DIREITO ADMINISTRATIVO

Origem

O direito administrativo, como ciência jurídica, que lhe confere o status de ramo autônomo do ordenamento jurídico, surgiu com a substituição do Estado Absolutista pelo Estado de Direito, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX.

De fato, com as revoluções do século XVIII, com destaque para a francesa de 1789, as monarquias absolutistas foram então derrubadas e substituídas pelo Estado moderno, que é o Estado Democrático de Direito, pontificado pela sujeição do Poder ao ordenamento jurídico, dando assim ensejo ao nascimento deste novo ramo do ordenamento jurídico.

No Brasil, a primeira cadeira do direito administrativo foi criada em 1851, na Faculdade de Direito de São Paulo, sendo regida por José Antonio Joaquim Ribas.

Caráter autoritário do direito administrativo

Com revolução francesa de 1789, a burguesia conquistou o poder, sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade.

A verdade, entretanto, é que o direito administrativo serviu de instrumento de proteção aos interesses econômicos e políticos dos novos governantes oriundos da classe burguesa.

De fato, sob o manto sagrado do princípio da supremacia do interesse público, em vigor até hoje, tido, para muitos estudiosos, como o principal pilar do direito administrativo, o Estado passou a desfrutar de prerrogativas, que não são acessíveis aos particulares.

O direito administrativo surgiu assim numa posição vertical, onde permanece até hoje, com o regime de hierarquia, inspirado na concepção militar de Napoleão, que apregoava a desigualdade entre o Estado e o particular.

A verticalização se verifica em função do princípio da supremacia do interesse público, que confere uma série de privilégios ao Estado, denominados de prerrogativas, gerando um paradoxo em relação ao lema da revolução francesa.

É, certo, pois que o princípio da supremacia do interesse público sempre foi regido pelo binômio prerrogativas e sujeições.

As sujeições, que consistem na proteção dos indivíduos contra o excesso de poder do agente estatal, servem de contrapeso às prerrogativas, mas não suprime o autoritarismo, embora o reduza.

A boa notícia é que, com a evolução do constitucionalismo, acentuada no final do século XX, o caráter autoritário do direito administrativo tem sofrido sucessivas reduções.

De fato, o direito administrativo moderno apresenta, dentre outros, os seguintes aspectos evolutivos:

a) a constitucionalização. Ou seja, inúmeras matérias e princípios que, no passado, eram tratados pela lei, hoje se encontram incorporados na Constituição de 1988. Outro aspecto da constitucionalização é a grande influência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.

b) a humanização. Trata-se da maior atenção que hoje é dispensada à proteção dos direitos individuais.

c) a democratização. É o fato de a gestão pública, dentre outros aspectos, ser regida pela transparência, participação popular, exigência de motivação dos atos administrativos, etc.

Estado

O Estado é o poder soberano exercido sobre a população de um determinado território.

O Estado pode ser:

a) unitário: quando o poder se concentra num único ente. Exemplos: Chile, França e Uruguai.

b) federação: quando o poder se distribui pelo território entre mais de um ente. É o caso do Brasil.

O Estado brasileiro é composto pelos entes da federação, também chamados de pessoas políticas, que são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Aludidas pessoas políticas se revestem da natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, I e III, do Código Civil).

Na federação, os entes federativos gozam de autonomia, pois um não se subordina ao outro, atuando cada qual dentro das competências que a Constituição Federal lhes atribuiu.

Federação é, pois, a forma de Estado, que se caracteriza pela autonomia recíproca dos entes federativos.

A autonomia dos entes da federação consiste em três requisitos cumulativos:

a) capacidade de auto-organização: é o poder de elaborar as suas próprias Constituições e, no caso dos municípios, as suas leis orgânicas.

b) capacidade de autogoverno: é o poder de eleger os seus próprios governantes e organizar o seu governo.

c) capacidade administrativa: é o poder de organizar os seus próprios serviços.

As capacidades de auto-organização e de autogoverno são regidas pelo direito constitucional, ao passo que a capacidade administrativa é disciplinada pelo direito administrativo.

Distinção entre autonomia e soberania

A soberania é apenas do Estado Federal e não dos entes que o compõem.

No Brasil, os entes que integram a federação, conforme já dito, são a União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios (art. 18 da CF).

Todos eles gozam de autonomia, tanto política quanto administrativa, de modo que um não é subordinado ao outro.

Todavia, são apenas pessoas jurídicas de direito público interno, observação válida inclusive para a União.

A soberania, no entanto, é exclusiva do Estado Federal que, nas relações internacionais, é representada pela União (art. 21, I, da CF).

Cumpre não confundir a autonomia, que é o fato de o ente federativo ter governo próprio e competências próprias estabelecidas pela Constituição, com a soberania, que é a independência e capacidade de manifestar-se no plano internacional. A União, na verdade, tem duplo papel.

Com efeito, enquanto ente da federação, é simplesmente uma pessoa jurídica de direito público interno, mas ao mesmo tempo ela representa o Estado Nacional nas relações jurídicas internacionais.

A soberania do Estado é, pois, exercida através da União.

Frise-se, porém, que a União apenas representa o Estado Nacional, mas com ele não se confunde.

TERRITÓRIOS FEDERAIS

Os Territórios, embora também se classifiquem como pessoas jurídicas de direito público interno, não integram a federação (art. 18 da CF).

De fato, os territórios:

a) não têm autonomia política, pois integram a União. Não gozam da capacidade de autogoverno;

b) são regulados por lei complementar, ou seja, não têm as suas próprias Constituições (art. 18, §2º. da CF).

Os Territórios Federais não são entes da federação, tanto é que o art. 18 da CF, que arrola esses entes, não os inclui no seleto rol.

Até a Constituição de 1.988 existiam, no Brasil, três territórios: Fernando de Noronha, que foi incorporado ao Estado de Pernambuco, Roraima e Amapá, que tornaram-se Estados-Membros.

Atualmente, não há Territórios, mas eles ainda podem ser criados por lei complementar.

Com efeito, dispõe o §2º do art. 18 da CF:

"Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar".

Caso sejam criados, pertencerão à União e, portanto, diante da total falta de autonomia, não serão considerados entes da federação.

Os territórios têm natureza jurídica de autarquia territorial. Não passam de simples divisão administrativa da União.

Podem ser definidos como descentralizações administrativas da União, porquanto não gozam da capacidade de autogoverno, tanto é que o seu Governador é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

As contas do Governador do Território serão ainda submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

Quanto à função legislativa nos Territórios, é exercida pelo Congresso Nacional.

É, pois, a União que legisla para os Territórios.

Os Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, no entanto, terão Poder Legislativo, denominado Câmara Territorial, conforme §3º do art. 33 da CF, devidamente eleitos, nos termos definidos por lei.

A competência da Câmara Territorial, segundo a doutrina, limita-se aos assuntos de interesse da região. Quanto às questões maiores, isto é, de interesse de todos os Territórios, mantém-se a competência do Congresso Nacional.

Em relação ao Poder Judiciário, os Territórios Federais com mais de cem mil habitantes terão seus próprios órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e Defensores Públicos Federais, nos termos do §3º do art. 33 do CF, sendo que todos esses órgãos serão criados, organizados e mantidos pela União, conforme art. 21, III, da CF.

Estes órgãos, nos Territórios, têm natureza federal, pois são organizados e mantidos pela União. Caso tenham menos de cem mil habitantes, estes órgãos serão os mesmos do Distrito Federal.

Os Territórios Federais não desfrutam de autonomia financeira, eles são financiados pela União, que, inclusive, arrecada os tributos federais e estaduais, que incidem na região.

Os Territórios poderão ser divididos em Municípios (§1º do art. 33 da CF). Os referidos municípios terão as mesmas características dos demais municípios do País, isto é, poderão eleger os vereadores e prefeitos, arrecadarem os tributos municipais, elaborarem suas próprias leis orgânicas, etc.

Finalmente, cada Território elegerá 4 (quatro) Deputados Federais, independentemente do número de habitantes, mas, evidentemente, não elegerão Senadores.

Poderes do Estado

Os Poderes são as estruturas internas do Estado, orgânicas e especializadas, que se destinam à execução de determinadas funções preponderantes.

A rigor, o poder estatal é uno e indivisível.

A tripartição dos Poderes do Estado gera na verdade a distribuição das três funções do Estado e não propriamente a divisão de Poderes.

São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º da CF).

Estes três poderes não são pessoas jurídicas, mas, sim, órgãos públicos especializados.

A teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, no século XVIII, se baseia na independência e harmonia entre os poderes.

A independência se revela pelos seguintes aspectos:

a) exercício da função típica, ou seja, os fins de cada poder é previsto na Constituição;

b) cada um dos três poderes é dotado de estrutura própria;

c) um não se subordina ao outro.

A harmonia, por sua vez, é o equilíbrio, que evita a supremacia de um poder sobre o outro.

O que garante a harmonia é a possibilidade de cada Poder exercer, em caráter excepcional e nos casos expressos na Constituição Federal, funções atípicas.

FUNÇÕES

Conceito

Funções são as atribuições que a Constituição Federal confere a cada um dos poderes.

Funções típicas

A função típica do Poder Legislativo é a de legislar, que consiste na edição de normas gerais e abstratas.

A função típica do Poder Executivo é a de governar e administrar, ou seja, realizar a gestão dos interesses coletivos.

Nesse aspecto, cumpre desde já salientar que a função de governar é regida pelo direito constitucional, limitando-se o direito administrativo a disciplinar apenas a função administrativa do Estado.

É importante também salientar que a função de administração é o gênero que abrange, além das funções administrativas, inúmeras outras, que são regidas por ramos distintos do direito administrativo, pois este se preocupa basicamente com a função administrativa. Exemplo: função tributária, disciplinada pelo direito tributário.

A função típica do Poder Judiciário é o exercício da jurisdição, que consiste em solucionar os conflitos de interesses, com força de coisa julgada material.

As funções típicas de um poder são atípicas para os outros dois poderes.

Convém esclarecer que a função jurisdicional é praticamente exclusiva do Judiciário e, a rigor, salvo no julgamento dos crimes de responsabilidade, nas hipóteses do art. 52, I e II, da CF, que é

feito pelo Legislativo, não pode ser exercida por nenhum outro poder.

Os julgamentos administrativos não se sujeitam à coisa julgada material, ou seja, não têm força de definitividade, de modo que não se tratam propriamente de função jurisdicional, mas, sim, de função administrativa.

Quanto à função legislativa é preponderante do Legislativo, mas não lhe é exclusiva, pois o Judiciário e Executivo também a exercem, em caráter atípico.

Da mesma forma, a função administrativa é preponderante do Executivo, mas não lhe é exclusiva, pois o Judiciário e Legislativo também a exercem em caráter atípico.

FUNÇÕES ATÍPICAS

Considerações importantes

Funções atípicas, conforme já visto, são as típicas de um poder, mas que a Constituição Federal, em situações específicas, autoriza que seja exercida por outro poder.

Acerca das funções atípicas, há três considerações importantes:

a) só podem ser previstas na CF pois representam exceções à separação dos poderes;

b) mesmo estando previstas na Constituição, se sujeitam à interpretação restritiva, pois se caracterizam como normas excepcionais;

c) novas funções atípicas, além das já previstas na Constituição Federal, não podem ser introduzidas nem mesmo através de Emendas Constitucionais. De fato, o princípio da separação dos poderes constitui cláusula pétrea, que o torna imune ao poder constituinte derivado, gozando, destarte, da garantia reforçada de integrar o núcleo imutável da Constituição (art. 60, § 4º, III, da CF).

Funções atípicas do Legislativo

O Legislativo, de forma atípica, exerce as funções jurisdicional e administrativa.

No tocante à função jurisdicional, é exercida, quase que exclusivamente, pelo Poder Judiciário, pois consiste no exercício da jurisdição, com força de coisa julgada material, ou seja, em caráter definitivo.

Abre-se exceção em relação aos crimes de responsabilidade, nas hipóteses do art. 52, I e II, da CF, que dispõe o seguinte:

"Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade".

As situações acima são de função jurisdicional exercida atipicamente pelo Poder Legislativo, denominada de jurisdição política.

A outra função atípica do Legislativo é a função administrativa.

Exemplo: organização de seus serviços internos (arts. 51, IV, e 52, XIII, da CF).

Outro exemplo: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias

a contar de seu recebimento (art. 71, I, da CF).

Funções atípicas do Judiciário

O Judiciário, de forma atípica, exerce as funções legislativa e administrativa.

De fato, compete privativamente aos tribunais, nos termos do art. 96, I, da CF, elaborar seus regimentos internos, o que é uma função legislativa.

No tocante à função administrativa do Judiciário, consiste, nos ternos do art. 96, I, "b" e "c", da CF, em organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

Outrossim, prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição.

Quanto à jurisdição voluntária ou graciosa, que é exercida nos processos onde não há lide, uma corrente sustenta que se trata de função administrativa do Estado-juiz, pois a sentença não faz coisa julgada material.

Outra corrente, ao revés, preconiza que se trata de autêntica jurisdição, onde há uma lide presumida e também a coisa julgada material, com a cláusula "rebus sic stantibus".

Função atípica do Executivo

O Executivo, de forma atípica, exerce a função legislativa, quando edita medidas provisórias e leis delegadas (arts. 62 e 68 da CF).

Outrossim, a função normativa quando exerce o seu poder regulamentar de editar normas gerais e abstratas (art. 84, IV, da CF).

Julgamentos administrativos

Quanto aos julgamentos administrativos, que ocorrem na esfera dos três poderes, podem ser revistos pelo Poder Judiciário e, dessa forma, tendo em vista que não há coisa julgada material, não se classificam como função jurisdicional, mas, sim, como função administrativa.

Força convir, portanto, que o Executivo, nem mesmo de forma atípica, exerce a função jurisdicional.

Igualmente, os julgamentos administrativos, emanados do Judiciário e Legislativo, se caracterizam como funções administrativas, de tal sorte que podem ser impugnados judicialmente.

Sistemas de controle da atividade administrativa

Há dois sistemas de controle da atividade administrativa do Estado, que são:

a) o sistema da jurisdição una;

b) o sistema da dualidade da jurisdição, também conhecido como contencioso administrativo.

No Brasil, adota-se o sistema da jurisdição una ou modelo inglês, pois todas as causas, inclusive, as que envolvem a Administração Pública, são julgadas pelo Poder Judiciário, por força do princípio da universalidade da jurisdição, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CF).

Em alguns países, como é o caso da França, porém, as causas de interesse da Administração Pública não são julgadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, por tribunais administrativos, o que faz com que a jurisprudência exerça enorme influência sobre o direito administrativo.

Vigora assim na França o sistema da dualidade de jurisdição ou do contencioso administrativo, segundo o qual a jurisdição é exercida, nas causas comuns, pelo Poder Judiciário e, nas causas que envolvem a Administração Pública, pelos tribunais administrativos.

No Brasil, o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, à exceção do julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, nas hipóteses do art. 52, I e II, da CF.

No sistema do contencioso administrativo, ao revés, há a repartição da jurisdição entre o Poder Judiciário e os Tribunais Administrativos.

No sistema do contencioso administrativo, as decisões administrativas se sujeitam à coisa julgada material e não podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

No Brasil, as decisões administrativas não se submetem à coisa julgada material, razão pela qual podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Com a proclamação da República, o sistema do contencioso administrativo deixou de existir no Brasil e, apesar de ter sido previsto a sua instauração, na vigência da Constituição anterior, pela Emenda Constitucional n. 07, de 13 de abril de 1977, para questões fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho, o certo é que não chegou a ser implantado.

E, sob a égide da Constituição atual, a sua criação não poderá ser autorizada nem mesmo por Emenda Constitucional, porquanto o princípio da universalidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF se afigura como sendo cláusula pétrea.

Convém destacar que, tempo do império, vigorou no Brasil a justiça retida, espécie de contencioso administrativo, vinculado ao imperador, que detinha a competência exclusiva para julgar as causas de interesse da Administração Pública.

FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Função da Administração Pública

O conceito de função da administração pública é residual, compreendendo todas as demais, à exceção da função legislativa (criação de direito novo através da edição de normas gerais e abstratas) e da função jurisdicional (composição de litígios, com força de coisa julgada material).

Nessa linha de raciocínio, as atribuições do Ministério Público e da Defensoria Pública, por exemplo, também se inserem como funções da administração pública, à medida que não se enquadram como função legislativa nem jurisdicional.

É importante destacar, portanto, que a função da administração pública é o gênero, que abrange todas as demais funções, à exceção da legislativa e da jurisdicional.

Quanto à função administrativa, é apenas uma das inúmeras outras espécies de funções da administração pública.

Eis alguns exemplos de funções da administração pública, que não se classificam propriamente como funções administrativas:

a) as funções políticas ou de governo;

b) as funções regidas preponderantemente pelo direito privado;

c) as funções disciplinadas pelo direito internacional, direito ambiental, direito do consumidor, direito penitenciário, direito tributário, direito previdenciário, direito econômico, direito agrário, etc.

É claro que alguns aspectos das funções acima podem ser tratadas pelo direito administrativo, mas, na essência, o que as regem é um outro ramo do Direito.

Dentre as funções da administração pública, as que mais se aproximam da função administrativa são as funções políticas e as funções que a Administração prática sem as

prerrogativas de direito público.

Neste aspecto, convém esclarecer que o direito administrativo rege apenas a função administrativa do Estado.

A função política ou de governo é tratada pelo direito constitucional

As funções que a Administração Pública prática sob o regime jurídico de direito privado, por exemplo, assinar um cheque ou celebrar uma locação de imóvel, é regida preponderantemente pelo direito civil ou direito empresarial, conforme a hipótese, mas com alguns aspectos do regime jurídico de direito público, como é o caso dos prazos processuais em dobro.

FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Conceito

A função administrativa é a execução, pela Administração Pública, ou por seus delegatários, das diretrizes governamentais, com vistas à satisfação dos interesses da coletividade, em obediência à lei, sob o regime jurídico de direito público.

A função administrativa tem caráter infralegal, pois se destina fazer cumprir os comandos da lei, sujeitando-se, destarte, ao princípio da legalidade.

Na pirâmide de Kelsen, a Constituição ocupa o ápice, logo abaixo se situam as leis e, por último, se localizam os atos administrativos, razão pela qual a função administrativa tem caráter infralegal.

Por consequência, o ato administrativo, que viola a lei, será inválido, sem qualquer possibilidade de prevalecer sobre a lei.

A função administrativa, para se caracterizar como tal, deve ainda ser regida pelo regime jurídico de direito público, que atribui à Administração Pública uma série de prerrogativas, que a coloca numa posição de supremacia sobre o particular, que afasta o princípio da isonomia.

Titularidade

O Poder Executivo exerce a função administrativa com preponderância, mas não com exclusividade.

De fato, Legislativo e Judiciário também têm as suas funções administrativas, em caráter atípico.

Características da função administrativa

A função administrativa tem as seguintes características:

a) é infralegal, pois deve absoluta obediência à lei, tendo assim por objeto a aplicação da lei. Abre-se exceção ao art. 84. VI, “b”, da CF, que prevê o decreto do Presidente da República para declarar a extinção de funções ou cargos públicos, quando já vagos, que é um ato administrativo praticado com base direta na Constituição Federal.

b) é concreta, pois se destina a executar, a por em prática a satisfação do interesse público, recaindo sobre uma situação específica. Abre-se exceção aos atos administrativos gerais ou normativos ou regulamentares, que estabelecem regras gerais a serem aplicadas. Aludidos atos são abstratos, pois não se direcionam a um caso concreto. Exemplos: regulamentos, instruções normativas, edital de concurso, circulares de serviço, etc.

c) é secundária, ou seja, não inovadora da ordem jurídica, pois se limita a executar o que a lei

já prevê, não podendo, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, criar direitos e deveres não previstos em lei, mas apenas a regulamentar os já existentes.

d) é direta, pois o Estado Administração figura como parte interessada na relação jurídica. Exemplo: celebração de contratos administrativos. Outro exemplo: julgamentos administrativos.

e) é parcial, pois tem sempre em mira a satisfação do interesse coletivo.

f) é subordinada, pois se sujeita a controle jurisdicional acerca da legalidade do ato praticado, por força do princípio da universalidade ou inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXVI, da CF). Assim, todas as decisões administrativas podem ser impugnadas perante o Poder Judiciário, em seu aspecto da legalidade.

g) é sujeita ao regime jurídico de direito público, que afasta o princípio da isonomia, inserindo a Administração Pública num patamar superior ao particular, dotando-a de determinadas prerrogativas. Quanto aos atos que a Administração Pública prática sob o regime jurídico de direito privado, que é baseado no princípio da isonomia, não se classificam como função administrativa, mas, sim, como função da administração pública.

h) é exercida de ofício, pois a Administração Pública deve agir sem precisar aguardar que alguém requeira ou provoque a sua intervenção. Exemplo: instauração de processos administrativos. Outro exemplo: apreensão de alimentos vencidos.

Características da função legislativa

A função legislativa tem as seguintes características:

a) primariedade: a lei inova a ordem jurídica, mediante a criação de direitos e deveres;

b) generalidade: as leis se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação;

c) impessoalidade: a lei se dirige a pessoas indeterminadas, ou seja, não identifica os seus destinatários pelos respectivos nomes;

d) abstrata: a lei se refere a uma hipótese prevista no ordenamento jurídico e não a um fato concreto;

e) imperatividade: a lei é um ato estatal que impõe deveres aos seus destinatários, independentemente das respectivas anuências;

f) autorizante: o cumprimento da lei pode ser exigido pelos seus destinatários.

f) permanente: a lei não se exaure numa única aplicação, pois produz efeitos até que outra a modifique ou a revogue (princípio da continuidade das leis).

As características da abstração, generalidade, impessoalidade e permanência são excepcionadas pelas chamadas leis de efeito concreto, editadas pelo Legislativo para regular uma determinada situação real.

Exemplos de leis de efeitos concretos:

a) lei que concede pensão à viúva de um ex-presidente da república. Esta categoria de lei de efeito concreto, que se dirige a uma única pessoa, é também denominada de lei singular;

b) lei que institui autarquias;

c) lei que cria município;

d) lei de desafetação de determinado bem público;

e) lei de tombamento de um bem;

f) lei orçamentária;

g) lei que cria reserva florestal numa determinada propriedade privada;

h) lei que declara, para o fim de desapropriação, a utilidade pública de determinado bem;

As leis de efeitos concretos, embora não sejam dotadas da generalidade, impessoalidade, abstração e permanência, exaurindo-se numa única aplicação, o certo é que, sob o prisma formal,

são leis, pois emanam do Poder Legislativo, revestindo-se, portanto, da imperatividade e do caráter autorizante.

Sob o aspecto material, porém, se assemelham aos atos administrativos, à medida que se destinam a uma situação específica, sobre a qual produz efeitos imediatos.

Por consequência, aquele cujo direito houver sido lesado ou ameaçado de lesão por lei de efeito concreto poderá impetrar mandado de segurança, e, em caso de dano material ou moral, ainda lhe será lícito mover ação de responsabilidade civil em face do Estado, mesmo sendo constitucional o ato legislativo.

Convém esclarecer que, em relação às demais leis, que regulam situações abstratas, conhecidas como "leis em tese", não cabe mandado de segurança (súmula 266 do STF), sendo também vedada a ação de indenização em face do Estado, salvo quando o dano houver sido causado por lei declarada inconstitucional.

Características da função jurisdicional

A função jurisdicional é dotada das seguintes características:

a) secundária;
b) concreta;
c) inerte;
d) indireta;
e) imparcial;
f) definitiva ou irreversível.

Em primeiro lugar, a função jurisdicional é secundária, pois não inova a ordem jurídica, limitando-se a aplicar a norma jurídica já existente.

Ainda que o juiz decida por equidade, nos casos em que a lei lhe autoriza, elaborando a norma para o caso concreto, não se tratará de direito novo, porquanto a referida norma deverá ser preparada com base nos princípios já existentes no ordenamento jurídico, o que a faz existir, em estado latente, antes mesmo da sua criação pelo magistrado.

Em segundo lugar, a função jurisdicional é concreta, tendo em vista que o juiz aplica a norma a um caso específico, no âmbito de um processo subjetivo, que é instaurado para solucionar o conflito entre as partes.

Abre-se exceção ao controle abstrato de constitucionalidade, composto por determinadas ações judiciais, cujo objeto é tão somente a discussão da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sem que haja qualquer conflito concreto a ser solucionado.

No controle abstrato, o processo é objetivo, pois não há qualquer conflito concreto.

O controle abstrato é feito exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, é preciso que os legitimados constitucionais promovam uma das seguintes ações:

a) Ação Direta de Constitucionalidade (ADI);
b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON);
c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em terceiro lugar, a função jurisdicional é indireta, pois o Estado-juiz não é parte no conflito submetido a julgamento.

Em quarto, a função jurisdicional é imparcial, pois juiz deve se manter equidistante das partes.

Em quinto, a jurisdição é inerte, pois o juiz não pode instaurar o processo de ofício, mas apenas mediante provocação. Abre-se exceção ao cumprimento de sentença, que tenha por objeto a entrega de coisa ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, cuja instauração pode se

dar ofício pelo juiz (arts. 536 e 538 do CPC).

Por fim, a função jurisdicional é definitiva ou irreversível, pois, após o trânsito em julgado, se opera a coisa julgada material, instituto que torna a decisão de mérito imutável e indiscutível.

No cível, a coisa julgada ainda poderá ser desconstituída, dentro de dois anos, a contar do trânsito, através da ação rescisória, mas, esgotado este prazo, ocorre a coisa julgada soberana, que proíbe qualquer outro tipo de ação que vise desfazer a coisa julgada.

Na área criminal, a sentença absolutória transitada em julgado faz coisa julgada soberana, não podendo ser desfeita em hipótese alguma, tendo em vista que é vedada a revisão criminal "pro societate".

Quanto à sentença penal condenatória transitada em julgado, poderá ser impugnada a qualquer tempo, através de revisão criminal ou habeas corpus.

Conceito de direito administrativo

Direito administrativo é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a função administrativa do Estado, bem como as pessoas e órgãos que a exercem.

A função administrativa estatal, conforme já visto, é exercida tipicamente pelo Poder Executivo e, de forma atípica, pelo Legislativo e Judiciário.

Não se trata, portanto, de uma atribuição exclusiva do Executivo.

Natureza jurídica

O direito administrativo é um ramo do direito público.

Sobre o conceito de direito público, há duas correntes.

Primeira, direito público é o regido preponderantemente por normas cogentes, ou seja, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, contrapondo-se assim ao direito privado, onde predomina a autonomia da vontade.

Segunda, direito público é aquele onde o Estado figura como um dos sujeitos da relação jurídica.

Para ambas as correntes, o direito administrativo se enquadra como ramo do direito público, pois, além de ser regido por normas cogentes, o Estado ainda figura como um dos sujeitos da relação jurídica.

Espécies de leis

Em regra, o direito administrativo pode ser disciplinado por meio de lei ordinária, admitindo-se também a medida provisória e a lei delegada, salvo nas hipóteses vedadas pela Constituição.

Não há, em regra, necessidade de lei complementar para se legislar sobre direito administrativo, salvo nas situações especificadas pela Constituição, como é o caso da definição das áreas de atuação das fundações governamentais (art. 37, XIX, da CF).

Iniciativa do projeto de lei

A iniciativa do projeto de lei que versa sobre direito administrativo, tal como acontece em regra com as demais leis, é comum, podendo ser apresentado pelo Chefe do Executivo ou por qualquer membro ou por comissão do Poder Legislativo, admitindo-se também a iniciativa popular, prevista no §2º do art. 61 da CF.

Ainda tem iniciativa, mas restrita às matérias que disciplinam o próprio órgão, nos termos dos arts. 73, 96 e § 5º do art. 128 da CF, os seguintes órgãos:

a) Supremo Tribunal Federal;

b) Superior Tribunal de Justiça;

c) Tribunal de Justiça;

d) Procurador-Geral da República;

e) Procurador-Geral de Justiça;

f) Tribunais de Contas da União.

Há também, no §1º do art. 61 da CF, algumas hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República. São elas:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Dispensa de lei

Compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VI, da CF, 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.

Nestas duas situações do art. 84, VI, da CF, não é preciso lei, pois a Constituição autoriza o decreto.

FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Conceito

As fontes do direito compreendem as causas do surgimento das normas jurídicas e as formas como estas se exteriorizam.

As fontes do direito podem ser materiais e formais.

Fontes materiais

As fontes materiais ou reais são as causas do surgimento das normas jurídicas, que inspiram o legislador a editar novas leis. São elas: a jurisprudência, a doutrina e os costumes.

Além das fontes citadas acima, há ainda outras fontes materiais, pois o assunto extrapola os limites da ciência jurídica, registrando conotação metafísica, levando o intérprete a investigar a razão filosófica, sociológica, histórica, social, ética, etc., que determinaram o surgimento da norma jurídica.

Dentre estas outras fontes materiais metafísicas, merecem destaque: a sociologia, a filosofia, a ética, a política, os movimentos sociais, as questões sanitárias, etc.

As fontes materiais não se classificam como normas jurídicas, pois não têm caráter vinculante ou obrigatório, não integrando, portanto, o direito aplicável.

Fontes formais

As fontes formais são os modos através dos quais a norma jurídica se exterioriza.

As fontes formais integram o direito aplicável, pois se revestem da natureza de norma jurídica, tendo, pois, caráter vinculante ou obrigatório.

Subdividem-se em

a) fontes formais imediatas ou maiores ou principais ou diretas: são as que devem ser aplicadas com primazia para solucionar o caso concreto. São elas, as Constituições, os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil e as leis.

b) fontes formais mediatas ou menores ou secundárias: são aquelas que só têm incidência na falta ou lacuna da lei. Compreendem, no âmbito do direito administrativo, os precedentes judiciais, os atos administrativos normativos da Administração Pública, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4º da LINDB).

Na verdade, a inserção dos princípios gerais do direito como fonte do direito administrativo não é reconhecida por todos os autores.

Há ainda os juristas que relacionam, como fontes secundárias do direito administrativo, as seguintes: a doutrina, jurisprudência e costumes.

Não se pode, “data venia”, aceitar semelhante ponto de vista, em relação à doutrina, por ser destituída de caráter normativo e vinculante, revelando-se mais adequado inseri-la como fonte material.

Igualmente, a jurisprudência não tem caráter vinculante, classificando-se como fonte material, salvo em relação aos precedentes judiciais obrigatórios, pois estes se inserem como fontes formais.

Quanto aos costumes, podem ser fontes formais ou materiais do direito administrativo, conforme tenham ou não caráter normativo e vinculante.

A prestigiada Maria Sylvia Zanella Di Prieto apresenta a seguinte classificação:

a) fontes matérias do direito administrativo: doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito.

b) fontes formais do direito administrativo: a Constituição, a lei, os regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública, outrossim, uma parte da jurisprudência.

A ilustre administrativista, porém, reconhece que, em algumas situações, os costumes têm força normativa, elevando-os, nesses casos, à categoria de fonte formal do direito.

Quanto aos princípios gerais do direito meramente doutrinários, são realmente fontes materiais, mas já ingressam na categoria de doutrina, razão pela qual não há necessidade de serem tratados como fontes materiais autônomas.

Os princípios gerais implícitos na lei têm força normativa, classificando-se como fonte formal secundária.

Constituição

Na federação brasileira, a acepção "Constituição" é o gênero que abrange as seguintes espécies:

a) Constituição Federal;
b) Constituições Estaduais;
c) Emendas Constitucionais;
d) Lei Orgânica do Distrito Federal;
e) Leis Orgânicas Municipais.

Tratados ou Convenções internacionais

Os Tratados ou Convenções Internacionais, em que o Brasil seja signatário, só ingressam no ordenamento jurídico pátrio mediante dois requisitos cumulativos:

a) ratificação pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo (art. 49, I, da CF);
b) decreto do Presidente da República.

Ausente um desses atos, não lhe poderá ser conferido força normativa, de modo que ainda não será fonte normativa do direito.

Entretanto, após a ratificação pelo decreto legislativo e decreto presidencial, o Tratado ou Convenção Internacional posterior revoga a lei anterior, e vice-versa, pois, em regra, se situa no mesmo patamar hierárquico das leis.

Abre-se exceção aos Tratados ou Convenções Internacionais que versam sobre direitos humanos, pois se situam sempre acima da lei.

Os tratados sobre direitos humanos, em termos hierárquicos, podem ser:

a) supralegais: quando aprovados sem o quórum de emenda constitucional. Nesse caso, se situam acima das leis e abaixo da Constituição Federal.

b) constitucionais: quando aprovados com o quórum de emenda constitucional. Nesse caso, se equiparam às emendas constitucionais.

Com efeito, dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição Federal:

"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Lei

A expressão "lei" deve ser tomada em sentido amplo, para abranger, além da lei ordinária e da lei complementar, classificadas como leis em sentido estrito, as espécies normativas mencionadas no art. 59, IV a V, da CF, que são as leis delegadas e as medidas provisórias.

É preciso ainda considerar que as leis que figuram como fontes formais do direito administrativo, no âmbito de suas respectivas competências atribuídas pela Constituição Federal, são as seguintes:

a) leis federais;
b) leis estaduais;
c) leis do Distrito Federal;

d) leis municipais.

Embora haja no Brasil o predomínio do "Civil Law", sistema romanista que se baseia na lei, há também alguns aspectos do "Common Law", sistema inglês onde as decisões judiciais têm força vinculante para casos futuros, conforme será visto ligo em seguida.

Força assim convir que, no direito administrativo brasileiro, há um sincretismo entre estes dois sistemas, mas com amplo predomínio do "Civil Law".

Precedentes judiciais

Precedentes judiciais, também chamados de "ratio essendi" ou "holding", é a fundamentação jurídica adotada para a solução de um caso concreto, que passa a vincular futuras decisões sobre casos idênticos.

É, pois, a tese jurídica essencial para a solução da questão jurídica, adotado num caso, que deve ser estendida a outros que versam sobre a mesma questão.

Não se confunde com o "obter dictum", que é a fundamentação jurídica acessória, dispensável, não essencial à solução da questão jurídica, razão pela qual não constitui precedente.

Os precedentes judiciais obrigatórios, previstos no art. 927 do CPC, também devem ser vinculantes para a Administração Pública, com o escopo de se manter a harmonia e uniformidade do Direito.

A propósito, dispõe o art. 927:

"Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados".

Fora do rol acima, há ainda outras decisões judiciais com efeitos vinculantes a casos futuros, para os magistrados e Administrações Públicas, que também se classificam como fontes formais do direito administrativo. São elas:

a) decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em ação direta de inconstitucionalidade.

b) decisão do STF, que declara a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, em ação declaratória de constitucionalidade.

c) decisão do STF na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental;

d) decisões normativas da Justiça do Trabalho acerca dos dissídios coletivos.

e) decisão do STF que nega repercussão geral ao recurso extraordinário. Nesse caso, o § 8º do art. 1035 do CPC, preceitua que negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. Trata-se assim de uma decisão com efeito "erga omnes".

Atos normativos da Administração Pública

O ato normativo é o que contém normas gerais e abstratas, destinadas à produção de efeitos internos ou externos, sendo subordinado hierarquicamente à Constituição e à lei.

O fundamento para se classificar como fonte formal do direito administrativo decorre da obrigatoriedade de sua observância por futuras decisões.

O ato normativo por excelência é o regulamento expedido pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), que se formaliza através do decreto (art. 84, IV, da CF).

Convém esclarecer que o decreto de efeito concreto, destinado a um caso individual, não tem caráter normativo, razão pela qual não se classifica como fonte do direito administrativo. Exemplo: decreto de desapropriação.

Há ainda outros atos normativos com caráter regulamentar, editados por autoridades diversas do Chefe do Poder Executivo, que também se classificam como fontes formais do direito administrativo. Dentre outros, são os seguintes:

a) resoluções;
b) portarias;
c) deliberações;
d) instruções;
d) circulares;
e) regimentos;
f) provimentos;
g) ordens de serviço;
h) avisos;
i) pareceres normativos;
j) súmulas administrativas com efeito vinculante para toda a Administração Pública.

No âmbito da função administrativa exercida pelo Poder Judiciário, os principais atos normativos são os regimentos dos tribunais, os provimentos dos juízos e as normas correicionais.

Quanto à função administrativa exercida pelo Poder Legislativo, os atos normativos do Legislativo que merecem maior destaque, classificando-se também como fontes formais do direito administrativo, são os decretos legislativos e resoluções do Legislativo (art. 59, VI e VII, da CF).

COSTUMES

Costume é a repetição da conduta, de maneira constante e uniforme, em razão da convicção de sua obrigatoriedade.

A norma costumeira não surge “ex abrupto”, e, sim, paulatinamente, à medida que o povo vai tomando consciência de sua necessidade jurídica.

O costume requer dois elementos: o objetivo (repetição do comportamento) e o subjetivo (convicção de sua obrigatoriedade).

A mera repetição de um mesmo comportamento, de modo uniforme e constante, mas sem que haja a convicção de sua obrigatoriedade, não é propriamente costume, mas, sim, praxe ou simplesmente hábito.

No âmbito do direito administrativo, o costume não tem natureza de norma jurídica, pois a Administração Pública deve realizar a gestão com base no princípio da legalidade.

Não se pode, destarte, aceitar o costume administrativo, que é prática reiterada de um comportamento de gestão administrativa, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Em função disso, o costume, em regra, não se classifica como fonte formal do direito administrativo, mas, sim, como fonte material.

Em alguns ramos do direito, porém, o costume também é norma jurídica, pois é uma das formas de expressão do direito, classificando-se, destarte, como fonte formal secundária.

Assim, os costumes vigentes noutros ramos do ordenamento jurídico, como o direito empresarial, direitos humanos e direito internacional público, também devem ser observados pela Administração Pública, nas matérias correlatas, pois se revestem da natureza de normas jurídicas.

Em síntese, é possível se extrair duas conclusões:

a) o costume administrativo não é fonte formal do Direito Administrativo, pois sua observância não é obrigatória, mas ele se insere como uma de suas fontes materiais, pois pode inspirar futuras leis.

b) os costumes em geral, quando obrigatórios por outros ramos do Direito, se constituem em normas jurídicas, razão pela que devem ser também observados pela Administração Pública, vinculando-a, classificando-se, excepcionalmente, nessas hipóteses, como fontes formais secundárias do direito administrativo.

No Brasil, há o predomínio da lei escrita sobre a norma consuetudinária, sobrando pouco espaço para os costumes.

Os costumes distinguem-se em:

a) costume "secundum legem": é o que auxilia a esclarecer o conteúdo de certos elementos da lei. Este costume, em função da obrigatoriedade de a exegese observá-lo, também é fonte formal secundária do direito administrativo.

Os costumes auxiliam na análise dos chamados "standard jurídico". De acordo com Limongi França, standard jurídico é o critério básico de avaliação de certos preceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço. Exemplo: a noção de honra. Outro exemplo, a noção de castigar moderadamente o filho.

b) costume "contra legem" ou negativo: é o que contraria a lei. Este costume é proibido por todos os ramos do direito.

c) costume "praeter legem": é o que supre a ausência ou lacuna da lei. É o chamado costume integrativo. Este costume, em regra, é vedado pelo direito administrativo, pois o Administrador Público, por força do princípio da legalidade, só pode fazer aquilo que a lei o autoriza. Entretanto, nos casos em que for admitido por outros ramos do direito, também deverá ser, na ausência de lei, observado pelo direito administrativo, nos assuntos correspondentes, hipótese em que será fonte formal secundária.