situação jurídica por ele gerada são inconvenientes ou inoportunas ao interesse público, o ato será retirado, revogado.

Conveniência e oportunidade consistem no **mérito** do ato, portanto, quem diz se o ato administrativo é ou não conveniente é a própria Administração Pública. Assim, o sujeito ativo da revogação só pode ser a autoridade no exercício de funções e competências administrativas (normalmente o agente do Poder Executivo ou entidade da Administração Pública Indireta).

A revogação tem por objeto a retirada de um ato administrativo válido, isto é, de conformidade com a lei, ou a relação jurídica válida dele decorrente.

Exemplificando:

A retirada da permissão para instalação de banca de jornais em certa esquina por motivo de perturbação da circulação de pedestres no local configura hipótese de retirada, que ocorre em razão de inconveniência ou inoportunidade, ante a falta de interesse público para a manutenção do ato. Neste caso, a permissão será revogada.

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 153-157) exemplifica: a Administração Pública, num primeiro momento, autoriza a extração de areia de certo rio. Porém, em momento posterior, apura-se que tal atividade consentida poderia causar malefícios para a natureza. Ante a falta de conveniência e oportunidade para a manutenção do ato, a Administração Pública

revoga a autorização antes expedida.

Normalmente os efeitos da revogação são *ex nunc*. No momento em que o ato foi editado, ele era conveniente e oportuno ao interesse público, entretanto, hoje, deixou de ser. A revogação respeita os efeitos que já transcorreram, portanto, o ato revogador traz efeitos *ex nunc*.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 443) “a revogação é consequência de um juízo feito hoje, sobre o que foi produzido ontem, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém *agora* aos interesses administrativos”.

Não há prazo (limite temporal) para a Administração Pública revogar um ato administrativo.

Os Poderes Legislativo e Judiciário somente praticam revogação administrativa no exercício de suas funções atípicas administrativas.

O art. 2º do Texto Constitucional consagra o Princípio da Independência dos Poderes, desta forma, nenhum poder estatal poderá revogar atos administrativos praticados tipicamente por outro.

Até mesmo em sede de controle jurisdicional o Judiciário não pode revogar um ato administrativo (uma vez que existe limitação material para isso).

O Poder Judiciário só poderá revogar os seus próprios atos. Exemplificando: uma licitação realizada pelo Poder Judiciário para compra de materiais de escritório poderá ser revogada pelo próprio Poder Judiciário.

Para complementar

Há algumas situações (de atos concretos) que são irrevogáveis, vejamos:

- a) os atos por lei declarados irrevogáveis;
- b) os atos já exauridos, isto é, aqueles cujos efeitos já esgotaram.

Exemplificando: a demolição de uma obra clandestina após determinação da Administração Pública no exercício do poder de polícia; o ato que deferiu férias ao servidor após o deleite das férias pelo mesmo.

- c) atos vinculados, já que sobre atos vinculados não há juízo de conveniência e oportunidade;
- d) meros ou puros atos administrativos. Exemplificando: certidões, pareceres, atestados. Os efeitos desses atos decorrem da lei, razão pela qual não é admitida a sua revogação;

- e) atos de controle. Exemplificando: autorizações prévias, aprovações *a posteriori*;
- f) atos que devem ser expedidos em ocasião determinada. Exemplificando: não pode ser revogado o ato de adjudicação na licitação quando já está celebrado o contrato;
- g) atos que geram direitos adquiridos, nos termos do art. 5º, XXXVI, do Texto Constitucional;
- h) atos que constituem decisão final do processo contencioso;
- i) atos complexos (não é possível uma única vontade modificar o que foi realizado por várias manifestações).

É possível revogação de uma revogação?

Um ato “B” revoga o ato “A”. Num momento posterior, o ato “C” revoga o ato revogador de “A”, ou seja: “B”. A dúvida é: voltaria o ato “A”?

O ato “A” não volta automaticamente. Não há repristinação tácita ou implícita.

Mas então o que deve ser feito quando a Administração quer que o ato inicial (no exemplo, o ato “A”) volte? Terá que expressamente consignar.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello pode existir a repristinação tácita ou implícita e a volta do ato “A” ocorrer automaticamente.

8.5.3 Cassação

É a retirada de um ato quando o destinatário **descumpre condições** que deveria continuar atendendo (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 437).

A cassação é ato vinculado (o agente só pode cassar o ato anterior nas hipóteses fixadas em lei/norma).

A natureza jurídica da cassação é de **ato sancionatório**: pune-se aquele que deixou de cumprir as condições para a subsistência do ato. Exemplificando: retirada da licença para funcionamento de hotel, pois o hotel virou “casa de tolerância”.

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 141) exemplifica: a cassação de uma licença para exercício de certa profissão.

Para complementar

Há, na Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) hipótese de **cassação** prevista no art. 10, § 2º: a autorização de porte de arma perderá automaticamente sua eficácia se o portador for detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas. Ocorrendo o estado de embriaguez ou o efeito de substância química ou alucinógena, tem-se a cassação da autorização.

8.5.4 Caducidade

Consiste na retirada do ato em razão da superveniência de norma que não mais admite a situação antes permitida e concedida pelo ato. Exemplificando: a Administração Pública concede permissão para em certo local ocorrer a exploração de parque de diversões. Posteriormente, vem a nova **Lei de Zoneamento**, que se mostra incompatível com a permissão anteriormente concedida. Neste caso, haverá a retirada da permissão, e essa retirada configura **caducidade** (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 437).

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 141) exemplifica: certo indivíduo possui permissão de uso de bem público. Supervenientemente é editada lei que proíbe tal uso por particular.

O ato anterior (permissão) sofre caducidade.

8.5.5 Contraposição (ou derrubada)

É a retirada do ato em razão do advento de um segundo ato que impede que o primeiro produza efeitos.

A exoneração – segundo ato – de um funcionário, aniquila os efeitos do ato de nomeação – primeiro ato (Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, p. 246).



1. Poderes da administração

O Estado, ordem jurídica soberana, deve estar a serviço da coletividade para alcançar o bem comum como finalidade precípua. Para isso deverá, através de seus agentes, a) disciplinar as relações sociais; b) preservar a ordem jurídica; c) propiciar segurança; d) atuar preventivamente, através de seu poder de polícia, a fim de evitar a ocorrência de danos à coletividade etc.

Os agentes públicos então deverão possuir certas prerrogativas para a consecução desses fins públicos através de seus poderes: de polícia, disciplinar, hierárquico, regulamentar, vinculado, discricionário (esses poderes não se confundem com poderes políticos, que são estruturais e orgânicos: compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional – Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 119).

Os poderes da Administração nada mais são do que prerrogativas que a Administração Pública tem para perseguir um interesse público. São poderes instrumentais adequados à realização de tarefas administrativas. Trata-se de instrumento abstrato na busca do fim teleológico do Estado através da prática de atos concreto capazes de praticamente permitir esse alcance público – o interesse da coletividade.

Além de prerrogativas atribuídas ao agente público, o ordenamento jurídico impõe também deveres administrativos. Há para o agente não apenas prerrogativas, mas verdadeiros deveres, consistentes num **poder-dever** de agir.

Tais poderes são outorgados ao agente público, que deve agir no interesse da coletividade.

2. Características do poder

2.1 Irrenunciabilidade

O poder atribuído ao agente público é **irrenunciável** e deverá ser

obrigatoriamente exercido por seus titulares.

Verificado o interesse público o administrador tem a obrigação de agir como consectário e manifestação do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

O administrador exerce função pública, age em nome do povo, exerce *munus publico* e, portanto, não pode abrir mão do interesse do povo. Trata-se de instrumento que não pode ser jogado fora.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, p. 107): “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.

Ao administrador impõe-se um agir, uma conduta comissiva, de forma que o não agir configurará omissão administrativa.

Há duas modalidades de omissões administrativas (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 42-43): a) omissões genéricas; b) omissões específicas.

| OMISSÕES GENÉRICAS | OMISSÕES ESPECÍFICAS |
|--|--|
| Caberá ao administrador avaliar a oportunidade e a conveniência para adoção de | Há imposição legal expressa no sentido do administrador fazer alguma |

para adoção de determinadas medidas.

fazer alguma coisa.

Tal oportunidade e conveniência também levará em consideração a disponibilidade de recursos financeiros.

O não fazer configura **omissão ilegal**.

Ex. 1. a)

Ex.: art. 49 da Lei n. 9.784/99: fixa prazo de 30 (trinta) dias para a

projeto de obra pública;
Ex. 2. b) construção de hidroelétrica;
Ex. 3. c) reforma de estradas etc.

Administração Pública proferir decisão após concluída a instrução do processo administrativo. Se não o fizer, violará – por omissão – o texto legal.

Incidência da moderna *doutrina da reserva do possível*: A Administração

Cabe ao interessado exigir da autoridade omissa conduta positiva caso

Pública faz apenas o que é possível.

positiva caso haja a inobservância da regra legal.

A possibilidade que o interessado tem de exigir da autoridade uma conduta positiva em razão da omissão decorre do **poder-dever** de agir atribuído aos administradores públicos (consequência dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, e da própria teoria do órgão ou da imputação). Inclusive, podendo o agente omissor ser responsabilizado civil, penal e administrativamente (ex. 1: desídia se assim previsto no Estatuto Funcional ou; ex. 2: improbidade administrativa nos termos do art. 11, II, da Lei n. 8.429/92).

Mas de quais maneiras poderá o interessado exigir do administrador uma conduta positiva?

- Em caso de resistência da autoridade administrativa em não cumprir a determinação legal, será possível ao interessado valer-se da **via judicial** postulando seja o omissor condenado ao cumprimento de **obrigação de fazer**.
- Omissões administrativas poderão ser objeto de **reclamação** perante STF (nas hipóteses de contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de enunciado de súmula vinculante) desde que o interessado tenha esgotado anteriormente as instâncias administrativas

2.2 Limites ao poder do administrador

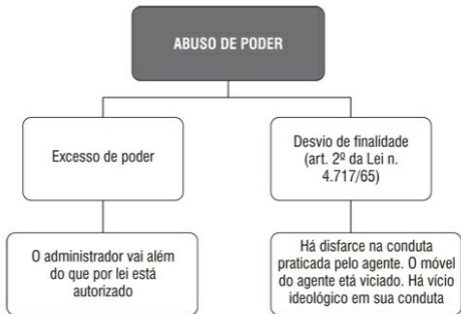
2.2.1 Observância ao princípio da legalidade

O administrador só pode fazer o que a lei manda ou determinada, estando inteiramente subordinado aos ditames legais. Aliás, se o administrador extrapolar os limites legais, poderá ser responsabilizado.

Sempre que o administrador extrapolar os limites legais, de forma desproporcional haverá **abuso**.

O abuso manifesta-se de duas maneiras: a) excesso de poder; b) desvio de finalidade (ou desvio de poder).

Esquematizando



Assim, haverá excesso de poder quando o delegado de polícia além de prender aquele que cometeu ilícito penal, tortura o preso conferindo-lhe tratamento desumano ou degradante.

Haverá abuso de poder na modalidade desvio de finalidade quando houver prática de fim diverso daquele que a lei permitiu. Ex. 1: desapropriação realizada com o intuito de beneficiar alguém (violação, dentre outros, ao Princípio da Impessoalidade); ex. 2: fraude na licitação para prejudicar o inimigo.

A EC n. 45/2004 ao instituir o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, nada mais fez do que instituir **órgãos específicos** no combate ao abuso de poder cometido por integrantes, respectivamente, do Judiciário e do Ministério Público.

O desvio de finalidade é conduta melhor identificada nos atos discricionários – o que torna difícil a obtenção de prova efetiva do desvio.

Cretella Junior também reconhece a dificuldade de prova do desvio,

oferece então a noção de “**sintomas denunciadores do desvio de poder**”: qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato. O agente pratica o ato por motivo privado e não por razões de interesse público (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 44).

Configurado o abuso de poder, essa situação ficará sujeita a controle, tanto por parte da própria Administração Pública (no exercício de sua autotutela – Princípio da Autotutela) quanto por parte do Poder Judiciário, (ex.: Mandado de Segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, do Texto Constitucional), uma vez tratar-se de ilegalidade.

Aliás, em alguns casos, o abuso de poder constitui ilícito penal, conforme disciplina a Lei n. 4.898/65 ao fixar sanções para o agente da conduta abusiva.

2.2.2 Limite de competência

Se o agente público invadir atribuições de outro agente ou ainda exercer atividades que a lei não lhe conferiu cometerá abuso de poder na modalidade **excesso de poder**.

2.2.3 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Não é possível o administrador fazer uso imoderado dos meios para alcance de seus resultados. O atuar do administrador deve ser pautado em critérios equilibrados, sensatos, com bom-senso.

3. Poderes em espécie

Alguns autores afirmam que o que é vinculado e discricionário não é o poder, mas o ato decorrente deste poder. Por questões didáticas agruparemos o tema neste tópico.

3.1 Poder vinculado ou regrado

É a prerrogativa atribuída ao administrador que não lhe confere qualquer traço de liberdade. O agente público deve estar inteiramente preso ao enunciado da lei. Não comporta juízo de valores, de conveniência e de oportunidade. Ex.: aposentadoria compulsória aos 70 anos ao agente público nos termos do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

3.2 Poder discricionário

O agente está inteiramente preso ao enunciado da lei, porém, a lei não estabelece um único comportamento a ser adotado pelo administrador.

O administrador pode lançar mão de um juízo de valor, de um juízo de conveniência e oportunidade. Ex. 1: concessão de porte de armas; ex. 2: colocação de mesas e cadeiras na calçada defronte a bares e restaurantes (permissão de uso de bem público – calçada).

3.3 Poder disciplinar

É o instrumento, a prerrogativa utilizada pela Administração para aplicar sanção (ex. 1: demissão, ex. 2: suspensão, ex. 3: advertência) a um de seus agentes em razão da prática de uma infração disciplinar. Portanto, só poderá ser afetado por esse poder aquele que está no exercício de um mister público, de uma função pública.

Para a imposição da penalidade, haverá a abertura de processo administrativo ou sindicância, com contraditório e ampla defesa.

Com a Constituição de 1988 firmou-se entendimento de que não é possível punir o servidor com base no Princípio da Verdade Sabida. Este princípio autorizava o superior a punir de imediato seu subordinado sempre que aquele tivesse conhecimento pessoal do cometimento da infração: ex.: flagrar o subordinado cometendo infração configuraria situação apta a ensejar a punição do inferior, ainda que sem oportunidade de defender-se em contraditório e ampla defesa.

Hoje, não é possível a punição com base no Princípio da Verdade Sabida já que a Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV, trouxe o direito ao contraditório e ampla defesa inclusive no âmbito administrativo.

3.3.1 Discricionariedade no poder disciplinar

A *Doutrina* afirma que o poder disciplinar é discricionário. Essa discricionariedade não significa para a autoridade administrativa oportunidade de agir ou não agir, afinal, a autoridade administrativa, quando toma conhecimento de uma infração, **deve** dar início ao procedimento administrativo para apurar a referida infração.

Essa discricionariedade apontada poderá consistir em:

a) *Escolher a melhor pena para reprimir a infração cometida*: é comum em determinados casos a lei fixar mais de uma penalidade para a infração descrita na lei ou, ainda, estabelecer um *quantum* variável de prazo para uma penalidade de suspensão atribuída ao agente público.

A imposição da instauração do processo administrativo disciplinar é atividade **obrigatória e vinculada**, porém, se ao final do processo a penalidade aplicada for a de suspensão, a autoridade administrativa superior necessariamente deverá valorar o *quantum* de suspensão que será imposto – esta sim atividade discricionária.

b) *Valoração de conceitos vagos ou indeterminados*: é possível que a lei para se referir à infração utilize-se de conceitos pouco precisos. Ex.: será punido o servidor que cometer “falta grave”. Ora, tal juízo necessita de valoração que precise com exatidão a extensão do alcance de “falta grave”. Necessário a discricionariedade ao administrador para definição da ocorrência ou não de falta grave.

3.3.2 O Superior Tribunal de Justiça e a discricionariedade no poder disciplinar

O Ministro Relator Felix Fischer, no MS 12.927/DF, fixou entendimento no sentido de que inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que fixa sanção disciplinar. Fundamentou tal decisão com base na dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade.

Assim, inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, entendeu ser amplo o controle jurisdicional e não limitado a aspectos formais (MS 12.927/DF; Ministro Felix Fischer; Terceira Seção; DJ 12-2-2008).

3.4 Poder hierárquico (ou poder do hierarca nas expressões de Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, p. 150)

O poder hierárquico é o instrumento de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 124).

O poder hierárquico e o poder disciplinar caminham juntos, um não sobrevive sem o outro, uma vez que não há como aplicar sanção ao agente

público inferior se não houver uma relação hierárquica estabelecida.

Decorre do poder hierárquico a atribuição conferida ao agente de emitir ordens a um subordinado, a função de fiscalizar os atos e comportamentos dos agentes subalternos, a possibilidade de delegação e avocação de funções nos casos previstos expressamente em lei.

3.4.1 Situações em que a hierarquia não ocorre

Excepcionalmente não vigorará a hierarquia em algumas situações: a) se a competência for atribuída a um órgão colegiado em caráter exclusivo, não há que falar em hierarquia; b) da mesma forma esta hierarquia ficará afastada em se tratando de autoridades com poderes de emissão de parecer – como ocorre com os órgãos consultivos, por exemplo.

3.4.2 (Im)possibilidade de hierarquia entre os poderes

Em regra, entre os Poderes Judiciário e Legislativo não há que se falar em hierarquia quanto às suas funções institucionais típicas (julgar e legislar respectivamente).

Alguns autores, no entanto, entendem que, com a edição de súmula vinculante, haveria mitigação a esse princípio de que não há hierarquia uma vez que o magistrado estaria impedido de decidir em desacordo com o enunciado da súmula vinculante, sob pena de sofrer reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. E neste aspecto residiria a hierarquia.

3.5 Poder de polícia

O Estado deve sempre atuar pautado no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, isto é, o interesse do particular deve curvar-se diante do interesse coletivo. Temos aqui uma relação vertical em que há o interesse público se sobrepondo ao interesse particular.

O Estado, para buscar o interesse público, precisa ter mecanismos próprios para atingir os fins que colima. São verdadeiros **poderes ou prerrogativas** de direito público.

Sempre que houver a interferência da seara do particular objetivando o resguardo do interesse público, através da restrição de direitos individuais, fala-se em exercício do poder de polícia.

Na grande maioria dos países o instituto do “poder de polícia” é tratado sobre a titulação de **limitações administrativas à liberdade e à propriedade** em razão de críticas lançadas por Agustín Gordillo à expressão “poder de polícia” conforme comenta Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 808).

3.5.1 Enfoques do poder de polícia

O poder de polícia pode ser analisado sob dois enfoques: a) sentido amplo; b) sentido restrito. Vejamos:

- a) *Poder de polícia em sentido amplo*: engloba toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, abarcando atos do Executivo e do Legislativo, nos termos do art. 5º, II, da Constituição: “ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.
- b) *Poder de polícia em sentido estrito*: é a atividade administrativa exercida pelos agentes da Administração no sentido de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos em nome do interesse público.

Abarca apenas e tão somente os atos do Executivo, isto é, os atos tipicamente administrativos. Neste sentido, já pressupomos a preexistência de lei para que os administradores imponham a disciplina e as restrições aos direitos dos indivíduos.

Para complementar

Na jurisprudência prevalece o entendimento de que só será legítima a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, se o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa (STJ, REsp 720.337/AL, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 16-9-2008).

Não se admite a tipificação ou penalização por analogia. A aplicação de penalidades está sujeita ao Princípio da Legalidade Estrita de forma que a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei (STJ, RMS 21.922/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 21-6-2007).

3.5.2 Conceituações

Poder de polícia é 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 (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 70).

Consiste na faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 134). Figura como mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual.

O poder de polícia encontra definição também no art. 78 do Código Tributário Nacional, entendido como atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos demais direitos individuais e coletivos.

O Código Tributário Nacional define poder de polícia, já que tal atividade administrativa está sujeita a cobrança de taxa nos termos do art. 77 do CTN, desde que haja efetivo exercício do poder de polícia. Em não havendo o efetivo exercício do poder de polícia não há que se falar em cobrança de taxa.

Não confunda taxa com tarifa. Esta é adequada para remunerar serviços públicos econômicos (Ex.: os executados por concessionárias e permissionárias de serviços públicos tais como os de energia, transportes, linhas telefônicas). Inclusive, é ilícito o ato administrativo que institui tarifa para remuneração de poder de polícia (STF, ADI 2.247, Rel. Min. Ilmar Galvão, 13-2-2000, *Informativo 202*).

O caso concreto decidido na ADI 2.247 envolveu o Ibama, que criou preço por meio de portaria – embora a hipótese retratasse situação decorrente do exercício do poder de polícia. O STF indeferiu medida liminar para suspender a eficácia dessa portaria, ante a plausibilidade jurídica da tese mediante a qual a hipótese era de taxa a ser criada por lei.

3.5.3 Características do ato de polícia

O ato de polícia é editado pela Administração Pública

A atividade administrativa desenvolvida pelo Poder Público ora estabelece **determinações** no sentido de ser a vontade administrativa impositiva aos indivíduos – obrigando-os a um *facere* ou a um *non facere* –, ora representa **consentimentos** – a Administração Pública emite uma resposta positiva ao pedido formulado pelo administrado.

Os **atos de consentimento** são as licenças (ato vinculado), as autorizações (ato discricionário), por exemplo. Normalmente esses atos possuem como forma o alvará (alvará de licença, alvará de autorização), mas existem outros instrumentos que formalizam esses consentimentos, tais como as carteiras, as declarações, os certificados. Exemplificando: a autorização para que alguém mantenha arma de fogo em casa é formalizada, nos termos no art. 5º da Lei n. 10.826/2003, pelo certificado de registro de arma de fogo.

A atividade administrativa manifesta-se através de **atos normativos**; ora pela prática de **atos concretos**, ora ainda por **atos de fiscalização**.

Os **atos normativos** são gerais, abstratos, impessoais, são determinações impostas através de atos com natureza regulamentar como os regulamentos, decretos, portarias, resoluções, instruções.

Os **atos concretos** possuem destinatários determinados e identificados. Ex. 1: aplicação de multa àquele que estacionou em local proibido; ex. 2: expedição de alvará de licença ao administrado que preenche os requisitos legais; ex. 3: emissão de autorizações para estacionamento; ex. 4: interdição de atividade não licenciada; ex. 5: apreensão de mercadorias deterioradas e impróprias ao consumo; ex. 6: o embargo de obra que não obedece ao ato de aprovação etc.

Por fim, os **atos de fiscalização** que possuem a função tanto de a) prevenir a ocorrência de danos quanto de b) aplicar sanções aos transgressores das normas de polícia.

- a) *Atos preventivos de fiscalização*: ex. 1: agentes administrativos fiscalizando a adequação de restaurantes, bares e lanchonetes com as determinações impostas pela vigilância sanitária; ex. 2: a fiscalização de construções quanto à observância das regras de segurança, higiene e habitabilidade; ex. 3: fiscalização de atividades (caça, pesca, fauna, comércio).
- b) *Atos repressivos de fiscalização*: ex.: uma vez verificada a construção clandestina em logradouro público, a Administração determinará sua demolição (sem direito à indenização pelo Município de eventuais benfeitorias e sem direito à retenção) – vide STJ, REsp 111.670/PE, Rel.

Fundamenta-se num vínculo geral entre a Administração Pública e os administrados

O exercício de polícia administrativa consiste em exercer autoridade nos termos delimitados em lei. Esta autoridade é exercida indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos aos impérios desta lei – daí o surgimento da **supremacia geral**. Em resumo, consiste na supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos praticados pela Administração Pública.

Não é necessário que haja uma relação jurídica constituída entre o particular e a Administração. Aliás, se existir esta relação, haverá uma supremacia especial e, desta forma, estará afastada a incidência do poder de polícia.

Supremacia especial é a relação e o vínculo existentes entre agentes públicos e a Administração Pública ou ainda entre aqueles (contratados) que celebram contratos administrativos com a Administração. Estão fora do campo da polícia administrativa os atos que afetam usuários de um serviço público ou ainda concessionários de serviço público uma vez que estas relações são essencialmente formadas por meio de um estado especial de sujeição do indivíduo.

Exemplificando e diferenciando esses vínculos (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 128; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 813).

Supremacia

Supremacia especial –
situações que se fundamentam em privilégios ou

geral –
determinações
que incidem
para todos os
indivíduos
indistintamente.

vínculos
especiais da
Administração
Pública sobre os
administrados
(normalmente
são situações
decorrentes de
um estatuto ou
contrato).

Ex. 1: Proibição
de construções
verticais acima
da altura fixada
por determinado
Estatuto da

Ex. 1: Atos que
impõe restrições
ao servidor
público no
sentido de
obrigá-lo a
trabalhar

| Cidade. | uniformizado. |
|--|---|
| <p>Ex. 2: Obrigatoriedade aos administrados em observarem determinado recuo de construção.</p> | <p>Ex. 2: Imposições atribuídas ao concessionário como decorrência do contrato de concessão de serviços públicos: obrigação de mencionar certos dizeres no ônibus de transporte</p> |

coletivo.

Ex. 3:
Imposição de
denunciar
determinada
doença
contagiosa.

Ex. 3: Ato de retirar invasores dos edifícios públicos e de áreas públicas, tais como praças, ruas, estradas, rodovias e vielas. Não se trata de exercício do poder de polícia. Tal ato consubstancia defesa do

| | |
|--|--|
| | patrimônio público. |
| Ex. 4: Proibição de manutenção de certos animais na zona urbana. | Ex. 4: Situação dos matriculados em escolas ou faculdades públicas e penalidades impostas tais como suspensão ao aluno que atirou contra o ventilador uma pedra. |
| | Ex. 5: Situação dos inscritos em |

Ex. 5: Proibição de promover determinada lavoura em certa localidade.

bibliotecas públicas que devolvem o livro com atraso e, como consequência da inobservância das regras da biblioteca, precisam pagar multa.

Ex. 6: Situação dos internados em hospitais públicos, asilos ou estabelecimentos

Ex. 6: Fixação de limite máximo de velocidade em certa rodovia.

penais. O mero fato de tais estabelecimentos fixarem horário de visitas não manifesta exercício do poder de polícia. São apenas normas internas dos respectivos estabelecimentos relativas apenas às pessoas ali envolvidas.

Ex. 7: Exigênci

Ex. 7:
Autorização
para porte de
arma de fogo.

imposta pelo
Poder
Permitente ao
permissionário
de uso de bem
público para qu
abra a cantina e
atenda aos
alunos aos
sábados até o
horário do
meio-dia. Não
poder de políci
uma vez que nã
está fundado em
vínculo geral.

Nessas situações em que vislumbramos supremacia especial, impossível, inviável e inadequado que todas as disposições, restrições e determinações expedidas pudessem estar assentadas em lei em sentido estrito. E, por essa razão e da existência de relação jurídica constituída, não há que se falar em poder de polícia ante a falta de supremacia geral (principalmente as *Doutrinas* alemã, italiana e espanhola que diferenciam conceitualmente a supremacia geral da especial).

Almeja alcançar o interesse público e social

Incide sobre a liberdade e a propriedade

A liberdade e a propriedade sempre são direitos condicionados. Não há direitos individuais absolutos, podendo ser relativizados quando não estiverem subordinados aos interesses coletivos.

A polícia administrativa está inserida no âmbito de atuação da função administrativa, realizando atividades de gestão dos interesses públicos

Só há uma **polícia administrativa**, porém, diversos os **setores** de atuação de suas normas: polícia edilícia (ou de construções); polícia sanitária – que objetiva proteger a saúde pública; polícia de trânsito e tráfego – responsável pela segurança e manutenção da ordem nas estradas; polícia de profissões; polícia do meio ambiente; polícia de caça e pesca – cujo principal objetivo é a proteção da fauna terrestre e aquática; polícia de diversões públicas – voltada à defesa dos valores sociais; polícia florestal; polícia de pesos e medidas – atuante na fiscalização dos pesos e medidas de mercadorias postas ao consumo da população; polícia de água – comprometida com a não poluição das águas; polícia da atmosfera – preocupa-se em evitar a deterioração do ar; polícia funerária – voltada ao transporte e enterro de cadáveres.

A polícia administrativa não se confunde com a polícia judiciária.

Distinções

ADMINISTRATIVA**JUDICIÁ**

Exerce função administrativa de realização de atividades de interesses coletivos.

Exerce função administrativa de realização de atividades de interesses coletivos. Prepara a atuação da função jurisdicional penal.

Incide sobre o indivíduo quem se atribui a

Incide sobre
atividades dos
indivíduos.

prática de
ilícito per
apurando-
conduzinc
Judiciáric
infratores
ordename
jurídico e
para, se fo
caso,
possibilit
que o
Ministério
Público
providenc
propositu
ação pena

| | |
|--|---|
| | cabível. |
| Executada por órgãos administrativos – principalmente com função fiscalizatória. | Executada por órgãos de segurança (Ex.: polícia civil). |
| Objeto: liberdade e propriedade. | Objeto: pessoas. |
| Rege-se por normas administrativas. | Rege-se por normas processuais penais. |
| Ex. 1: agentes administrativos executando serviço de fiscalização | Ex.: agente |

de fiscalização em atividades de comércio ou em locais proibidos para menores. Ex. 2: agentes administrativos fiscalizando a adequação das condições de alimentos para consumo ou ainda as atividades realizadas em parques florestais.

de polícia investigar prática de crime, ouvindo testemunhas realizando inspeções locais e documentar determina

O exercício da atividade de polícia administrativa é atividade que se submete à lei

A atividade de polícia ora se efetiva com a prática de atos administrativos vinculados (quando a Administração Pública licencia uma construção, expedindo alvará de licença), ora se efetiva com a prática de atos

discricionários (quando a Administração concede a alguém autorização para porte de arma de fogo).

Sempre que houver abuso no exercício da atividade de polícia administrativa os atos administrativos poderão ser controlados. Esse controle poderá ocorrer tanto na **seara administrativa**, através da interposição de recursos administrativos, tal como o recurso hierárquico; quanto na **seara judicial** (através do mandado de segurança, da ação civil pública, da ação popular, por exemplo).

Se o exercício do poder de polícia fundar-se em lei inconstitucional, ilegítimos serão os atos administrativos praticados. Não existe poder de polícia legítimo se ilegítima for a lei que lhe deu suporte. Nesse sentido a decisão do **STF na ADI 1.856 e no mesmo sentido na ADI 2.514**.

Na ADI 1856 (notícia de 26 de maio de 2011) o STF decidiu pela inconstitucionalidade de lei fluminense (Lei n. 2.895/98) que autorizava e disciplinava a competição entre “galos combatentes”. O Procurador-geral da República, em ADI proposta perante o STF, alegou que referida lei afrontaria o art. 225, *caput*, § 1º, VII da Constituição: ao Poder Público incumbe preservar o meio ambiente e vedar quaisquer práticas que submetam os animais a crueldades. No mesmo sentido a prática da “farra de boi” (STF, RE 153.531; STF, ADI 2.514; STF, ADI 3.776).

Na ADI 1.856 o Ministro Celso de Mello, em seu voto, manifestou-se no sentido de que a briga de galo não é prática desportiva ou manifestação cultural folclórica, vez que submete os animais a um mal desnecessário. O Ministro Ayres Britto firmou posicionamento no sentido de que o Texto Constitucional repele a execução de animais, sob o prazer mórbido, vez que esta prática constitui tortura (art. 5º, III). O Ministro Cezar Peluso asseverou que a questão em pauta ofende também a dignidade humana já que implica estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano. Já o Ministro Marco Aurélio verificou a existência de vício de inconstitucionalidade formal na lei fluminense, uma vez que o trato da matéria deveria ser de âmbito federal.

Desta forma, a ADI 1.856 foi julgada procedente pela unanimidade dos ministros da Corte por padecer de vícios de inconstitucionalidade.

O ato de polícia, para ser válido, necessita respeitar os requisitos do ato administrativo (forma, finalidade, competência, motivo e objeto) e a proporcionalidade para sua prática – a coerção não pode ser utilizada de forma desnecessária, devendo existir sempre uma proporcionalidade entre os meios e

os fins da atividade administrativa, sob pena de configuração de abuso de poder.

Assim, haverá desproporcionalidade no ato de prisão de motorista que não portava carteira de habilitação, vez que seria suficiente a apreensão de seu veículo; haverá ainda desproporcionalidade no ato de proibição de espetáculo teatral quando for equilibrado e razoável apenas a fixação de limite de idade mínimo para ingresso dos espectadores; por fim, mostra-se desproporcional a interdição da totalidade da indústria em razão da existência de apenas um maquinário poluente da atmosfera, bastando apenas a interdição deste forno poluente.

Competência para exercício do poder de polícia

Normalmente a quem a Constituição Federal confere o poder de regular a matéria é o competente para exercer o poder de polícia.

O sistema de competências envolve três graus: o federal, o estadual e o municipal. Assuntos de interesse nacional estão sujeitos à regulamentação e ao policiamento da União; interesse regional, sujeitos à regulamentação e ao policiamento pela polícia estadual. Por fim, assuntos de interesse local subordinam-se ao policiamento administrativo municipal.

Residualmente, em não sendo o exercício da polícia administrativa de atribuição do Município ou da União, será dos Estados-membros, salvo se couber tal atribuição ao Distrito Federal.

Existem, ainda, hipóteses de competência concorrente, quando haverá o exercício conjunto do poder de polícia, num sistema de gestão associada – art. 241 da Constituição Federal, por pessoas de nível federativo diverso.

Especificamente sobre o tema competência, o STJ determinou (Súmula 19) a fixação de horário bancário, para atendimento ao público, como atribuição da União, ao passo que, o STF (Súmula 645) fixou como competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

O STF, no RE 240.406/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, (*vide Informativo* 332 do STF) fixou a competência municipal (por ser interesse local a segurança de usuários – nos termos do art. 30, inciso I, do Texto Constitucional) para impor a bancos a obrigação de instalação de portas eletrônicas com detectores de metais, travamento e vidros à prova de balas.

É necessário seja feita uma análise cuidadosa do caso concreto, de modo a respeitar o sistema constitucional de competências.

Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 130) menciona ainda o exercício do poder de polícia na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, nas Assembleias Legislativas dos Estados, na Câmara do Distrito Federal, na Câmara de Vereadores, nos Tribunais Judiciais e nos Tribunais de Contas, conferindo a tais órgãos o poder de legislar acerca do ingresso e da utilização de suas dependências e, assim, atribuindo-lhes o exercício do poder de polícia.

Ainda, em notícia veiculada aos 19 de setembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconhece a repercussão geral, por meio do “Plenário Virtual”, no que tange à possibilidade de guarda municipal aplicar multa de trânsito. A matéria consta do RE 637.539, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O recurso foi proposto pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão do Tribunal de Justiça do estado (TJ/RJ), que considerou não ser atribuição da guarda municipal a aplicação de multa de trânsito, tendo em vista o disposto no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, que estabelece que os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Para o TJ/RJ, os Municípios não têm poder de polícia de segurança pública e, por conseguinte, as autuações de trânsito lavradas pelos guardas municipais cariocas são nulas de pleno direito.

Mais, neste RE 637.539, o Município sustenta que a segurança e a fiscalização do trânsito incluem-se no chamado “interesse local”, previsto no art. 30, inciso I, da Constituição: “compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local”. O Município enfatiza também a importância do pronunciamento do STF sobre a questão nos âmbitos social, político e jurídico, “haja vista estar em jogo a autonomia municipal e a possibilidade de desautorizar-se a polícia de trânsito local e, com isso, permitir-se a impunidade de um sem-número de motoristas.” O RE ainda não foi julgado.

Atributos do poder de polícia

Os atributos do poder de polícia são: a) discricionariedade; b) autoexecutoriedade e c) coercibilidade.

a) *Discricionariedade* é traço marcante na maioria dos atos de polícia, porém não se trata de atributo absoluto.

Em regra, os atos de polícia necessitam de um juízo de valor (conveniência ou oportunidade) para sua aplicação.

Alguns atos de polícia não são discricionários. É o caso da licença para

construir (ato vinculado).

Questiona-se acerca da possibilidade de revogação de uma licença em razão da falta de conveniência. Prevalece o entendimento de que, pelo fato da licença ser ato vinculado – e sobre atos vinculados não ser possível juízo de valor por parte do administrador – não haveria que se falar em conveniência e oportunidade e, conseqüentemente, em revogação: não se admite revogação de atos vinculados.

O STF entende ser possível a revogação de uma licença para construir apenas quando a obra não se iniciou. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, como licença é ato vinculado, não seria possível falar em sua revogação, mas, se o Poder Público quiser revogar um ato vinculado, a melhor solução será a **desapropriação do direito de licença**, com direito à indenização ao proprietário.

b) *Autoexecutoriedade* significa que a Administração Pública, até como observância ao Princípio da Eficiência e da Supremacia do Interesse Público, realiza os seus atos independentemente da presença e autorização do Judiciário.

A Administração Pública promove imediatamente, por seus próprios meios (humanos, materiais), a submissão integral do administrado àquelas determinações editadas, sem necessidade de recorrer a qualquer outro poder para isso. Quando apreende bens impróprios e nocivos ao consumo da população ou ainda quando interdita estabelecimentos poluentes da atmosfera, ele o faz como consequência do atributo da autoexecutoriedade.

Este atributo possui duas vertentes: a **exigibilidade** e a **executoriedade**. A exigibilidade consiste no ato decisório realizado pela Administração que tem o escopo de direcionar todos os demais atos subsequentes. Consiste na decisão de aplicar a multa sanitária àquele que está em desacordo com tais determinações, consiste em decidir aplicar a multa de trânsito quando o administrado dirige acima do limite de velocidade regulamentado.

Todo ato de polícia possui a exigibilidade já que pressuposto de qualquer ação da Administração Pública.

Entretanto, a cobrança da multa apenas poderá ser efetivamente concretizada na via judicial através de ação própria. Na cobrança da multa não está presente a autoexecutoriedade, vez que não autoriza imediata ação e execução pela Administração Pública.

A **executoriedade** consiste na execução direta dos atos de polícia através

de meios próprios de coerção conferidos à Administração Pública. Nem todos os atos de polícia são dotados da executividade. Este atributo só existe se houver previsão em lei ou em caso de urgência.

- c) O atributo da **coercibilidade** aparece sempre que o ato constituir uma obrigação ao administrado. Decorre da imperatividade dos atos administrativos assim como do *ius imperii* estatal, corolário do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, no sentido de obrigar todos observarem os comandos ditados pelo Estado.

Sanção administrativa

Sanção administrativa consiste no ato punitivo resultante do cometimento de uma infração administrativa, quando desobedecidos os pressupostos legais para o caso.

Para que haja a aplicação dessas sanções, exige-se assegurar ao infrator oportunidade de contraditório e ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, do Texto Constitucional.

Se esta sanção decorrer do exercício do poder de polícia especificamente, fala-se em sanção de polícia.

As sanções que possibilitam tornar efetivas as medidas de polícia são impostas ou fixadas por lei, tais como a multa; a interdição de atividades; a demolição de prédios construídos em desacordo com as determinações legais ou regulamentares; a destruição de armas apreendidas; a inutilização de gênero alimentício impróprio ao consumo; o embargo de obra; a proibição de fabricar determinado produto que não preencha os requisitos legalmente fixados etc.

No âmbito da Administração Pública Federal (Direta ou Indireta), nos termos do art. 1º da Lei n. 9.873/99, o poder de aplicar sanções de polícia prescreve em cinco anos, contados da data da infração ou da data em que esta tiver cessado (em se tratando de infração continuada). Porém, tal determinação não se aplica no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tampouco às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

Da (im)possibilidade de delegação do poder de polícia

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 1.717/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Publicação 28-3-2003, “declarou inconstitucional dispositivo da Lei n.

9.469/98, que previa a delegação a entidades provadas do poder de fiscalização de profissões regulamentadas, fundando-se a decisão na indelegabilidade do poder de polícia”.

Não é possível a outorga a pessoas da iniciativa privada do exercício do poder de polícia vez que carecedoras do *ius imperii* necessário ao exercício deste poder.

A vedação também encontra respaldo na **Lei n. 11.079/2004**, que traz normas para o contrato de concessão especial – Parceria Público Privada – e fixou como diretriz obrigatória a indelegabilidade do exercício do poder de polícia.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 826) entende que essa delegação para particulares só poderia ocorrer em situações muito específicas, como é o caso dos capitães de navio, que outorgariam a particulares cometimentos tipicamente públicos relacionados à liberdade e à propriedade.

Admite-se, contudo, a delegação de atos materiais de polícia. Esses atos são atividades de mera execução de determinações anteriormente emanadas da própria Administração Pública. Assim, é possível que uma empresa privada realize o serviço de executar a demolição de uma obra clandestina. Porém, o decidir demolir a obra clandestina foi ato anterior e necessariamente emanado da autoridade administrativa.

Ainda, o STJ, no REsp 880.549/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 21-10-2008, (*vide Informativo* 373), decidiu que “o registro fotográfico da infração serve como base para a lavratura do auto de infração, cuja competência é exclusiva da autoridade de trânsito”. Ora, certos atos antecedentes do poder de polícia podem ser exercidos por particulares, mediante contrato de prestação, como é o caso do registro fotográfico de infração realizado, na maioria dos casos, por empresas privadas.

Atualidades sobre o poder de polícia

a) *Publicação*: 4-8-2011. Ação Ordinária 6776-84.2010.4.01.3400 – 17ª vara da Seção Judiciária do DF: criador de pássaros da fauna silvestre terá que pagar multa por manter animais em cativeiro sem autorização do Ibama.

A Advocacia-Geral da União (AGU) assegurou na Justiça a aplicação

de multas pelos fiscais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) contra criador de vinte e três pássaros da fauna silvestre que mantinha os animais em cativeiro sem autorização da autarquia ambiental em Brasília e em desacordo com o art. 70 da Lei n. 9.605/98 c.c. art. 24, § 3º, inciso III, do Decreto n. 6.514/2008, já que a criação de animais silvestres somente seria possível mediante o cumprimento das normas que regulamentam e restringem esta atividade (Portaria Ibama 177/97 e Instrução Normativa 169/2008).

A autarquia (Ibama) agiu em conformidade com sua missão institucional e no uso do poder de polícia que lhe é conferido pela legislação, tendo aplicado as multas observando os princípios da razoabilidade e legalidade.

b) *Publicação*: 9-8-2011. Ação Ordinária 2007.34.00.044511-9 – Seção Judiciária do Distrito Federal. Advocacia-Geral da União e Anvisa evitam comercialização do “Acerogrip C” por empresa que deixou de atender requisitos – exigidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) através da Lei n. 6.360/76 – para renovação de registro do medicamento (controle de legalidade sobre o registro de medicamentos).

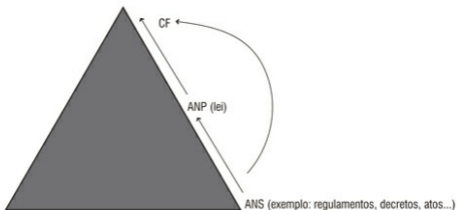
A Anvisa pode proibir a comercialização de medicamento (em razão do exercício do poder de polícia sanitária) capaz de ocasionar risco à saúde em cumprimento à sua missão institucional de proteger a saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária nos termos definidos nas Leis 6.360/76 e n. 9.782/99 e pelo Decreto n. 79.094/77, o que traduz fiel observância ao Princípio da Precaução.

3.6 Poder regulamentar

Os atos normativos podem ser primários ou secundários. Numa estrutura escalonada de normas, os atos normativos primários (ANP) buscam seu fundamento de validade na Constituição Federal de forma direta. As leis constituem atos de natureza primária, emanam diretamente da Constituição.

Os atos normativos secundários (ANS) buscam seu fundamento de validade nos atos normativos primários (ANP) e apenas indiretamente na Constituição Federal. O poder regulamentar é de natureza secundária (ou derivada): somente é exercido a luz de lei preexistente.

Esquematisando



O poder regulamentar (ANS) é subjacente à lei e pressupõe a existência da lei (ANP).

As leis (de caráter geral e abstrato) ao serem editadas pelo Poder Legislativo, nem sempre podem ser imediatamente executadas. Cabe, então, à Administração Pública criar mecanismos de **complementação** das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 53) existem diversos graus de regulamentação. Os atos de regulamentação de **primeiro grau** tem o condão de regulamentar a lei. Já os atos de regulamentação de **segundo grau** tem o escopo de regulamentar os atos de regulamentação de primeiro grau, que, por sua vez, regulamentam a lei.

As instruções expedidas pelos Ministros de Estado (art. 87, parágrafo único, II, da Constituição) podem regulamentar as leis (atos de regulamentação de primeiro grau), ou ainda podem regulamentar decretos e regulamentos (atos de regulamentação de segundo grau).

Resumindo e concluindo

O poder regulamentar possibilita ao administrador regulamentar, normatizar, disciplinar matéria prevista em lei, viabilizando sua complementação e garantindo sua correta execução e aplicação.

3.6.1 Poder regulamentar e mandado de injunção

Existe uma relação entre lei e poder regulamentar encontrada na figura do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição). O mandado de injunção permite que o Judiciário declare a inércia do órgão ou agente incumbido da regulamentação da norma, o que assegura ao indivíduo a possibilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais de que seja titular. Muitas vezes a inviabilidade do exercício do direito decorre ante a falta de atuação positiva por parte do poder regulamentar.

A regra legal que autoriza o chefe do Executivo a regulamentar a lei deverá apontar prazo para ser expedido o ato de regulamentação, já que a lei não se torna exequível enquanto não for editado o ato regulamentar. Neste caso, o ato regulamentar configura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei. Os efeitos da lei ficam suspensos, e apenas com o advento do ato de regulamentação a lei terá aplicabilidade.

Por se tratar de um **poder-dever** de agir, o Executivo não pode eximir-se de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinalado. A omissão regulamentadora é inconstitucional, pois seria o mesmo que atribuir ao Executivo legislação negativa, isto é, permitir que a inércia do Executivo tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que ofenderia a estrutura de Poderes da República do art. 2º do Texto Constitucional (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 57).

Ultrapassado o prazo de regulamentação sem que o Executivo expeça o respectivo decreto ou regulamento, a lei deve tornar-se exequível e aplicada, a fim de que a vontade do legislador não se torne inócua e eternamente condicionada à vontade do administrador (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 132).

Os titulares de direitos previstos na lei, com vistas a obter do Judiciário decisão que lhes permita o exercício do direito, encontram, por exemplo, no **mandado de injunção**, tal oportunidade.

3.6.2 Formalização do poder regulamentar

Nos termos do art. 84, inciso IV, do Texto Constitucional, compete privativamente ao Presidente da República a expedição de decretos e regulamentos para fiel execução das leis. O poder de elaboração deste regulamento executivo ou de execução, pelo Princípio da Simetria Constitucional, também é conferido a outros chefes do Poder Executivo, tais como Governadores e Prefeitos.

Outros atos normativos, editados por autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no âmbito do poder regulamentar: **instruções normativas** expedidas por Ministros e Secretários; **resoluções**; **portarias**; **circulares** emanadas do chefe da Seção; **editais**; **regimentos** expedidos por órgãos colegiados.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 78) sugere nome mais técnico ao instituto vez que não limitado apenas à edição de regulamentos. Fala-se, então, em “poder normativo”: o exercício do poder regulamentar transcende a ideia única de expedição de regulamentos, abarcando outros atos de igual natureza derivada e secundária.

3.6.3 Limites conferidos ao poder regulamentar

Não cabe ao poder regulamentar editar atos *contra legem*, sob pena de sobre este ato ser realizado controle de legalidade que poderá culminar em sua invalidação. Deve, ao contrário, atuar *secundum legem*, isto é, em conformidade com a lei e dentro de seus estritos limites.

Para complementar

Se inconstitucionalidade no ato regulamentar existir, será classificada na *Doutrina* constitucionalista como **indireta reflexa** – o que impossibilita seu controle pela via direta. Foi o decidido pelo STF na ADI 2.398/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 4-10-2006:

“(…) esta Corte já fixou entendimento de que no sistema de controle abstrato de normas não cabe ação direta de inconstitucionalidade para o exame de ato regulamentar de lei (ADI 2.190, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 17-11-2000), como pode ver-se, entre outros, a estes julgados exemplares: ‘ora, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de *não admitir Ação Direta de Inconstitucionalidade que impugne ato normativo não autônomo, meramente regulamentar de lei, pois se vier a exorbitar os limites desta, incidirá em vício de ilegalidade, cujo controle jurisdicional se faz pelas vias do sistema difuso. E não no concentrado de constitucionalidade atribuído a este Corte* (...). (...) em certos casos, o regulamento pode ser acoimado de inconstitucional: no caso, por exemplo, de não existir lei

que o preceda, ou no caso de o Chefe do Poder Executivo pretender regulamentar lei não regulamentável. Todavia, existindo lei, extrapolando o regulamento o conteúdo desta, o caso é de ilegalidade (...)”.

De fato, em alguns casos a Constituição autoriza alguns órgãos a produzirem atos regulamentares com natureza primária assim como as leis, e estes atos encontram seu fundamento de validade diretamente na Constituição Federal. É o caso do art. 103-B, § 4º, I, do Texto Constitucional, que atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de expedição de atos regulamentares no âmbito de sua competência ou a recomendação de providências. No mesmo sentido a competência atribuída ao Conselho Nacional do Ministério Público: art. 130-A, § 2º, I, da Constituição.

Referidos “atos regulamentares”, de natureza autônoma e primária, não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar vez que seu escopo é regulamentar a própria Constituição (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 52).

Não poderá a Administração Pública, a pretexto de complementar a lei, alterá-la. Aliás, se alterar a lei haverá abuso de poder regulamentar por invasão de competência do Legislativo, cabendo ao Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso V, do Texto Constitucional, sustar os atos normativos que extrapolem os limites do poder regulamentar.

Trata-se de controle externo realizado pelo Legislativo, através do Congresso Nacional, do atos praticados pelo Executivo: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

3.6.4 Modelo atual do poder regulamentar (trazido por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 54)

O poder regulamentar tem por finalidade complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional e, ainda, criar normas técnicas não contidas na lei – como ocorre com a atuação das autarquias de regime especial denominadas agências reguladoras.

As agências reguladoras, em razão de determinação do legislador, têm a função de criar normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais.

É o caso da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) que estabelece critérios técnicos relacionados a energia elétrica. No mesmo sentido a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), fixando normas técnicas acerca do regramento das telecomunicações.

3.6.5 Regulamentos autônomos ou independentes

São atos destinados a tratar de matérias que não podem ser tratadas por lei, por serem postas exclusivamente à disciplina do Poder Executivo.

Assim, fixa-se um campo reservado de matérias que a lei não pode tratar. São matérias tidas como atos normativos exclusivos do Poder Executivo.

Sob a égide da Constituição de 1967 os administrativistas sustentam a existência de regulamentos autônomos ou independentes no Brasil: ao Presidente da República era atribuída competência para dispor, mediante **decreto**, sobre a **estruturação, atribuições e funcionamento** dos órgãos da Administração Pública Federal.

Com a dicção fixada pela Constituição de 1988 em sua redação originária (art. 84, VI), suprimiu-se a autonomia normativa atribuída ao Presidente da República, atribuindo-lhe competência para dispor, **na forma da lei**, sobre **organização e funcionamento** da Administração Pública Federal – ora, se tal atribuição deveria ser realizada e condicionada na “forma da lei”, esse ato regulamentar seria o denominado decreto executivo ou de execução e não o regulamento autônomo ou independente.

Acontece que a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, modificou o art. 84, inciso VI, suprimindo a expressão “na forma da lei”, e, a partir daí, alguns administrativistas passaram a ver a situação como consagradora dos regulamentos autônomos ou independentes (art. 84, VI, *a e b*, do Texto Constitucional).

Estabelece o referido artigo que compete ao Presidente da República, competência para “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Apesar da redação advinda pela EC n. 32/2001, o tema padece de severas divergências doutrinária acerca da possibilidade de o Executivo editar decreto regulamentar autônomo.

No direito alienígena, isto é, nos países que admitem a existência do regulamento autônomo ou independente, existem, em suas Constituições, dispositivos expressos proibindo que seja determinado assunto tratado por lei. No Brasil, entretanto, inexistente dispositivo constitucional nesse sentido.

Esquematizando

| CONSTITUIÇÃO DE 1967 | REDAÇÃO ORIGINÁRIA DA CF/88 (10-1988) |
|---|---|
| Competência ao Presidente da República pra dispor, mediante Decreto , sobre: | Competência atribuída ao Presidente da República, na forma da lei para dispor sobre: |
| | |

**Estruturação
Atribuições
Funcionamento
Dos órgãos da
Administração
Pública federal**

**Organizaçã
Funcioname
Dos órgãos
Administraç
Pública fede
(art. 84, VI)**

| | |
|--|--|
| | |
| <p>Possibilidade de regulamentos autônomos ou independentes.</p> | <p>Impossibilidade de regulamentos autônomos ou independentes.</p> |

a) **Maria Sylvia Zanella di Pietro** (*Direito administrativo*, p. 80) entende que a hipótese do art. 84, inciso VI, alínea *a*, da Constituição é hipótese que impede que lei trate da organização e funcionamento da Administração Federal, e, se é assim, seria hipótese consagradora dos regulamentos autônomos ou independentes. Ressalva que a criação e a extinção de Ministérios e órgãos da Administração continuam a depender de lei, conforme fixa o art. 88 do Texto Constitucional (alterado pela EC n. 32/2001).

Já o art. 84, inciso VI, alínea *b*, não se enquadra na função regulamentar autônoma ou independente: a extinção de cargos públicos quando vagos é típico ato concreto por delimitar qual o cargo que será extinto, e regulamento é ato abstrato.

b) **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*Curso de direito administrativo*, p. 335-337) refuta a ideia de que o art. 84, inciso VI, trate dos regulamentos autônomos ou independentes.

Na hipótese do art. 84, inciso VI, alínea *a*, se o chefe do Executivo está impedido de criar ou extinguir órgão, nem pode determinar qualquer coisa que implique aumento de despesas, o que então poderia estabelecer acerca da

organização e do funcionamento da Administração Pública Federal? Incumbiria ao chefe do Executivo apenas reestruturar alguma competência interna da Administração Federal, antes já criada por lei. E, se já existe lei preexistente, o art. 84, inciso VI, alínea *a*, cuida do regulamento executivo ou de execução.

O art. 84, inciso VI, alínea *b*, não poderia ser hipótese de regulamento autônomo ou independente. Como observância ao Princípio do Paralelismo de Formas, se um cargo público é criado por lei, da mesma forma deveria ser extinto. Como então permitir ao Executivo a expedição de um ato concreto para extinção de um cargo vago, se cargos públicos são criados por lei?

O decreto autônomo estaria fazendo o papel de “substituto” da lei, mitigando a conjugação de vontades e de interesses existentes quando da promulgação de uma lei, omitindo etapas e participação de votação democrática, quebrando a confiabilidade, a imparcialidade e a controlabilidade existentes no processo legislativo já que seria dado ao chefe do Executivo a possibilidade de, por decreto regulamentar autônomo, suprimir interesses de muitos.

O referido autor entende que o verdadeiro regulamento autônomo ou independente, de origem no direito europeu, trataria apenas de assuntos específicos atribuídos exclusivamente ao Executivo. No direito europeu, com o enfraquecimento das monarquias, retirou-se o Poder Legislativo dos Monarcas, transferindo-o para o Parlamento. Assuntos de Administração não eram matérias de lei, sendo tratadas pelas “ordenanças”. A lei tinha a função de disciplinar a liberdade e a propriedade. Já na França, algumas questões só podiam ser tratadas por lei, ao passo que outros assuntos só poderiam ser normatizados pelo Executivo (segurança pública na França, por exemplo). Estes assuntos exclusivamente tratados pelo Executivo que corroboravam a ideia de “regulamento autônomo ou independente”.

c) **José dos Santos Carvalho Filho** não aceita os regulamentos autônomos ou independentes (*Manual de direito administrativo*, p. 58).

Para o referido autor, para que seja regulamento autônomo é necessário que o ato possa criar ou extinguir primariamente direitos e obrigações sem a existência de lei prévia.

Em nosso ordenamento não seria possível a existência de atos dessa natureza por violação ao art. 5º, inciso II, do Texto Constitucional, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações.

Ainda, atos de mera organização e funcionamento da Administração,

mesmo que tenham cunho normativo, são meros **atos ordinários** e não se confundem com os decretos ou regulamentos. Há outros vários atos, além do decreto, incumbidos da **organização** e do **funcionamento** da Administração: avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço – sendo a diferença entre eles a maior ou menor amplitude de seu objeto.

d) **Marçal Justen Filho** (Curso de direito administrativo, p. 150-151), no mesmo sentido.

Decretos e regulamentos, enquanto atos administrativos, não se confundem com decreto oriundo do exercício de função política da competência do Presidente da República (tais como o decreto de intervenção, de Estado de Defesa – art. 136, § 1º, da Constituição Federal –, Estado de Sítio – art. 138 do Texto Constitucional), que são atos políticos e de natureza primária emanados diretamente da Constituição.

e) **Hely Lopes Meirelles** (*Direito administrativo brasileiro*, p. 132) admite os regulamentos autônomos ou independentes para tratar de matéria ainda não regulada em lei, suprimindo omissões do legislador e desde que não fossem invalidados os assuntos e atribuições atribuídos tipicamente à disciplina legal. Uma vez promulgada a lei, ficaria superado o ato de regulamentação expedido pelo Executivo.

Os regulamentos autônomos teriam a função de suprir a ausência de lei, possibilitando que determinado assunto fosse tratado por ato do Executivo como um “soldado de reserva” enquanto não houvesse lei disposta a respeito.



1. Improbidade administrativa

1.1 Terminologia: probidade e moralidade

- a) *Primeira corrente*: entende que a expressão probidade é um **subprincípio** da moralidade (Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 111; Eurico Bitencourt Neto, *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 105).
- b) *Segunda corrente*: a expressão probidade tem conotação mais ampla do que moralidade (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, p. 120).
- c) *Terceira corrente*: moralidade (art. 37, *caput*, CF) é sinônimo de improbidade (art. 37, § 4º, CF), justamente pela posição topográfica que se encontra no Texto Constitucional: o constituinte alocou a improbidade no mesmo artigo que faz menção à moralidade. Assim, o agente ímprobo é aquele que se qualifica como violador do Princípio da Moralidade (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 709; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 984; Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 23-24).

2. Fonte normativa

Diversas são as fontes normativas versando sobre o tema “improbidade administrativa”. Dentre elas podemos destacar o art. 37, § 4º, CF; art. 85, V, CF; a própria Lei n. 8.429/92 – que define: a) sujeito passivo; b) sujeito ativo; c) tipologia da improbidade; d) sanções; e) procedimentos administrativo e judicial; a Lei n. 4.717/65 – trata da ação popular contra a imoralidade administrativa; Lei n. 8.730/93 – exige a declaração de bens de servidores públicos; LC n. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal; Lei n. 10.028/2000 – fixa os crimes praticados em detrimento da LC n. 101/2000.

3. Competência para legislar sobre improbidade administrativa

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal fixa que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ao mencionar “na forma e gradação previstas em lei” a Constituição deixou margem para questionar-se a respeito da natureza desta lei.

Não há previsão legal expressa acerca da competência para legislar sobre improbidade administrativa, então de qual ente federativo seria a competência para estabelecer a forma e gradação das penalidades para o agente ímprobo? Seria da União enquanto ente nacional? Seria da União no exercício de legislação federal? E os Estados-membros? Poderiam legislar acerca deste assunto?

Diante desses questionamentos, a doutrina administrativista, através da relação existente entre as sanções de improbidade (art. 37, § 4º, CF) e o ente político competente para legislar sobre referido assunto, definiu esta competência. Vejamos:

As sanções da Lei de Improbidade Administrativa podem ter duas naturezas: **a) natureza política** e **b) natureza civil**, e é conforme seja uma ou outra que se determinará a competência legislativa.

a) Sanções da lei de improbidade com natureza política

Uma das penalidades fixadas para o agente ímprobo pode ser a **suspensão dos direitos políticos** (natureza política). Por ser este assunto (direitos políticos) matéria eleitoral, a competência privativa é da **União**, conforme estabelece o art. 22, I, da Constituição.

b) Sanções da lei de improbidade com natureza civil

As sanções com natureza civil trazidas pela lei de improbidade são: indisponibilidade de bens; ressarcimento de danos ao erário; perda da função pública.

A **indisponibilidade de bens** e o **ressarcimento de danos**, por serem matéria civil, são de competência legislativa privativa da **União** (art. 22, I, CF); a **perda da função pública** é sanção autônoma com forte conteúdo político-penal

(José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 986) também de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF).

Nesses aspectos sancionatórios é, portanto, considerada **lei nacional** – já que se destina a todos os entes da federação (e não somente à União como ente federativo). E por essa razão foi editada a Lei n. 8.429/92, com cunho nacional.

Da mesma maneira, idêntica competência (privativa da União – nos termos do art. 22, I, da CF) é utilizada para definição dos sujeitos ativo e passivo (arts. 1, 2, 3 da Lei n. 8.429/92), para estabelecimento dos atos de improbidade administrativa (arts. 9, 10, 11); previsão de tipo penal (art. 19); fixação de prescrição de ação judicial (art. 23); matéria processual (arts. 16 a 18).

Já para matéria processual é possível Estados e Distrito Federal legislarem suplementarmente conforme dispõe o art. 24, XI, CF, desde que observem as normas gerais expedidas pela União (art. 24, § 2º, CF).

Para complementar

A Lei de Improbidade Administrativa é uma lei nacional (posicionamento doutrinário majoritário). E, apenas excepcionalmente, ao tratar de **matéria administrativa**, será considerada **lei federal**, portanto, destinada apenas à **união**, o que significa que terão os demais entes federativos suas próprias competências para regular a matéria (competência concorrente) – como ocorre com o art. 13 da Lei n. 8.429/92, que exige a declaração de bens e valores dos servidores antes da posse; também art. 14, § 3º, e art. 20, parágrafo único, ao exigir o afastamento cautelar do agente quanto necessário à instrução processual (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 986).

4. Sujeito passivo da lei de improbidade: a vítima do ato de improbidade administrativa

4.1 Sujeitos passivos principais

O art. 1º da Lei n. 8.429/92 estabelece quem são os sujeitos passivos principais. Vejamos:

- a) *Pessoas da Administração Direta*: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
- b) *Pessoas da Administração Indireta*: Autarquias, Fundações Públicas, Empresas

Públicas, Sociedades de Economia Mista, por exemplo.

- c) Pessoas para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído (criação) ou contribua (custeio) com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual. Exemplificando: o Poder Público doou um imóvel que equivale a 70 (setenta) por cento do patrimônio da entidade.

Neste caso, a ação de improbidade administrativa atingirá **todo** o prejuízo ao erário causado.

- d) Empresa incorporada ao patrimônio público.

Para complementar

José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 987) e Marcelo Figueiredo (*Probidade administrativa*, p. 47) entendem que “empresa incorporada ao patrimônio público” é equívoco do legislador. Se a empresa já foi incorporada, desaparecerá do mundo jurídico.

Exemplificando: se uma empresa se incorporou a uma pessoa jurídica de direito público (Autarquia ou Fundação Pública de direito público), só sobreviverá a Autarquia ou Fundação Pública de direito público, desaparecendo a “empresa incorporada”. E, se uma empresa se incorporou a uma pessoa jurídica de direito privado (Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública), só sobreviverá a Sociedade de Economia Mista ou a Empresa Pública. Assim, não há por que inserir a expressão “empresa incorporada ao patrimônio público” no texto legal já que a “empresa incorporada” desaparece como pessoa jurídica e seu acervo passa a integrar o da pessoa incorporadora.

4.2 Sujeitos passivos secundários

O parágrafo único do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa elenca os sujeitos passivos secundários:

- a) Entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público.
- b) Entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual. Neste caso, a ação de improbidade administrativa só irá discutir o prejuízo público.

Exemplificando: imagine que o servidor desviou três milhões da

Administração Pública. Desses três milhões desviados, suponhamos que um milhão seja repasse aos cofres públicos. Sendo assim, o prejuízo aos cofres públicos foi de um milhão, e a ação de improbidade administrativa **só poderá** discutir esse um milhão.

Se o ato não se relacionar com o patrimônio, o agente não estará sujeito às sanções da lei.

Para complementar

E se os atos de improbidade forem praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com **exatos cinquenta por cento?**

A pessoa estará sobre a incidência do art. 1º, parágrafo único, pois são menores os gravames deste dispositivo do que os fixados no *caput* do art. 1º (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 988).

4.3 Entidades do terceiro setor (entes de cooperação) podem ser sujeitos passivos de improbidade administrativa?

As entidades que compõe o terceiro setor, também conhecidas por entidades paraestatais, têm personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e colaboram ou cooperam com o Estado no desempenho de uma atividade de interesse coletivo, prestando serviços não exclusivos. Não são integrantes da Administração Pública, residindo apenas ao lado dela.

Compreendem entes de cooperação: serviços sociais autônomos; entidades de apoio; organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. Atente-se no fato de que não há uniformidade terminológica no enquadramento dessas entidades (Fernanda Marinela, *Direito administrativo*, p. 159).

4.3.1 Serviços sociais autônomos

Serviço Social da Indústria (SESI); Serviço Social do Comércio (SESC); Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI); Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), por exemplo.

Os serviços sociais autônomos recebem **contribuições parafiscais**

instituídas por lei, desta forma, podem ser sujeito passivo de conduta de improbidade administrativa, enquadrando-se no art. 1º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 988; Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, p. 213).

Em sentido contrário Maria Sylvania Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 720), que considera que os serviços sociais autônomos são entidades enquadradas no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92: a tutela limita-se ao seu patrimônio.

4.3.2 Organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público

Podem ser sujeito passivo de improbidade administrativa, dependendo de eventuais benefícios que lhes sejam dispensados pelo Poder Público. E, dependendo da extensão das vantagens, ou estarão enquadradas no *caput* do art. 1º, ou no parágrafo único.

5. Sujeito ativo do ato de improbidade: o autor da prática do ato improprio

5.1 Agente público

É o agente público que integra qualquer das pessoas mencionadas no art. 1º da lei de improbidade.

A Lei de Improbidade Administrativa confere sentido *lato* à expressão “agentes públicos”, englobando: a.1) chefes do Executivo; a.2) Ministros e Secretários; a.3) integrantes das Casas Legislativas (Senadores, Deputados, Vereadores); a.4) Magistrados e Membros do Ministério Público; a.5) servidores de qualquer regime – estatutário, trabalhista, especial. E, portanto, para efeitos da lei, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser sujeito ativo de improbidade.

Empregados e dirigentes de concessionárias e permissionárias de serviços públicos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. Fundamento: prestam serviço público por delegação e o Estado, como regra, não lhes destina benefícios, auxílios e subvenções – já que recebem pelo uso do serviço tarifa de usuário (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 990).

5.2 Agentes políticos e a Lei de Improbidade Administrativa

Os agentes políticos compõem os primeiros escalões do governo: Senadores, Deputados, Vereadores, Prefeitos, Governadores, representantes do Executivo, chefe do Executivo, Ministros, Secretários, Magistrados, Membros do Ministério Público.

Suscita grande polêmica a questão relacionada à responsabilidade dos agentes políticos, no que tange a atos de improbidade.

Toda a controvérsia originou-se a partir de ações de improbidade ajuizadas em face de Ministros de Estado – como veremos no caso concreto envolvendo a RCL 2.138 perante o STF (*Informativo 471 do STF*).

No STJ o marco da jurisprudência é o julgamento da Reclamação 2.790, ocorrido em dezembro de 2009. Segundo o voto do Ministro Teori Albino Zavascki, relator da reclamação, a Corte Especial decidiu que, “excecuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade”.

5.2.1 RCL 2.138 (*Informativo 471 STF*): caso Ministro Ronaldo Motta Sardenberg

O Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia foi acusado de utilizar, para fins privados, jatinhos da FAB (Força Aérea Brasileira) para turismo e o hotel de trânsito da aeronáutica para fins privados.

Tal conduta seria considerada ato de improbidade administrativa? Poderia o Ministro de Estado responder, ao mesmo tempo, por improbidade administrativa e por normas especiais de responsabilidade previstas na Constituição Federal?

O STF, aos 13 de junho de 2007, julgou procedente da RCL 2.138, para excluir da Lei de Improbidade Administrativa o Ministro de Estado, já que este estaria regido por normas especiais de responsabilidade (art. 102, I, c, da CF e Lei n. 1.079/50) e não poderia responder também por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) por configuração do *bis in idem*: a Constituição não admite a concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa (regime de responsabilidade dos agentes políticos e regime de responsabilidade dos agentes públicos).

No mesmo sentido: STF, AgR 579.799/SP, Rel. Min. Eros Grau – 19-12-2008 – sobre todos aqueles aos quais a Constituição Federal atribui expressamente a prática de crime de responsabilidade (art. 52, I e II e, 102, I, c, CF) não incidirá a Lei de Improbidade Administrativa – o caso concreto envolvia a responsabilização de Desembargador.

Observação: a decisão proferida na RCL 2.138/DF não tem efeito vinculante nem *erga omnes*, de maneira que é inaplicável a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. A decisão na RCL 2.138/DF tem efeito apenas *inter partes*. Nesse sentido STF: Ag.Reg na RCL 5.703-0/SP de 16-9-2009.

Para complementar

No entendimento da *Doutrina* de Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia (*Improbidade administrativa*, p. 740), Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa (STF, RCL 2.138) e, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 992) seria possível a convivência dos crimes de responsabilidade e comum com a Lei de Improbidade Administrativa.

A convivência das Leis ns. 1.079/50 e 8.429/92 aconteceriam como forma de assegurar o Princípio da Moralidade. Esta convivência deveria ser feita de forma a ser aplicado ao agente apenas as sanções exclusivamente administrativas da Lei n. 8.429/92 (multa civil, reparação de danos e proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios) e não as de natureza de sanção político-administrativa (perda do cargo e suspensão de direitos políticos) já que essas sanções emanam do crime de responsabilidade (Lei n. 1.079/50).

5.3 Terceiros

As disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

6. Atos de improbidade administrativa

6.1 Enriquecimento ilícito

Art. 9º da Lei n. 8.429/92 – consiste na aferição de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida pelo agente em razão do exercício do cargo,

mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei de Improbidade.

Exemplificando: o agente público comete enriquecimento ilícito quando adquire, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Se o agente recebe três mil reais por mês em razão do exercício de sua função pública, será incompatível com sua renda a aquisição de uma Ferrari e de um jatinho particular.

Também configura enriquecimento ilícito (e, portanto, improbidade administrativa) o recebimento, pelo agente público, de qualquer vantagem econômica, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado.

6.2 Dano ao erário

Art. 10 da Lei n. 8.429/92 – constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da Lei de Improbidade.

Exemplificando: constitui conduta ímproba que causa dano ao erário quando o agente público permite ou facilita a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; da mesma maneira, será a conduta do art. 10 se o agente frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Também o agente público comete improbidade administrativa (na modalidade dano ao erário) se permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilícitamente; ou se agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público.

6.3 Violação aos princípios da administração pública

Art. 11 da Lei n. 8.429/92 – constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições mencionadas no art. 1º da referida lei.

Exemplificando: será ato de improbidade na modalidade violação aos princípios se o agente praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou

diverso daquele previsto na regra de competência; retardar ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício; frustrar a licitude de concurso público bem como negar publicidade aos atos oficiais.

Para complementar

Art. 52 da Lei n. 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade considerou como improbidade certos atos ou omissões relativos à ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da Lei n. 8.429/92. Pelo Estatuto, será sujeito ativo do ato o **prefeito**. Em certos casos, poderá ocorrer da conduta praticada pelo prefeito estar disciplinada e enquadrar-se diretamente na Lei de Improbidade Administrativa (exemplificando: prefeito recebe vantagem indevida para a prática dos atos previstos no Estatuto).

7. Natureza jurídica do ilícito de improbidade administrativa

Conforme fixado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, o ilícito de improbidade administrativa é considerado ilícito civil, isto é, tem natureza extrapenal e, portanto, o legislador deveria ter evitado o título “das penas” no Capítulo III, para não dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades (muito embora algumas sanções ali previstas tenham inegável conteúdo penal).

8. Elemento subjetivo

O Ministro Luiz Fux (atualmente no Supremo Tribunal Federal) lembrou que, de acordo com a jurisprudência do STJ, o elemento subjetivo é essencial para a caracterização da improbidade e está relacionado à noção de desonestidade e má-fé do agente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese de que é indispensável a existência de **dolo** nas condutas de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/92) e nos atos de improbidade que importam em violação aos princípios da Administração (art. 11 da Lei n. 8.429/92). Neste último caso, o elemento subjetivo necessário para caracterizar a improbidade é o dolo genérico, ou seja, a vontade de realizar ato que atente contra princípios da Administração (REsp 951.389), não sendo necessária a presença do dolo específico.

Nos atos de improbidade que causam dano ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/92), como elemento subjetivo basta a existência **ao menos de culpa**. De

acordo com o Ministro Castro Meira (no julgamento do REsp 1.127.143) a conduta culposa ocorre quando o agente não pretende atingir o resultado danoso, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia.

8.1 Contratação de servidor público “versus” concurso público

A contratação de servidor sem concurso público pode ou não ser enquadrada como improbidade administrativa, tudo a depender do elemento subjetivo.

- 1) O caso concreto (REsp 1.165.505) envolve uma ação civil pública em que o Ministério Público do Estado de São Paulo pediu a condenação, com base na Lei de Improbidade Administrativa, de diversos vereadores que aprovaram lei municipal permitindo a contratação de guardas municipais sem concurso. A Ministra Eliana Calmon entendeu que não houve dolo genérico dos vereadores, que tiveram inclusive a cautela de buscar parecer de jurista para fundamentar o ato legislativo. A 2ª Turma do STJ então afastou as penalidades de improbidade, por falta do elemento subjetivo.
- 2) Em sentido contrário, no julgamento do REsp 1.005.801, o STJ entendeu que a contratação irregular de pessoal sem concurso público era caso de improbidade administrativa – em razão da presença do elemento subjetivo configurador do ímprobo.

O caso concreto envolveu a condenação de um prefeito com base na Lei de Improbidade Administrativa por ter permitido livremente contratação sem concurso e sem respaldo em lei. A referida contratação não teve o objetivo de atender situação excepcional ou temporária para sanar necessidade emergencial, ao contrário, foi admissão irregular para desempenho de cargo permanente. Essa conduta do chefe do Executivo afrontou de forma hialina aos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade – violação ao art. 11 da Lei n. 8.429/92.

8.2 Contratação de empresa de filha de prefeito por licitação inadequada é improbidade administrativa (STJ, REsp 1.245.765. Notícia do Superior Tribunal de Justiça, de 10 de agosto de 2011)

A 2ª Turma do STJ entende que fatos que de forma isolada não configuram improbidade administrativa podem, ao serem somados, caracterizar violação aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa – incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

O caso concreto envolveu o julgamento de um recurso especial do Ministério Público, autor de ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra ex-prefeito do Município de Carvalhópolis (MG) acusado de ter contratado ilegalmente um posto de combustível que tem sua filha como sócia-gerente.

O relator do recurso, Ministro Mauro Campbell Marques, destacou que, conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, não é preciso caracterizar dano aos cofres públicos ou enriquecimento ilícito para que um ato seja enquadrado como improbidade administrativa. Porém, a participação da filha do prefeito em uma sociedade contratada pela Administração com base em licitação cuja modalidade escolhida é inadequada em razão do valor do objeto licitado é circunstância objetiva que induz à configuração do elemento subjetivo doloso, resultando na configuração da improbidade administrativa: má-fé caracterizada.

Todos os Ministros da 2ª Turma deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

9. Sanções atribuídas ao agente ímprobo

O art. 37, § 4º, da Constituição fixa uma relação mínima de penalidades (suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade de bens; ressarcimento ao erário). A norma infraconstitucional tem incumbência de ampliar o rol das penalidades conforme previsto no art. 12, incisos I, II e III da Lei n. 8.429/92, fixando: a) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) proibição de contratar com o Poder Público; e) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Podemos sistematizar e comparar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei n. 12.120, de 15 de dezembro de 2009, da seguinte forma:

**ATO DE
IMPROBIDADE**

**ATO
IMPRO**

**QUE GERA
ENRIQUECIMENTO
ILÍCITO (ART. 12, I)**

**QUE
DAN
ERA
(ART**

Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Perda do ou valor acrescido ilicitamente ao patrimônio concorrendo circunstâncias

Ressarcimento integral do dano, quando houver.

Ressarcimento integral

Perda da função pública.

Perda da função pública.

| | |
|--|--|
| <p>Suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos.</p> | <p>Suspens direitos de 5 (cinco) a 8 (oito) a</p> |
| <p>Multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial.</p> | <p>Multa ci até 2 (dois) vezes o acréscimo patrimonial.</p> |
| <p>Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou</p> | <p>Proibiçã receber benefícios incentivos ou credi direta ou</p> |

credenciados, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo **prazo de 10 (dez) anos**.

direta ou indireta ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo **prazo de 5 (cinco) anos**.

9.1 Ausência de dano material efetivo ao patrimônio público e improbidade administrativa

Na improbidade administrativa é possível se cogitar da responsabilização do servidor público *lato sensu*, por indenização, mesmo na ausência de dano material efetivo ao patrimônio público, conforme dispõe o art. 21, I, da Lei n. 8.429/92, desde que a penalidade atribuída ao ímprobo seja outra que não a de “ressarcimento integral do dano”. Nesse sentido STJ, EREsp 479.812 de 8 de setembro de 2010.

Quando o ato ímprobo consiste em violar princípios (art. 11) e desde que haja má-fé do administrador, é possível sua responsabilização por improbidade. Porém, para que haja a imposição da penalidade de ressarcimento do dano, só seria possível se ficasse comprovado **efetivamente** o prejuízo patrimonial ao erário (STJ – REsp 1.198.667/SP – Rel. Min. Eliana Calmon – 19-8-2010). Se o dano concreto não foi caracterizado, impossível o ressarcimento aos cofres públicos (TJ/SP, Ap. 737.530-5/6).

RESUMINDO: se não houve dano caracterizado, é possível que haja improbidade, porém a penalidade não poderá ser a de ressarcimento do dano: “a aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto a pena de ressarcimento” (art. 21, I, da Lei n. 8.429/92, com redação dada pela Lei n. 12.120/2009).

9.2 Critérios para fixação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, I, II e III)

9.2.1 Princípio da subsunção

É possível que a conduta do autor da improbidade administrativa ofenda simultaneamente mais de um dispositivo. Neste caso, deverá o juiz valer-se do **Princípio da Subsunção**: a conduta e a sanção mais severa deverão absorver aquelas de menor gravidade (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 1002, e Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 730).

A Lei de Improbidade Administrativa impõe penalidades mais rigorosas para o agente que enriquece ilícitamente se comparadas aos atos de improbidade que acarretam dano ao erário, por exemplo.

9.2.2 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

A aplicação de sanções pressupõe, também, a observância do **Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade**: proporcionalidade entre a conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor, a fim de inibir reiteração da conduta ilícita conforme determina o *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/92.

A penalização do agente ímprobo poderá abarcar todas as sanções previstas na lei cumulativamente ou ainda, a depender da gravidade do fato, o juiz poderá deixar de aplicar algumas.

De acordo com a jurisprudência do STJ, as penas não são necessariamente aplicadas de forma cumulativa, cabe ao magistrado dosar as sanções de acordo com a natureza, gravidade e consequências do ato ímprobo, sendo necessária a indicação das razões para a aplicação de cada uma delas – a fim de verificar a correta aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (STJ, REsp 658.389). No mesmo sentido o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 980.706) em notícia veiculada aos 9 de fevereiro de 2011.

Aos 15 de dezembro de 2009, a Lei n. 12.120 alterou o *caput* do art. 12, estabelecendo esta possibilidade, sanando e colocando término na divergência até então existente na jurisprudência.

Importante ressaltar o posicionamento no REsp 644.440 do STJ (Rel. Min. Teori Albino Zavascki) no sentido de que “verificado o ato de improbidade, a sanção não pode se limitar ao ressarcimento de danos”. No mesmo sentido REsp 1.019.555 (STJ, Rel. Min. Castro Meira).

No julgamento do REsp 622.234, o Ministro Mauro Campbell Marques explicou que, nos casos de improbidade administrativa, duas são as consequências de cunho pecuniário: a) multa civil; b) ressarcimento. “A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário”.

É inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do *status quo*. Inclusive ao Ministério Público incumbe o pedido de reestabelecimento das demais sanções caso a condenação limite-se ao ressarcimento do dano, até como obediência aos princípios da moralidade e da indisponibilidade do interesse público (tese consolidada pelas duas Turmas especializadas de direito público do Tribunal da Cidadania).

Para complementar

Divergência (jurisprudencial e doutrinária) existente antes da regulamentação do assunto pela Lei n. 12.120/2009

- a) *Primeira corrente*: as penalidades da Lei de Improbidade Administrativa devem ser aplicadas de forma cumulativa (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, p. 533); Min. Francisco Falcão (STJ, REsp 993.658/SC de 15-10-2009 – Informativo 411).
- b) *Segunda corrente*: Desembargador Rui Stoco (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); Desembargador Francisco Vicente Rossi (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 1001); Franciulli Netto (STJ); Min. Luiz Fux (STF) – das penalidades previstas para o ato de improbidade administrativa, aplicam-se tantas quantas necessárias para reprimir o

ato. Entendimento que posteriormente a Lei n. 12.120/2009 abarcou e disciplinou: “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

9.2.3 Princípio da adequação punitiva

Ainda, deve ser considerado o **Princípio da Adequação Punitiva**: “a sanção só comporta aplicabilidade se houver adequação com a natureza do autor do fato”.

Exemplificando: a penalidade de “perda da função pública” só poderá ser aplicada ao autor do fato que seja “agente público”, excluídos dessa penalidade os terceiros que de qualquer forma puderem concorrer para a prática do ato ímprobo (art. 3º da Lei de Improbidade). Da mesma forma, a multa civil de até 100 (cem) vezes a remuneração recebida pelo agente (art. 12, III, da Lei n. 8.429/92) só pode ser aplicada ao agente público que recebe remuneração, não podendo ser atribuída aos agentes colaboradores honoríficos, que não recebem remuneração, mas que podem ser sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

9.3 Momento ou oportunidade para aplicação da penalidade

Só é possível a aplicação da penalidade quando a decisão transitar em julgado, já que Texto Constitucional assegura ao acusado a presunção de inocência (art. 5º, LVIII).

Apesar de a lei de improbidade disciplinar no art. 20 que as penalidades de perda da função pública e suspensão de direitos políticos só se efetivarem com o trânsito em julgado, tal consideração deve se estender para as demais sanções.

Admite-se, antes do trânsito em julgado, que a autoridade judicial ou administrativa competente determine o afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (parágrafo único do art. 20).

9.4 (In) comunicabilidade das esferas

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes. É possível que um ato viole preceitos de apenas uma natureza.

Exemplificando: a desobediência do servidor viola apenas preceito administrativo – ensejando sua punição apenas perante o estatuto do servidor, porém, não viola preceitos penais e civis.

Porém, se algumas condutas violarem simultaneamente normas de diversa natureza, sofrerá o autor tantas sanções quantas forem as agressões.

Exemplificando: se o agente público desviar um milhão da Administração Pública, esta conduta será considerada ilícito penal (ensejará ação penal); simultaneamente será ilícito administrativo (enseja processo administrativo) e, por fim, também é considerada ilícito civil (enseja propositura de ação civil pública). São três ilícitos diferentes, com três tipos diferentes de ações.

Portanto, a regra é o Princípio da Independência das Instâncias.

9.4.1 Peculiaridades

Se certa sanção de outra esfera for aplicada e esta sanção for idêntica à da Lei de Improbidade Administrativa, deve-se respeitar o *ne bis in idem*.

Exemplificando: se em sede de processo administrativo (infração administrativa) o servidor receber a penalidade de demissão, não poderá numa ação de improbidade administrativa (ilícito civil) ser atribuída a pena de perda do cargo.



Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Atos administrativos e direito dos administrados*. São Paulo: RT, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. v. 1.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1-5.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo:

Saraiva, 2005.

- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MASAGÃO, Mário. *Conceito de direito administrativo*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1926.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.
- NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *RDA* 60/21-25 e 61/29 e 30.
- SILVE, Maria Cuervo; CERQUINHO, Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: Sirey, 1954.
- TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. *RDA* 37/1.
- TACITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: DASP, 1959.