

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL LEMKE DE PAOLA, GRR20192078

SOBRE O ESCOPO E OS LIMITES DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

CURITIBA

2023

GABRIEL LEMKE DE PAOLA, GRR20192078

SOBRE O ESCOPO E OS LIMITES DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, curso diurno de graduação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Angela Cassia Costaldello.
Coorientadora: Profa. Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA

2023

19/06/2023, 19:31

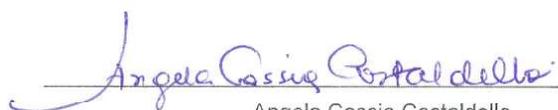
intranetjd: TCC II

TERMO DE APROVAÇÃO

"Sobre o Escopo e os Limites dos Poderes Administrativos"

GABRIEL LEMKE DE PAOLA

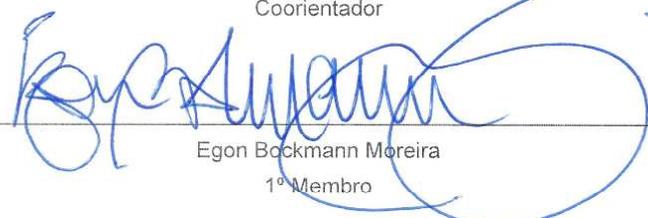
Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Angela Cassia Costaldello
Orientador



Veran Karam - em verdade, 3º membro da banca
Coorientador



Egon Bockmann Moreira
1º Membro



Katya Torres-Isaguirre
2º Membro

RESUMO

O objetivo da presente monografia é auxiliar na resolução das dificuldades atualmente presentes na jurisprudência e na doutrina brasileiras sobre o tema do controle judicial dos atos administrativos. Nos últimos anos, o controle judicial dos atos administrativos na jurisprudência nacional tem se revelado extremamente dependente de ponderações entre os princípios da separação de poderes e da legalidade, método este que atribui muito peso ao bom senso do julgador e tem resultados deveras incertos e pouco previsíveis. Essas dificuldades, acreditamos, se devem à tendência da doutrina e da jurisprudência nacionais para considerar o problema do controle judicial dos atos administrativos de maneira monolítica. Para enfrentá-las, propomos uma abordagem do problema maior em uma série de problemas menores, o que nos leva a primeiramente distinguir aquilo que chamados de ‘poderes administrativos’ dos Poderes de Estado, para então definir os “poderes administrativos” em geral, discutir alguns de seus mais importantes elementos componentes - como a discricionariedade e a presunção de legitimidade dos atos administrativos -, diferenciar as diversas dimensões em que os atos administrativos podem ser judicialmente controlados e finalmente classificar as diferentes espécies de “poderes administrativos” existentes, determinando o grau de controle a que cada uma delas se presta. Concluímos a presente monografia utilizando os conceitos anteriormente estabelecidos para fazer algumas sugestões práticas de ordem hermenêutica e político-legislativa, as quais, esperamos, poderão contribuir para trazer um pouco mais de previsibilidade ao controle judicial dos atos administrativos no Brasil, especialmente daqueles atos que são dotados de eficácia vinculante *erga omnes*.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade. Presunção de legitimidade. Controle dos atos administrativos. Poderes administrativos. Império. Gestão. Eficácia *erga omnes*. Eficácia *inter partes*.

ABSTRACT

The aim of this essay is to help solve the issues regarding the modern Brazilian jurisprudence on judicial review of administrative acts. Throughout the last few decades, Brazilian courts have been leaning heavily on the weighting of the principles of separation of the branches of government and legality as the primary means to determine whether an administrative act should or should not be subject to judicial review, a method that relies on the common sense of judges and produces widely imprecise and unforeseeable results. These difficulties, we believe, have been caused by the tendency of our national jurisprudence to approach the issue of judicial review of administrative acts as a monolithic whole. We, on the contrary, intend to break the larger problem into smaller ones, which will lead us to start by distinguishing between the Powers of the three main branches of government and the administrative powers. Then we shall define the notion of “administrative powers”, discuss some of their most relevant components - such as discretion and the legitimacy presumption of administrative acts -, devise the various different possible levels of judicial review to which they may be subject. Having done that, we will classify the many species of administrative powers, determining the adequate degree of judicial review for each of them. We conclude our examination by employing all those concepts in the form of some practical suggestions to correct the general issue on both the hermeneutic and the legislative levels, suggestions which should hopefully contribute to bring some measure of rational foreseeability to the judicial review of administrative acts in Brazil, especially to that of administrative acts which claim authority over all citizens.

Key-words: Public Administration. Discretion. Legitimacy presumption of administrative acts. Judicial review of administrative acts. Administrative powers. Administrative Imposition. Administrative management. Effects for all citizens. Effects for the parties.

SUMÁRIO:

1. Introdução	7
2. Sobre os Poderes de Estado e os poderes administrativos
2.1. Breves considerações sobre Poderes de Estado e poderes administrativos	11
2.2. O que são “poderes administrativos”?	21
3. Interlúdio; tipos de atos jurídicos e sua relevância para o direito administrativo	27
3.1. Definição e classificações gerais dos atos jurídicos, na medida em que relevantes para o direito administrativo	27
3.2. Os atos administrativos e o processo administrativo	31
4. Os poderes administrativos e a discricionariedade	35
4.1. A discricionariedade como elemento geral dos poderes administrativos	35
4.2. Dos poderes administrativos em espécie	40
4.2.1. Os poderes “gerenciais” da Administração Pública	40
4.2.2. O poder de gestão dos bens públicos	43
4.2.3. Poderes de "sacrifício de direitos" da Administração Pública	45
4.2.4. Os poderes de polícia, fiscalização e regulamentação socioeconômica¹	47
5. Conclusões	51

¹ Nesse texto, a expressão “regulamentação socioeconômica” faz referência aos regulamentos administrativos de eficácia vinculante *erga omnes*.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....56

1. Introdução

Ao longo da história da doutrina administrativa brasileira tem havido uma persistente dificuldade na definição do escopo e dos limites da discricionariedade da Administração Pública no exercício dos poderes derivados de suas competências. Não se trata de problema meramente teórico, uma vez que a questão se coloca vez após vez tanto em discussões de política legislativa quanto de aplicação jurídica. No presente momento, a teoria da discricionariedade tem funcionado como uma peça-chave na interpretação do direito administrativo e do poder da administração. Reconhece-se que a discricionariedade encontra limites na legalidade. Há, porém, grande dificuldade de que se determine, quando se trata de atos administrativos específicos, os limites do poder discricionário administrativo, sobretudo no que diz respeito ao uso regulamentar da discricionariedade administrativa.

Essas dificuldades se revertem tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacionais. A doutrina tenta solucionar o problema dos limites dos poderes administrativos por meio de uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da separação de Poderes. Atribui-se ao bom senso dos julgadores o dever de determinar quando a defesa da legalidade justifica a intervenção do Poder Judiciário na província do Poder Executivo para fazer valer as metas da legislação e quando é melhor fazer vista grossa às violações cometidas pelo Poder Executivo em deferência a sua capacidade técnica e ao princípio da separação de Poderes. Os resultados dessa abordagem são uma jurisprudência bastante incerta em torno do problema de saber quando é ou não cabível o controle judicial dos atos administrativos, bem como de que maneiras semelhante controle pode ou não se dar. Por óbvio, nada disso contribui para com a segurança jurídica dos administrados ou da própria Administração.

No presente texto, tentaremos contribuir para a consecução de um método de controle dos atos administrativos um pouco menos dependente de ponderações imprecisas entre princípios. Faremos isso tomando uma série de passos. Primeiramente, definiremos cada um dos Poderes de Estado e distinguiremos entre eles - especialmente o Poder Executivo - e os poderes administrativos. Depois, fornecemos uma definição de “poderes administrativos”. Fornecidas essas definições, trabalharemos um elemento que nos parece crucial para a boa compreensão do funcionamento dos poderes administrativos em geral, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Na sequência, apresentaremos duas classificações dos atos administrativos - atos de império e atos de gestão, atos de eficácia *erga omnes* e de eficácia *inter partes* - e, à luz da teoria do processo administrativo, discutiremos aquelas que

nos parecem ser as três principais dimensões possíveis do controle dos atos, quais sejam, as de procedimento, finalidade e proporcionalidade. Feito isso, discutiremos com calma a discricionariedade, que nos parece ser o fundamento geral dos poderes administrativos. Neste ponto, iremos distinguir entre discricionariedade real e vinculada conforme o grau de controle judicial que cada uma delas permite. Apresentaremos, então, uma classificação de quatro diferentes espécies de poderes administrativos, a saber, poderes de gestão *inter partes*, de gestão *erga omnes*, de império *inter partes* e de império *erga omnes* - aqui serão considerados institutos como a afetação dos bens públicos, os regulamentos internos, os contratos administrativos, as licitações, o poder de polícia e fiscalização, o “sacrifício de direitos” e os regulamentos de eficácia vinculante *erga omnes*. Por fim, voltamos aos problemas práticos, apresentando as consequências hermenêuticas e de *lege ferenda* de tudo aquilo que discutimos ao longo do texto. Esta nos parece uma forma adequada de finalizar o presente texto, porquanto este se destina a, na medida do possível, auxiliar na interpretação da lei e no aperfeiçoamento do sistema jurídico, mais do que a apresentar uma perspectiva distanciada e desinteressada do direito administrativo brasileiro.

Adotaremos essa abordagem porque acreditamos que muitas das dificuldades enfrentadas pela jurisprudência nacional no tema do controle dos atos administrativos derivam da tendência doutrinária e jurisprudencial em voga para considerar a questão como um todo indiviso: não se separa a função executiva da função administrativa, não se considera com calma o bastante as características específicas da presunção de legitimidade dos atos administrativos enquanto algo separado da discricionariedade, não se destaca com clareza as diferentes dimensões de controle a que os atos administrativos, não se percebe as diferentes formas em que a discricionariedade pode se revelar, não se percebe que as diferentes espécies de poderes da Administração Pública comportam diferentes formas e graus de controle em seu exercício. Acreditamos que, para que se possa começar a pensar em fornecer soluções mais precisas e previsíveis para o problema do controle dos atos administrativos, é necessário que se trace essas distinções, que se decomponha o problema em seus diferentes elementos, a partir desses componentes, se construa soluções.

No decorrer do texto, iremos divisar diferentes instrumentos, conceitos e distinções para considerar os diversos usos que a Administração Pública pode fazer de comandos e diretivas para criar normas de diversas espécies enquanto gradualmente nos aproximamos da questão central: até que ponto a Administração Pública pode ou deveria poder fazer uso de normas gerais e abstratas de eficácia vinculante *erga omnes* para fazer valer os objetivos do Estado? A resposta a essa questão nos dará indicativos importantes para a forma adequada de

se abordar o problema dos atos administrativos em geral, muito embora não o resolva por completo.

A questão do controle judicial dos atos administrativos é vasta demais para ser integralmente enfrentada no presente trabalho, mas acreditamos que o mais claro delineamento de muitos dos elementos associados ao exercício dos poderes administrativos pode dar indicações importantes para investigações futuras. Para atingi-lo, lançaremos mão de um método “racionalista”²: começaremos estabelecendo alguns conceitos básicos, os quais, devido a sua ampla capacidade para descrever situações observáveis e/ou desejáveis, bem como a sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, serão consideradas as “evidências”² de nossa demonstração; depois, pretendendo utilizar esses conceitos básicos para explicar uma série de poderes administrativos específicos, definindo seu escopo e limites; de posse dessas conclusões, tentaremos fazer algumas sugestões de política normativa; no processo argumentativo, começaremos por uma análise, identificando os elementos necessários para a boa compreensão do funcionamento adequado e/ou inadequado dos poderes administrativos, para então, num procedimento de síntese, ir da discussão destes conceitos simples à consideração dos usos mais concretos dos poderes administrativos; sabemos que, em abstrato, o caminho dos pressupostos iniciais da argumentação até as conclusões a que chegamos pode parecer difícil, talvez até mesmo contrário à visão de algumas correntes importantes sobre a teoria da divisão dos Poderes. Contudo, esperamos que, uma vez concluído o texto, a cadeia dedutiva exposta venha a se mostrar convincente - muito embora não possamos garantir que será assim³.

Tentaremos manter o corpo do texto sucinto, para dar destaque ao argumento central, já suficientemente longo por si só, e aos conceitos cuja rememoração é mais relevante para a compreensão do dito argumento. Referências bibliográficas, comentários sobre temas pontuais, digressões, respostas a objeções previsíveis, argumentos complementares e, em regra, até mesmo exemplos serão relegadas a notas de rodapé, onde os leitores poderão procurar considerações sobre questões tangenciais em que tenham particular interesse. Devido à natureza do presente trabalho, predominantemente fundamentado em considerações de caráter teórico e demonstrativo, não podemos garantir que nossos eventuais leitores estarão convencidos de nossas posições quando concluírem sua leitura. A única coisa que podemos dizer é que, se nossos argumentos forem sólidos e bem embasados na experiência e na

² Usamos o conceito de “evidências” no sentido de Descartes, ou seja, como significando proposições básicas e de fácil aceitação por sua simplicidade e utilidade na explicação da experiência jurídica e política.

³ DESCARTES, René. Regras para a Orientação do Espírito (Tradução: Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 1999. O método que resumimos se encontra explicado ao longo deste livro.

utilidade prática, poderão se mostrar convincentes. Os ditos argumentos têm essa qualidade? Esse juízo cabe em última análise a nossos leitores, não a nós.

Por fim, queremos observar que nossa exposição, se bem-sucedida, deverá ter por efeito não apenas o delineamento de certos limites ao poder administrativo, mas também a delimitação da província em que ele pode atuar sem que seja cabível a eventual anulação de seus efeitos pelo Poder Judiciário. Igualmente, esperamos que as sugestões apresentadas ao final do presente texto se mostrem capazes de ao menos auxiliar na resolução dos problemas reais que deram origem às teorias a serem aqui combatidas. Não pretendemos, ressaltar-se, fazer uma apreciação unilateralmente negativa da Administração Pública e dos poderes administrativos derivados da ou associados à discricionariedade, mas tão propor que há formas de tratar do conceito que são muito mais compatíveis com a teoria da divisão dos Poderes de Estado do que a linha atualmente adotada por partes da doutrina brasileira sem contudo esvaziar os poderes administrativos de sua significância e utilidade na organização estatal e na intervenção Estatal sobre a sociedade civil.

Com tudo isso em mente, podemos passar à argumentação em si.

2. Sobre os Poderes de Estado e os poderes administrativos

2.1. Breves considerações sobre Poderes de Estado e poderes administrativos

Como mencionamos na seção introdutória, uma boa compreensão do que são os poderes administrativos exigem um prévio entendimento do que vêm a ser os três Poderes de Estado e de como eles funcionam. A teoria da tripartite, como já antes observamos, é bastante antiga e bastante célebre, mas não tem sido incomum entre autores brasileiros de tempos recentes - destacamos, apenas a título de exemplo, as ideias de José Afonso da Silva⁴ e Eros Roberto Grau - a tendência para flexibilizá-la em nome da “eficiência administrativa”⁵. Afirma-se que o Legislador seria muito lento, incapaz de acompanhar o ritmo das mudanças sociais, além de pouco técnico, desprovido do conhecimento necessário para regulamentar o funcionamento da ordem econômica e social⁶. Dever-se-ia atribuir cada vez mais poder à Administração Pública, esta sim verdadeiramente capaz de produzir regras técnicas de ponta, destinadas à sujeição dos agentes privados ao interesse público nacional⁷.

Não pretendemos negar existam bons motivos pelos quais o Legislador possa eventualmente desejar delegar à Administração Pública direta ou indireta o poder de criar algumas normas destinadas a tratar de minúcias técnicas que ele próprio não possui nem a agilidade nem o preparo teórico para desenvolver. Esperamos, no entanto, demonstrar que essa abordagem do problema a) não implica a transferência de Poder Legislativo à Administração Pública no sentido próprio do termo, b) não faz surgir em nosso ordenamento a figura dos regulamentos autônomos, isto é, regulamentos dotados de “força de lei” e independentes de lei anterior e c) não é necessariamente uma solução universal, necessária e inevitável para todos e quaisquer problemas socioeconômicos. Para atingir essa meta, precisamos primeiro ter clareza do que vem a ser cada um dos Poderes de Estado.

⁴ SILVA, José A. da; *Processo Constitucional de Formação das Leis*: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Ver, em especial, o capítulo “Da Iniciativa no Processo de Formação das Leis”.

⁵ GRAU, Eros R. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Ver o capítulo sobre “Crítica da ‘Separação dos Poderes’: as Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito, as ‘Leis-Medida’”.

⁶ No presente trabalho, não nos ocuparemos do problema de saber o que, materialmente, vêm a ser boas normas para a economia nacional. Iremos apenas demonstrar que a boa consecução das finalidades dos Estado, uma das quais é a organização da economia e da sociedade, muitas vezes podem ser atingidas por meios e poderes outros que não a criação de normas gerais e abstratas de eficácia vinculante *erga omnes* pela Administração Pública.

⁷ O próprio Legislador aderiu em alguma medida a essa visão, tendo criado não apenas o art. 174 da Constituição Federal - doravante, CF -, como também uma série de agências administrativas reguladoras, tais como a ANA - Agência Nacional de Águas -, a ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica -, a ANM - Agência Nacional da Mineração - e afins.

Começemos por considerar a função de cada um dos três Poderes: como hoje se tornou bastante admitido, graças à ampla repercussão da obra de H.L.A. Hart⁸ - autor cujo trabalho é bastante influente na teoria geral do direito -, qualquer conjunto de normas sociais, para se tornar um ordenamento jurídico plenamente operacional, precisa resolver três grandes problemas, quais sejam, o problema da incerteza quanto a quais normas estão em vigor, o problema da estagnação do ordenamento normativo devido à ausência de regras para reger a criação de novas normas e o problema da ineficácia, resultante da falta de métodos claros para a imposição da norma sobre a sociedade que deveriam regular. Nos parece que a grande função dos três Poderes é precisamente resolver essas três grandes perplexidades: como reconhecer, alterar e aplicar as normas em vigor?⁹

Como assim? Cada um dos três Poderes de Estado nos parece grosso modo corresponder a um dos tipos de regras secundárias identificadas por H.L.A. Hart como sendo essenciais à coerência lógica e ao bom funcionamento prático de um ordenamento jurídico. O Poder Legislativo, por óbvio, responde ao problema da estagnação do ordenamento, estando fortemente relacionado às regras de câmbio e tendo por importante função a alteração das normas jurídicas em vigor; o Poder Judiciário serve, em geral, para resolver o problema da incerteza, identificando as normas jurídicas em vigor e se relaciona principalmente à regra de reconhecimento - embora menos obviamente do que nos outros dois casos, essa finalidade está no nome do Poder, já que “jurisdição” é “dizer o direito”; o Poder Executivo serve primariamente para resolver o problema da ineficácia das normas jurídicas, se relacionando prioritariamente às regras de “adjudicação”¹⁰ - ou seja, o Poder Executivo serve, em grande medida, para tornar socialmente eficaz o ordenamento jurídico e fazer cumprir suas prescrições.

Não seria correto traçar uma paridade termo a termo entre as regras de câmbio e o Poder Legislativo, entre a regra de reconhecimento e o Poder Judiciário, entre as regras de “adjudicação” e o Poder Executivo.¹¹ A própria regra de reconhecimento não se constitui

⁸ HART, H.L.A. *The Concept of Law: Second Edition* (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). Oxford University Press: Clarendon Law Series. Ver capítulos sobre “Law as the union of primary and secondary rules” e “The foundations of a legal system”.

⁹ Vale observar que existe uma correlação entre esses três problemas e os três planos da teoria do fato jurídico - vigência/existência, validade e eficácia -, mas este é um tema de teoria geral do direito que não temos necessidade de ou tempo para abordar aqui.

¹⁰ Colocamos o termo entre parênteses porque a expressão inglesa “adjudication”, empregada por Hart, não tem o mesmo sentido que a portuguesa “adjudicação”. Trata-se de um caso de falso cognato.

¹¹ Por exemplo: o Poder Judiciário cria normas jurídicas concretas e específicas novas na medida em que interpreta e aplica a lei, além de por vezes fazer valer diretamente suas decisões; o Poder Legislativo deve saber identificar quais são as normas constitucionais vigentes para conseguir criar leis válidas, além de eventualmente lançar mão de mecanismos de investigação e aplicação das próprias decisões; o Poder Executivo eventualmente

exclusivamente no fato de que o Poder Judiciário identifica certas e determinadas normas como sendo válidas e outras não, mas também no fato de que a população como um todo reconhece em certos diplomas normativos - tais como a Constituição federal - a fonte fundamental do direito válido e em certas instituições sociais - tais como os próprios Poderes de Estado - as organizações legitimadas para reconhecer, alterar e aplicar o direito tanto em nível geral e abstrato quanto em nível concreto e específico. Nada obstante, a percepção de que cada um desses Poderes existe primariamente para resolver um dos três problemas nos ajuda na compreensão do modo de funcionamento específico de cada um dos três Poderes.

Com isso em mente, passamos à descrição dos três grandes Poderes de Estado, a serem posteriormente comparados com os poderes administrativos.

Começemos pelo Poder Legislativo: trata-se do poder de fazer leis humanas vigentes e vinculantes em um determinado Estado. Leis são proposições gerais e abstratas dotadas de relevância ampla. Ao contrário das leis naturais, proposições que se pretendem descritivas, as leis humanas são normativas, ou seja, se propõe a moldar a forma como os seres humanos se comportam. Há leis humanas de caráter moral e consuetudinário, mas apenas as leis estatais são vigentes e vinculantes *erga omnes* - sobre todos: vigentes porque existentes como parte de um determinado ordenamento jurídico; vinculantes por não poderem, em tese, ser ignoradas pelos agentes do Estado, ainda que sua aplicação possa vir a ser afastada por eles em certas circunstâncias de ordem fática e/ou jurídica¹².

As leis exercem um papel muito importante no ordenamento jurídico, porquanto, sendo vigentes e dotadas de eficácia vinculante *erga omnes*, se constituem em uma das principais fontes das normas a serem aplicadas pelos juízes e demais agentes estatais. As leis são as proposições encontradas nos textos normativos manufaturados pelo Poder Legislativo, sendo a partir de tais textos - quando ainda forem vigentes - que os diversos agentes públicos devem construir as normas a serem aplicadas nos casos concretos com que se confrontam.

Quando da feitura das leis, deve o Poder Legislativo seguir alguns cânones metodológicos específicos, o mais importante dos quais é a ponderação¹³. A ponderação é um

precisa criar normas jurídicas novas e deve ordinariamente saber identificar as normas jurídicas em vigor para conseguir tornar eficaz o ordenamento jurídico.

¹² FERRAZ JR., Tércio S. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação (11ª edição). São Paulo: Gen/Atlas, 2019. Veja-se a seção sobre “A identificação do Direito como Norma” do capítulo sobre “Dogmática Analítica ou a ciência do direito como teoria da norma”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social ou Princípios do Direito Constitucional (Tradução: Ciro Lourenço Borges Jr. e Thiago Vargas). In. PIMENTA, Pedro Paulo; MATTOS, Franklin de (Orgs.). Rousseau: escritos sobre a política e as artes. Brasília: Ubu, editora UnB (p. 495-649). Veja o capítulo “Onde se trata da legislação”. Ambos os livros discutem a noção geral de lei.

¹³ MILL, J.S. A System of Logic: Ractionative and Inductive. University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul. Veja-se o célebre capítulo “Of the Logic of Practice, or Art; Including Morality and Policy” do livro

método pelo qual se compara utilidades, escolhendo-se quais devem ser buscadas e como se-as-deve buscar. Atualmente, tem sido reconhecido ser a ponderação composta por três etapas, quais sejam, os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Em apertada síntese: no teste de adequação, o avaliador considera o problema de saber se as medidas que pretende adotar irão de fato atingir a meta que se propõe a atingir; no teste de necessidade, o avaliador considera o problema de saber se não há outro conjunto de medidas igualmente adequado à consecução dos efeitos desejados e menos prejudicial à consecução de outras metas socialmente relevantes, ou seja, como menos amplos e graves efeitos colaterais; no teste de proporcionalidade, o avaliador considera o problema de saber se as metas atingidas pela medida que se pretende implementar valem o custo das outras utilidades que terão de ser sacrificadas em prol de sua consecução. O resultado da ponderação é não uma demonstração no sentido da lógica clássica, mas sim um corpo de considerações passíveis de “determinar o intelecto”¹⁴, ou seja, de induzi-lo a uma ou outra conclusão sobre o tema analisado, sendo esse o método pelo qual se toma decisões de caráter prático - é, portanto, o método adequado àquilo que se costumava chamar de artes, campos como o direito, a engenharia, a educação e a medicina.

Se o Poder Legislativo se ocupa da feitura das leis, cabe ao Poder Judiciário interpretá-las e aplicá-las aos casos concretos¹⁵. Não se trata de uma atividade puramente

seis, “On the logic of the moral sciences”, para uma discussão sobre o uso do método da ponderação pelo legislativo. MILL, J.S. Considerações sobre o governo representativo (Tradução: Denise Bottmann; Apresentação: Mauro Cardoso Simões). São Paulo: L. & Pm pocket, 2017. Veja-se o capítulo “Sobre as funções próprias dos órgãos representativos” para uma interessante discussão sobre o método do Poder Legislativo. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Veja-se o capítulo sobre “A estrutura das normas de direitos fundamentais” para uma descrição do princípio da proporcionalidade em suas três faces.

¹⁴ Expressão clássica, introduzida por J.S. Mill, e desde então muito utilizada por filósofos políticos de língua inglesa nas discussões sobre o método da filosofia política e da filosofia do direito. Ver: MILL, J.S. A Liberdade/Utilitarismo: Introdução de Isaiah Berlin (Tradução: Eunice Ostrensky). São Paulo: Martins Fontes, 2000. Sobretudo o capítulo das “Observações gerais” do livro sobre “Utilitarismo”. Lá se descreve o método demonstrativo da ética, que não resultaria em “provas”, mas em “considerações capazes de determinar o intelecto” (p. 182-183).

¹⁵ DINAMARCO, Cândido R. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Editores, Editora Juspodivm, 2020. Veja-se o capítulo sobre “Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil” do primeiro volume. JÚNIOR, Humberto T. Jurisdição e Competência. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, setembro de 2000 (p.145-182). Nessas duas obras se pode encontrar interessantes comentários sobre as principais características da Jurisdição. A questão da jurisdição também é discutida de forma interessante e relevante para a visão aqui apresentada em algumas obras filosóficas sobre o direito, tais como: HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade (Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo). São Paulo: editora Unesp, 2020. Veja-se, em especial, os capítulos “Para a reconstrução do direito (1); o sistema de direitos” e “Para a reconstrução do direito (2); os princípios do Estado de Direito” DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Tradução: Marcelo Brandão Cipolla). São Paulo: Martins Fontes, 2018. Veja-se a seção sobre o “Direito” no capítulo sobre “Política”. HEGEL, G.W.F. Princípios da Filosofia do Direito (Tradução: Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes, 1997. Veja-se a subseção sobre “A jurisdição” da seção sobre “A Sociedade Civil” da parte sobre “A moralidade objetiva”. Complementarmente: MILL, J.S. Considerações sobre o governo representativo (Tradução: Denise Bottmann; Apresentação: Mauro Cardoso Simões). São Paulo: L. & Pm pocket, 2017. Veja-se o capítulo “Sobre os governos representativos

mecânica de lógica silogística clássica. No mais das vezes, os julgadores recombina diferentes proposições de diplomas legislativos de modo a, com auxílio de princípios jurídicos, construir uma solução para o problema concreto que se coloca, o qual raramente se encontra completamente prefigurado na lei. Noutros casos, o julgador reproduz soluções jurisprudenciais desenvolvidas anteriormente, sobretudo quando se trata de questões repetitivas. Às vezes, se combinam proposições legais, argumentos jurisprudenciais e mesmo teorias doutrinárias para que se solucione um caso mais complexo. Entretanto, trata-se de uma atividade que parte de fontes jurídicas pré-estabelecidas. É assim porque, de outra forma, seria muito difícil produzir segurança jurídica e igualdade de tratamento entre os cidadãos, valores que são importantes porque, sem segurança jurídica, o planejamento econômico de longo prazo se torna muito mais difícil e, sem isonomia, os diferentes cidadãos têm mais dificuldade em se ver como cidadãos de um mesmo Estado e, com isso, de se organizar como sociedade. É apenas tomando suas decisões de maneira consistente que o Poder Judiciário consegue criar uma certa solidariedade e uma certa ordem na sociedade civil. Ora, essas metas não são compatíveis com a constante mudança de entendimento em questões importantes e recorrentes¹⁶.

Contudo, de nada importariam todos esses métodos de interpretação da lei se a solução atingida pelo Poder Judiciário não assumisse uma certa estabilidade. É necessário que as soluções dos litígios sociais sejam claras e sólidas, pois apenas dessa maneira elas serão capazes de encerrar os conflitos concretamente considerados. Para conseguir pôr um termo mais ou menos estável aos litígios é que as decisões judiciais transitadas em julgado - ou seja, contra as quais não mais cabem recursos - fazem coisa julgada. Quer isto dizer que, uma vez que a decisão foi atingida, não será mais possível, salvo em casos excepcionais e correspondentes a um rol legal tipo cerrado de hipóteses, que as partes outrora litigantes coloquem em questão a validade das disposições normativas finalmente resultantes do processo judicial. Voltaremos a este ponto, mas vale observar que as decisões judiciais

federais”, onde se encontra uma interessante discussão sobre o sistema americano de controle de constitucionalidade e a forma de atuação da Suprema Corte.

¹⁶ RUSSELL, Bertrand. Da Denotação. In. Os Pensadores: Russell, Moore (Tradução: Pablo Rubén Mariconda). São Paulo: Abril Cultural, 1974 (p.9-20). Excelente discussão dos fundamentos da nova lógica. DWORKIN, Ronald. Law 's Empire. London: Fontana Press, 1986. A obra inteira se ocupa da teoria da interpretação. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica (Tradução: Flávio Paulo Meurer). Petrópolis: Vozes, 1999. Outra obra sobre o tema cuja leitura se recomenda na íntegra. ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico: 11ª edição (Tradução: João Baptista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Veja a “Introdução” e os capítulos “Sobre o sentido e a estrutura da regra jurídica” e sobre “A elaboração de juízos concretos a partir de regras abstratas. A interpretação e compreensão destas regras.”

produzem efeitos *erga omnes*, mas só fazem coisa julgada, isto é, só se tornam indiscutíveis *inter partes* - entre as partes litigantes¹⁷.

Partes da doutrina consideram que a característica essencial do Poder Judiciário seja sua atuação na resolução dos litígios sociais. Outros consideram que tanto a atuação litigiosa quanto a aplicação da lei são características fundamentais do Poder Judiciário, considerando que a diferença fundamental entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo é que o Poder Judiciário aplica a lei a situações de litígio enquanto o Poder Executivo a aplica administrativamente de ofício. É verdade que os membros do Poder Executivo aplicam a lei - como de resto os agentes privados também o fazem -, mas essa aplicação não se reveste de uma autoridade equiparável à da coisa julgada ou à dos atos jurídicos perfeitos cartorários, sendo esse o motivo pelo qual se presta a controle judicial em processo comum. De fato, se o Poder Executivo fosse o poder de aplicar a lei de ofício, seria contraditório considerar a possibilidade de que o Poder Judiciário revisasse a aplicação da lei feita pelo Poder Executivo: com efeito, o Poder Judiciário estaria nesse caso invadindo a competência interpretativa do Poder Executivo. Nos aprofundaremos nesse tema ao longo dos próximos parágrafos, mas por agora bastará antecipar que a ideia de que o Poder Executivo seria o poder de aplicar a lei de ofício deriva de uma confusão entre Poder Executivo e poderes administrativos.

Por fim, podemos tratar do Poder Executivo¹⁸. Em um certo sentido, o mais vasto dos Poderes de Estado - por ser fisicamente o maior, composto pelo maior número de agentes públicos e, com isso, detentor da maior capacidade impositiva. Em outro, o menos extravagante - serviços públicos, como atualmente se reconhece, podem ser prestados por agentes privados em alguns casos. Trata-se do poder de levar a cabo os desígnios normativos, de fazê-los cumprir. Sem o Poder Executivo, o Estado não conseguiria realizar os serviços públicos¹⁹, serviços públicos esses que são de crucial importância para a concretização dos direitos fundamentais. Afinal de contas, não é apenas pelo autocontrole e pela inação que o Estado protege a liberdade, a igualdade, a vida e a propriedade, mas também pela prestação de

¹⁷ LIEBMAN, Enrico T. Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamento relativos ao direito brasileiro) (Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires). Rio de Janeiro: Forense, 1984. A obra discute a relação entre coisa julgada *inter partes* e efeitos *erga omnes* da sentença.

¹⁸ MILL, J.S. Princípios de Economia Política: com algumas de suas aplicações à Filosofia Social. (Introdução: W.J. Ashley; Tradução de Luiz João Baraúna). São Paulo, Abril Cultural, 1983. Trata-se de importante fonte para algumas das, ainda que não todas as, ideias sobre o Poder Executivo apresentadas a seguir. Veja-se, em especial, os capítulos sobre “As funções do governo em geral”, “Interferências governamentais baseadas em teorias errôneas” e “Os fundamentos e limites do princípio do “Laissez-faire” ou da não-interferência” do livro cinco, sobre “A influência do governo”.

¹⁹ Serviço público é aqui entendido no sentido de Marçal Justen Filho. O tema será discutido em subseção específica.

serviços públicos que, realizando direitos sociais como a educação, a saúde e a segurança pública, aproximam a população de um ideal de autonomia, meta essa cuja consecução também é uma das finalidades dos principais direitos fundamentais clássicos - liberdade, igualdade, vida e propriedade.

Para conseguir realizar esses direitos, o Poder Executivo comanda uma vasta quantidade de instrumentos associados à realização dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e dos serviços públicos a eles associados. Podemos mencionar, dentre outros, as execuções penais de que o Poder Executivo se encarrega, os fomentos públicos que utiliza - que não são, em si, serviços públicos, mas se destinam a fazer avançar finalidades de interesse público -, os hospitais e escolas que possui, as empreitadas que articula, os tributos que coleta, as agências de policiamento ostensivo, investigativo e fiscalização econômica que comanda e os auxílios de seguridade social que presta.

Com isso, chegamos aos poderes administrativos. Os poderes administrativos não se confundem com o Poder Judiciário de interpretar as leis, com o Poder Legislativo de criá-las ou com o Poder Executivo de concretizar seus desígnios, mas é instrumental às atividades conduzidas por todos os três²⁰. Isso nos leva à necessidade de enfrentar um mito muito difundido: a ideia de que os poderes administrativos seriam as faculdades do Poder Executivo, sendo seu exercício a função deste Poder. Na verdade, os poderes administrativos não são faculdades exclusivas do Poder Executivo, muito embora, sendo ele o mais vasto dos Poderes em termos de número de órgãos na maior parte dos países, seja também ele o Poder que tem a seu serviço maior número de administradores públicos e, com isso, o Poder que mais regularmente faz uso dos poderes administrativos. De fato, todos os três Poderes de Estado podem fazer uso de poderes administrativos, já que os poderes administrativos são poderes-meio do exercício da Administração Pública. Ou seja: em essência, os poderes administrativos são poderes meio, destinados a viabilizar o exercício dos Poderes de Estado propriamente ditos.

²⁰ Nem todos os poderes administrativos podem ser utilizados por todos os Poderes de Estado. No Brasil, por exemplo, desapropriações e vendas de bens imóveis costumam ser vistas como competências administrativas privativas do Poder Executivo - muito embora essa regra não esteja presente no art. 3º do Decreto-Lei 3365/1941. Contudo, também os Poderes Legislativo e Judiciário em regra podem utilizar poderes administrativos de gestão *inter partes*, de império *erga omnes* - ex. poder de polícia - e de gestão *erga omnes* - ex. presunção de legitimidade dos atos administrativos.

A confusão entre Poder Executivo e poderes administrativos²¹ talvez se origine da tendência para enxergar a fiscalização das atividades dos agentes privados como a principal atividade do Poder Executivo, sendo que é nessas atividades que se encontra mais claramente o exercício do império pelos agentes públicos. De fato, todas as atividades do Poder Executivo, desde a prevenção de crimes pelo policiamento ostensivo até a providência de saúde pública, passando pela articulação da educação pública, pela litigância pública, pela organização do sistema de assistência social e previdência, pela organização do exército, da marinha, da aeronáutica e do corpo de bombeiros, pela construção de infraestrutura urbana e de saneamento básico e pela condução das atividades empresariais estatais, fazem uso de processos administrativos e se vinculam pelos princípios gerais do regime jurídico-administrativo/ regime jurídico de direito público, mas é uma distorção afirmar dessas atividades que são essencialmente administrativas - na iniciativa pública como na privada, a administração é essencial para a realização da atividade fim e permeia a atividade fim, mas não é a atividade fim.

O Poder Executivo não criou o Sistema Único de Saúde, por exemplo, para poder realizar licitações, concursos públicos e contenciosos administrativos, mas articulou as licitações, os concursos públicos e contenciosos administrativos para conseguir fazer o Sistema Único de Saúde. Tampouco a polícia ostensiva e investigativa e as agências de fiscalização econômica servem para promover investigações, realizar prisões e aplicar multas: estes são instrumentos da polícia na tentativa de realizar sua verdadeira finalidade, a promoção da segurança pública e da estabilidade econômica. Seria um contrassenso alegar que a finalidade do Poder Executivo é apenas administrar: ele administra para cumprir sua finalidade de prestação de serviços públicos, não o contrário.

Ademais, há de se admitir que os Poderes Legislativo e Judiciário exercem uma vasta gama de poderes administrativos. Juízes e desembargadores, para conseguir conduzir suas atividades, precisam do auxílio de uma série de outros profissionais - tanto estatutários quanto celetistas -, com os quais se relacionam sob a regência de princípios e mecanismos de processo administrativo. Para obter os bens de que precisam para a realização de suas tarefas, lançam mão de licitações e contratos administrativos. Tanto eles quanto, no mais das vezes, seus funcionários são selecionados por meio de concurso público. Fazem uso de uma série de

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. Veja-se o capítulo "Da Dicotomia Ato vinculado *versus* Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade". GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Veja-se o capítulo sobre "Crítica da 'Separação dos Poderes'; as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as 'leis-medida'".

bens públicos de uso especial afetados à realização da função judiciária do Estado. Apontam diretores do foro para comandar suas estruturas burocráticas internas; empregam sindicâncias e processos administrativos disciplinares para fiscalizar seus funcionários, sendo também como base nesses instrumentos que a própria atividade judicial é fiscalizada por órgãos como o CNJ. Fazem uso de oficiais de justiça para exercer os poderes de polícia administrativa necessários à garantia do cumprimento de suas decisões e assim por diante - autores antigos, como Hegel²² e Locke²³, chegam até mesmo a eventualmente confundir a Administração Pública com o Poder Judiciário.

O Legislativo não é menos preñado em exemplos. Em primeiro lugar, os próprios representantes legislativos são agentes públicos a atuar como órgãos do Estado no exercício de suas funções, ainda que sejam agentes de um tipo especial, agentes políticos. Os agentes políticos exercem uma função pública vinculada às regras gerais de processo administrativo. O processo de confecção, execução e controle dos orçamentos públicos, para todos aqueles que consideram ser a LOA uma lei em sentido formal²⁴, é um processo administrativo protagonizado pelo Poder Legislativo que trata do uso dos bens públicos. Os tribunais de contas, conselhos fiscais destinados a auxiliar o Poder Legislativo no controle dos orçamentos e fornecer pareceres sobre o tema, são órgãos de contencioso administrativo capazes de exercer poderes de polícia e fiscalização sobre os demais órgãos da Administração Pública, sobretudo aqueles vinculados ao Poder Executivo.

De fato, a doutrina segunda a qual o Poder Executivo é o poder de administrar, correspondente a uma “função administrativa”²⁵ do Estado, resulta na emergência de dois importantes paradoxos. O primeiro deles é que²⁶ o exercício dos poderes administrativos pelos Poderes Legislativo e Judiciário é tão banal que, se os poderes administrativos forem exclusivos do Poder Executivo, deve-se admitir que a independência estrutural dos Poderes Legislativo e Judiciário em relação ao Poder Executivo e a correlata necessidade de que aqueles tenham auxílio de estruturas administrativas próprias implicam uma colossal e constante violação ao princípio da separação de Poderes que ela se destina a proteger.

²² HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito* (Tradução: Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes, 1997. Ver o subitem sobre “O poder do governo” do item sobre “A Constituição interna para si” da subseção “O Direito Político Interno” da seção sobre “O Estado” da parte sobre “A moralidade objetiva”.

²³ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo* (Tradução: Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ver o capítulo “Do Poder Legislativo, executivo e federativo da sociedade política” do “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”.

²⁴ Ou seja, que só vincula o Estado, não a sociedade civil em geral.

²⁵ FILHO, Marçal J. *Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada*. São Paulo: Saraiva, 2005. Essa visão aparece, por exemplo, no capítulo sobre “A atividade da Administração Pública”.

²⁶ Embora o princípio da separação de Poderes não seja absoluto e haja espaço para combinação de funções em casos pontuais.

O segundo paradoxo é talvez mais grave. Comumente se diz, sob a teoria da identidade entre Poder Executivo e poderes administrativos, que o Poder Executivo é o poder de aplicar a lei a situações não contenciosas e o Poder Judiciário é o poder de aplicá-la a situações contenciosas, mas, se é assim, como é possível que o Poder Judiciário exerça controle sobre os atos administrativos sem violar a separação de Poderes? Se ambos, Judiciário e Executivo, têm o poder da hermenêutica, como seria possível que a interpretação judicial pudesse prevalecer sobre a executiva? Tradicionalmente, se reconhece ser a feitura de regulamentos autônomos, de regulamentos de execução e de regulamentos vinculantes sobre todos, bem como a realização de contenciosos administrativos, exemplos clássicos de poderes administrativos. Para a teoria da equiparação, os poderes administrativos são a marca do Poder Executivo. Pois bem, se estes são poderes exclusivamente executivos, como é possível que o Judiciário e o Legislativo exerçam controle sobre eles sem violar a separação de Poderes? Mas, se esse controle não pudesse ser exercido, não implicaria isto na concentração de todos os três Poderes de Estado pela estrutura do Poder Executivo? Não se tornaria ele capaz de julgar litígios e criar normas gerais e abstratas vinculantes *erga omnes* sem qualquer possibilidade de restrição ou controle pelos outros Poderes de Estado? A título de se preservar o princípio da separação de Poderes, estaríamos permitindo sua mais absoluta deturpação, concentrando-se todas as funções estatais nas mãos do Poder Executivo.

Uma solução comum para o problema exposto no parágrafo anterior é postular que o controle judicial dos atos administrativos é possível porque a situação a que se aplica a lei deixa de ser não-contenciosa tão logo se instaure o litígio perante o Poder Judiciário, passando a caber a ele a competência hermenêutica. Essa solução, porém, nos parece inadequada na medida em que leva à curiosa conclusão de que o Poder Executivo, embora sendo - para essa teoria - um Poder de caráter normativo, só é dotado da autoridade de um Poder de Estado enquanto seus comandos forem espontaneamente obedecidos, perdendo essa autoridade tão logo isso deixe de acontecer.

Ora, qual seria então o sentido em se dizer que o Poder Executivo é o poder de aplicar a lei a situações não contenciosas? Que Poder de Estado é esse que só é um Poder de Estado protegido pelo princípio da separação de Poderes enquanto for espontaneamente obedecido?

Ante ao exposto, devemos concluir que os poderes administrativos não podem ser a essência do Poder Executivo, pois, de outra forma, a separação de Poderes seria logicamente impossível, e cabe a nós juristas interpretar o ordenamento jurídico como um corpo lógico e coerente, não como um antro de paradoxos.

Ao longo dos parágrafos anteriores, demonstramos que a tendência para identificar Poder Executivo e poderes administrativos opera uma inversão entre meios e fins - poderes administrativos e consecução dos direitos fundamentais. Também apontamos para o fato de que semelhante identificação torna obscuras as fronteiras entre os três Poderes e faz com que o controle jurisdicional dos atos administrativos dependa de uma ambígua ponderação entre legalidade e separação dos Poderes. Assim sendo, devemos considerar suficientemente demonstrada a ausência de identidade entre Poder Executivo e poderes administrativos. De todo modo, o constituinte de 1988 parece concordar com essa visão, vez que tratou do Poder Executivo e da Administração Pública em capítulos diferentes do texto constitucional.

Descartada a identidade entre Poder Executivo e poderes administrativos, devemos apresentar uma abordagem alternativa do funcionamento dos poderes administrativos e de seu controle jurisdicional. Precisamos explicar como é possível preservar o princípio da separação dos Poderes - tão crucial para proteger a população contra abusos de poder pelas autoridades - sem comprometer a capacidade da Administração Pública de realizar suas metas. Faremos isso por meio de uma tipologia dos poderes administrativos e dos métodos de controle jurisdicional a cada uma de suas espécies adequados, mas antes disso precisaremos retomar alguns conceitos importantes da teoria dos atos jurídicos e da teoria geral do processo administrativo.

2.2. O que são “poderes administrativos”?

Antes de avançar, precisamos apresentar algumas definições. Ao longo do presente texto, muito já falamos em e muito mais iremos discutir os “poderes administrativos”. Entretanto, este não é um conceito tradicional e consolidado da doutrina administrativa. Para defini-lo, primeiro devemos esclarecer o que entendemos por “administração” e depois o que entendemos por poderes. Por fim, discorreremos brevemente sobre aquele que nos parece um dos institutos cruciais do direito administrativo, a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Nossa definição de “administração” será bastante próxima das doutrinas clássicas, partindo da noção de função administrativa²⁷. Afirmamos na subseção anterior que os poderes administrativos são poderes meio destinados a auxiliar na realização das finalidades dos Poderes de Estado. Aqui retomamos essa ideia, postulando que isto se faz pela aplicação de

²⁷ FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Veja-se, em especial, o capítulo sobre “A atividade de administração pública”.

ofício do direito mediante a prática de atos normativos de estrutura tanto geral e abstrata quanto concreta e específica, ou seja, da emissão de normas aplicáveis a uma grande quantidade de situações indistintamente - ainda que não *erga omnes*, como veremos nas próximas seções - ou a algumas situações pontuais e determinadas. Administrar, portanto, é empregar normas para comandar a atuação dos agentes públicos e eventualmente mesmo dos agentes privados com vistas à consecução dos direitos fundamentais e mais imediatamente à efetivação dos desígnios dos três grandes Poderes de Estado.

Tendo definido “administração”, precisamos agora determinar o que viriam a ser “poderes”. Poder não é ato, mas potência²⁸: é a capacidade para a concretização de atos. Os poderes administrativos não são os atos administrativos, mas sim a legitimidade²⁹ de que os agentes públicos gozam para praticá-los, legitimidade essa que deriva da atribuição de uma competência pública a esses agentes. Quem possui competência se encontra legitimado ao emprego de mecanismos e institutos jurídico-administrativos com vistas à prática de certos atos administrativos. Quem possui competência possui legitimidade e possui, portanto, um poder.

Para que os agentes públicos possam conduzir suas atividades sem que sua legitimidade e, portanto, seu poder para fazê-lo seja constantemente colocado em questão pelos cidadãos em geral e pelos eventualmente afetados em particular, é necessário que essa legitimidade se revista de uma outra qualidade: não basta ter legitimidade, é necessário gozar de uma presunção de legitimidade³⁰. Esta é um elemento muito importante da atividade administrativa, mas curiosamente pouco visível em dispositivos legais explícitos do ordenamento jurídico, a qual, como acima se indicou, tem grande importância tanto para garantir segurança jurídica quanto para possibilitar à Administração Pública o exercício eficaz de suas atividades. Podemos apontar como seus mais importantes casos de positivação legal os artigos 783, 784 - especialmente seus incisos IV, IX e XI - e 785 do CPC, mas essas fontes apenas atribuem fé pública e legitimidade *prima facie* a atos administrativos específicos, tais

²⁸ HÖFFE, Otfried. Aristóteles: Introdução (Tradução: Roberto Hofmeister Pich). Porto Alegre: Artmed, Filosofia, 2008. Para estas noções aristotélicas, veja-se, por exemplo, os capítulos do título sobre “O Filósofo?”, especialmente o capítulo sobre “Pessoa e obra”.

²⁹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução (10ª edição revista e modificada). São Paulo: Saraiva jur, 2018. Veja-se, em especial, os capítulos sobre “Sujeito de direito. A pessoa natural ” e “Representação”, onde se discute a noção de “legitimidade jurídica”. MELLO, Marcos B. de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia/1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2011. Veja-se, em especial, o capítulo “Das situações jurídicas simples ou unissubjetivas”, onde se discute, dentre outras coisas, a diferença entre capacidade e legitimidade.

³⁰ A presunção de legitimidade dos atos administrativos, é, porém, bastante discutida na doutrina: FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Veja-se o capítulo sobre “Atividade Administrativa e Procedimentalização”, onde se aborda o tema da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

como as inscrições de devedores da Fazenda Pública em dívida ativa e os resultados das consultas à Fazenda Pública Federal sobre a tributação. Vale notar que mesmo atos e negócios privados podem se revestir dessa presunção de legitimidade dos atos administrativos. É o caso dos atos privados que se constituem por registro público - por exemplo, a compra e venda imóveis - ou aos quais se atribui pública forma - contratos lavrados na presença de cartório e de duas testemunhas. Desta maneira, esse poder administrativo precisa ser, em sentido mais geral, deduzido da análise de princípios como os acima mencionados - segurança jurídica e supremacia do interesse público. Esse poder essencialmente faz com que os atos administrativos devam ser tidos *prima facie* como válidos, devendo-se atribuir-lhes eficácia jurídica. Isso se aplica aos diversos tipos de atos administrativos, sejam eles exercícios dos poderes de polícia e fiscalização, a publicação de um edital de licitação ou concurso, o resultado desta licitação ou concurso, um contrato administrativo, um regulamento interno da Administração Pública, um regulamento dotado de força de lei emitido pela Administração Pública, uma desapropriação, a concessão de um fomento administrativo, um licenciamento ou quaisquer outros atos administrativos. Desse modo, o ônus da prova é automaticamente colocado contra os agentes privados afetados pelo ato administrativo em questão.

A presunção de legitimidade não é rigorosamente um poder administrativo nem deriva da discricionariedade administrativa, mas está fundamentalmente associado tanto à discricionariedade quanto aos diversos poderes administrativos dela derivados. É porque a lei é incompleta e não se pode saber de imediato se as decisões da Administração Pública são ou não acertadas que a legitimidade dos atos administrativos discricionários precisa ser presumida temporariamente. Como a legalidade de cada uso individual dos poderes administrativos pode gerar dúvidas, a presunção de legitimidade dos atos administrativos é um escudo importante para evitar que a atuação da Administração Pública seja constantemente colocada em questão.

O fundamento da presunção de legitimidade dos atos administrativos assenta-se em parte no caráter incompleto da lei, em virtude do qual surge a necessidade de sua interpretação pelos agentes administrativos; se a interpretação dada à lei pelos agentes administrativos e os juízos de conveniência e oportunidade por eles feitos no usos dos poderes administrativos pudessem ser colocados em questão *ad nutum* - ou seja, de imediato - pelos agentes privados, a ação da Administração Pública se tornaria excessivamente lerda em sua atuação; assim sendo, atribui-se aos atos administrativos em geral uma presunção *prima facie* de legitimidade, surgindo um ônus da prova desfavorável ao agente privado e favorável à Administração Pública. Na medida em que torna mais célere e eficiente o exercício dos

demais poderes administrativos, a presunção de legitimidade dos atos administrativos é de grande importância para fazer valer a supremacia do interesse público, garantindo que aquilo que num primeiro momento parece ser o interesse público possa ser levado a cabo sem maiores embaraços. Com efeito, numa situação de aparente risco a Administração Pública pode exercer seu poder de polícia diretamente, ficando o problema de saber com certeza de seu uso foi legítimo e de reparar um uso eventualmente ilegítimo ou exagerado para uma posterior análise pelo Poder Judiciário.

Entretanto, essa presunção de legitimidade também pode trazer consequências favoráveis aos agentes privados, sobretudo na medida em que promove a segurança jurídica. Se um agente privado recebeu uma autorização da Administração Pública para conduzir uma determinada atividade e agiu nos termos e limites da autorização recebida, a Administração Pública não pode, se não se demonstrar má-fé do agente privado em questão, puni-lo pela prática da atividade autorizada, ainda que a Administração Pública houvesse se equivocado quanto à licitude de tal atividade. Se recebeu uma autorização da Administração Pública, o agente privado tem razões para acreditar na licitude da atividade que irá conduzir, de tal sorte que a dita autorização cria uma presunção de boa-fé e erro de ilicitude por parte do agente privado, presunções essas que são passíveis de excluir sua culpabilidade por eventuais ilícitos diretamente resultantes da realização da atividade relevante. O mesmo raciocínio vale para uma infinidade de outras situações: os privados não podem ser responsabilizados por terem agido conforme orientação da Administração Pública.

De fato, há um caso curioso é que, para preservar a segurança jurídica e as expectativas legítimas dos agentes privados, é possível que alguém que não possui nem competência nem legitimidade para a prática de atos administrativos, pode ainda assim ter suas ações revestidas da presunção de legitimidade dos atos administrativos, por meio da chamada “teoria do funcionário de fato”³¹. Ela é bastante conhecida e amplamente aceita em nossa doutrina e jurisprudência nacionais, estabelecendo que, se um agente privado ou um agente público desprovido de competência para a prática de certos atos administrativos, esses atos administrativos podem ainda assim ter seus efeitos preservados caso as circunstâncias de sua prática fossem tais que houvesse uma aparência suficiente de que seu praticante era efetivamente legitimado para praticá-los. Tudo isso porque é necessário proteger a confiança

³¹ MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo: 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. Veja-se, em especial, a seção sobre “Agentes públicos” do capítulo sobre “Servidores públicos”, onde se discute, dentre outras coisas, a “teoria do funcionário de fato”.

dos cidadãos na Administração Pública e preservar suas expectativas legítimas quanto à validade e eficácia de certos atos jurídicos.

Devido ao caráter público dos atos da administração, a presunção de legitimidade de que eles se revestem produz efeitos sobre todos - *erga omnes* -, fazendo com que todos aqueles que tomam conhecimento da prática de um determinado ato administrativo possam juridicamente supô-lo legítimo e agir de acordo com ele. Nada obstante, trata-se de efeito que não chega, por si só, a afetar relações jurídicas pertinentes a direitos e interesses alheios, mas tão somente criar uma presunção a favor de outros atos administrativos dotados destes efeitos, motivo pelo qual entendemos ser ele próprio um poder de mera gestão, não de império. De fato, embora a presunção de legitimidade dos atos administrativos transmita o ônus da prova a quem deseja contestar a validade da atuação da Administração Pública, não se trata, por óbvio, de presunção absoluta, não passível de questionamento ou de afastamento pela força dos fatos - eis outro motivo para que a consideremos como um poder de mera gestão, que não altera, por si só, direitos e interesses, mas apenas faz com que as alterações pertinentes de direitos e interesses pareçam legítimas.

Outro exemplo importante do uso da presunção de legitimidade dos atos administrativos é a feitura de regulamentos destinados a simplificar a fiscalização administrativa das condutas privadas. Muitas vezes, a administração estabelece normativas de padronização. Fixa, por exemplo, determinado valor de IPTU para determinada área urbana. Lista as quantidades de substâncias químicas cuja presença é aceitável em diferentes bacias hidrográficas. Estabelece quais drogas são consideradas perigosas e ilícitas. Define quais condutas são consideradas indícios de sonegação fiscal. Estabelece os prováveis valores venais de imóveis transacionados. Fixa boas práticas no exercício de diversas profissões. Estabelece, dentro das hipóteses legalmente previstas, as sanções a serem aplicadas a cada um dos diferentes tipos de ilícitos administrativos imputáveis aos agentes privados. Delimita quais documentos e meios de prova serão aceitos como suficientes para a demonstração da ocorrência ou não ocorrência dos diversos eventos que cabe à Administração Pública fiscalizar. E assim por diante. Em alguns casos, faz isso com expressa autorização legal - caso que discutiremos em maiores detalhes adiante -, mas nem sempre é assim.

Ora, quando a lei não atribui à Administração Pública o poder de definir com eficácia vinculante *erga omnes* padrões de conduta e avaliação dos fatos, as presunções da Administração Pública não podem funcionar como presunções absolutas³², mas ainda podem, na medida em que revestidas pela presunção de legitimidade dos atos administrativos,

³² Ou seja, como presunções que não podem ser afastadas por prova em sentido contrário.

funcionar como presunções simples, colocando o ônus da prova contra o agente privado. Ou seja, o agente privado pode colocar em questão a correção dos padrões definidos pela administração da perspectiva da consecução dos fins normativos a que eles se destinam, mas esses padrões gozam de uma presunção a seu favor que faz com que, na ausência de provas contrárias, tenham razoável importância na formação da convicção judicial³³. Até porque o maior grau de especialização dos técnicos administrativos em comparação aos juízes faz com que os ditos juízes tenham uma tendência a atribuir bastante credibilidade às visões desses técnicos sobre problemas de ordem fática e padrões probatórios para questões específicas.

³³ DE PAOLA, Leonardo S. Presunções e ficções no direito tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. A obra inteira trata do tema das presunções, mas podemos indicar os capítulos sobre “Presunções relativas e simples no processo administrativo tributário” e sobre “Estudo de casos” como particularmente relevantes para a análise do uso de presunções pela Administração Pública. ELLIOTT, E.D.; ESTY, Daniel C. Advanced Introduction to U.S. Environmental Law. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2021. Veja-se os capítulos sobre “How U.S. environmental law is really made” e “Recurrent themes in U.S. environmental law”, onde se explica a presunção de correção de que as normas da Administração Pública sobre níveis de poluição gozam.

3. Interlúdio: tipos de atos jurídicos e sua relevância para o direito administrativo

3.1. Definição e classificações gerais dos atos jurídicos e sua importância para o direito administrativo

Antes que possamos discutir os poderes administrativos propriamente, é necessário que venhamos a compreender os atos administrativos, tradicionalmente vistos como a unidade mínima do direito administrativo - muito embora atualmente exista uma corrente que atribui esse papel ao processo administrativo em vez disso, tema que voltaremos mais adiante. Começaremos dando uma rápida - e clássica - definição de ato jurídico, e então passaremos a discutir duas classificações dos atos jurídicos que nos parecem bastante importantes para fins do direito administrativo.

Primeiramente, o que é um ato jurídico? Um ato jurídico é um tipo de fato jurídico resultante de maneira culposa ou dolosa de uma conduta humana³⁴.

Uma distinção de relevantes consequências entre tipos de atos jurídicos é aquela entre negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito. Em essência, considera-se que os negócios jurídicos são atos cujos efeitos jurídicos se projetam apenas entre as partes diretamente envolvidas, ou seja, são *inter partes*, enquanto os atos jurídicos em sentido estrito são atos cujos efeitos se projetam em relação a uma coletividade indeterminada, o chamado “sujeito passivo universal” - potencialmente, a totalidade da sociedade civil. Dessa forma, pode-se dizer que os negócios jurídicos são atos que podem muito bem ser e até mesmo tendem a ser “privados”, no sentido de que só precisam ser conhecidos pelas partes diretamente envolvidas e por eventuais agentes do Estado que deverão fazer valer seus efeitos jurídicos. Os atos jurídicos em sentido estrito, por sua vez, devem, ao menos em tese, poder ser conhecidos por qualquer um, já que qualquer um pode vir a ser afetado por seus efeitos. O resultado é que, embora não haja empecilhos a que os negócios jurídicos recebam pública forma e se tornem, para certas finalidades, públicos, os atos jurídicos em sentido estrito não podem funcionar se não forem em maior ou menor medida públicos. Ninguém além dos

³⁴ MELLO, Marcos B. de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência (21ª edição). São Paulo: Saraiva jur, 2017. _ Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia/1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2011. _ Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. São Paulo: Saraiva jur, 2019. A teoria a seguir exposta é descrita ao longo da obra como um todo. Indicamos, porém, o capítulo sobre “A classificação do fato jurídico” do título sobre “Conceito e Classificação dos Fatos Jurídicos; do Fato Jurídico ao Plano da Existência” do primeiro volume, sobre o “Plano da Existência”. Lá pode-se encontrar, dentre outras, definições de fato jurídico, ato jurídico e ato-fato jurídico. Trata-se da principal fonte das doutrinas deste e dos próximos parágrafos.

cônjuges precisa, salvo em situações bastante específicas como os negócios de alienação imobiliária, conhecer os termos do pacto antenupcial - negócio jurídico - feito entre eles, mas é do interesse de uma massa indeterminável de pessoas saber desses cônjuges que estão casados ou se encontram em união estável - atos jurídicos em sentido estrito. Uma promessa de contrato de compra e venda imobiliária - negócio jurídico - não precisa ser registrado, ainda que seu eventual registro possa trazer maior segurança jurídica aos negociantes, mas o ato de transferência imobiliária - ato jurídico em sentido estrito - não pode produzir efeitos jurídicos senão após o registro, pois a todos interessa saber quem é o proprietário deste ou daquele imóvel. Isso porque todos devem, no sistema do Código Civil brasileiro, respeitar os efeitos jurídicos de um casamento ou da propriedade de um imóvel, mas apenas os contratantes/pactuantes precisam respeitar os efeitos jurídicos de um contrato/pacto.

No que diz respeito ao direito público, podemos apontar que as leis, cujos efeitos são sempre *erga omnes*, são exemplos clássicos de atos jurídicos em sentido estrito, enquanto as coisas julgadas judiciais são sempre *inter partes*, muito embora se possa considerá-las como sendo atos-fatos em vez de negócios jurídicos, uma vez que a coisa julgada não resulta da vontade concreta deste ou daquele julgador, mas do esgotamento dos recursos previstos no sistema jurídico-processual - a lei vincula a todos, enquanto a coisa julgada só se torna imutável em relação às partes diretamente envolvidas no processo que a gerou. Veremos na próxima seção que, embora os atos administrativos em geral tenham pública forma - o que é importante para possibilitar seu adequado controle -, nem todos eles são atos jurídicos em sentido estrito, muitos só produzem efeitos jurídicos em relação às partes diretamente envolvidas - sendo, portanto, negócios jurídicos³⁵.

Uma segunda distinção entre tipos de atos jurídicos administrativos é aquela entre atos de império e atos de gestão. Alguns importantes teóricos do direito administrativo, como

³⁵Vale uma breve observação sobre o tema: partes da doutrina civilista mais tradicional consideram que a principal diferença entre atos e negócios jurídicos reside no fato de que os atos jurídicos seriam mais legalmente vinculados enquanto os negócios jurídicos seriam marcados por um maior espaço de liberdade para o exercício da autonomia privada, mas sentimo-nos tentados a adotar, aqui, o argumento oferecido por Marcos Bernardes de Mello: na atualidade, a grande maioria dos principais negócios jurídicos em uso na sociedade se encontra amplamente codificada e regida por uma vasta série de dispositivos legais, de tal sorte que o espaço para a o exercício da autonomia privada na feitura dos negócios jurídicos não é mais algo tão distintivo quanto já foi; com efeito, o critério dos efeitos *erga omnes* versus *inter partes* parece hoje mais relevante que a comparação em termos de graus de importância da autonomia da vontade para a distinção entre atos e negócios jurídicos. Por isso adotamos sua definição em detrimento da mais antiga no presente trabalho.

Veja-se MELLO, Marcos B. de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência (21ª edição). São Paulo: Saraiva jur, 2017. Veja-se em especial o capítulo “Do Negócio Jurídico” do título sobre a “Conceituação Sucinta das Espécies Lícitas”.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶, buscaram abjurar essa classificação dos atos administrativos, considerando-a como destinada única e exclusivamente a limitação da responsabilidade civil do Estado, que, segundo uma visão atualmente abandonada, só poderia responder civilmente por atos de gestão, nunca por atos de império. Acreditamos, porém, que, se bem descrita, a distinção entre atos de império e atos de gestão pode nos ajudar a entender melhor os diversos poderes da Administração Pública. A ideia geral é que os atos de gestão com características básicas próximas dos atos daquelas dos atos de direitos privados, ainda que dotados de forma pública, enquanto os atos de império envolveriam o uso de poder público e iriam se orientar à consecução do interesse público - voltaremos a esses conceitos mais adiante.

Os atos de império são atos de subordinação dos agentes ao Poder Público e os atos de gestão são atos de coordenação³⁷ entre agentes e Poder Público, agentes esses que podem ser privados ou, em alguns casos, públicos. Isso, porém, não é uma definição boa o bastante, uma vez que coordenação e subordinação são tipos ideais dos quais os casos reais se aproximam ou se afastam, havendo casos intermediários como os contratos administrativos - contratos que, enquanto tais, implicam coordenação entre agentes privados e Administração Pública, mas que são permeados pela presença das “cláusulas exorbitantes” - poderes legalmente reconhecidos por meio dos quais o Estado pode unilateralmente alterar algumas cláusulas dos contratos que faz com os agentes privados -, nas quais se vislumbra elementos de subordinação entre agentes privados e Administração Pública.

Assim sendo, digamos que os atos de império são atos unilaterais e não-receptícios capazes de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas pertinentes aos agentes privados. São unilaterais porque são praticados por apenas um dos sujeitos jurídicos interessado, ou, se o forem por mais de um dos sujeitos interessados, ainda assim serão atos tomados em um sentido único³⁸, motivo pelo qual a validade de tais atos também só depende de manifestação em um sentido. São não-receptícios, o que significa que sua eficácia também não depende da

³⁶ MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo: 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. Veja-se em especial a seção sobre “Classificação dos Atos Administrativos” do capítulo sobre “Atos Administrativos”.

³⁷ FERRAZ JR., Tércio S. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação (11ª edição). São Paulo: Gen/Atlas, 2019. Veja-se a seção sobre “Teoria dos conteúdos normativos ou dogmática das relações jurídicas” do capítulo sobre “Dogmática analítica ou a ciência do direito como teoria da norma” para uma análise das noções de “subordinação” e coordenação”. AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução (10ª edição revista e modificada). São Paulo: Saraiva jur, 2018. Veja-se especificamente o capítulo sobre “Os fatos jurídicos”, onde se encontra alguma discussão sobre as noções de negócios jurídicos bilaterais e unilaterais, “receptícios” e “não-receptícios”.

³⁸ Um testamento é um exemplo de ato unilateral, pois, em regra, é um ato dotado de um sentido único, em que as prestações não correspondem a contraprestações.

aceitação por parte de seus destinatários³⁹. Cabe destacar a capacidade dos atos de império de criar, modificar e extinguir relações jurídicas pertinentes aos agentes privados. Esta capacidade é crucial para distingui-los de atos de gestão *erga omnes*, uma vez que, no caso destes - que têm um sujeito passivo universal -, não há sentido em atribuir-lhes caráter receptício ou não-receptício, mas há de se admitir que não criam, modificam ou extinguem relações jurídicas de seus sujeitos passivos, mas apenas dão-lhes a conhecer certos fatos.

Na próxima seção, iremos refletir mais detalhadamente sobre a aplicação dessas duas classificações - atos em sentido estrito e negócios jurídicos, atos de império e atos de gestão - à teoria dos atos administrativos em específico, e veremos ser ela prenhe de consequências para a descrição do escopo e dos limites de cada um dos tipos de poderes administrativos derivados da faculdade da discricionariedade administrativa. Mas, para isso, precisaremos fornecer um conceito operacional de discricionariedade e de ato administrativo.

Antes de prosseguirmos, porém, deve-se fazer uma breve observação sobre os atos e fatos jurídicos. Embora nos refiramos a atos e a fatos jurídicos com grande naturalidade, é necessário observar que não raro um único evento no mundo se desdobra em uma série de fatos e atos jurídicos diferentes. Um homicídio, por exemplo, apresenta uma diversidade de dimensões: a morte que dele resulta é um fato jurídico da perspectiva do direito das sucessões e da responsabilidade civil; a ação do homicida é, da perspectiva do direito penal, um ato jurídico. Um contrato firmado em instrumento público é, enquanto contrato, um negócio jurídico e, enquanto instrumento público, um ato jurídico em sentido estrito pelo qual se torna público o conhecimento de uma relação privada. O contrato de união estável firmado em instrumento público é um negócio jurídico tornado público por ato jurídico em sentido estrito e dependente, para sua validade, do “ato-fato” jurídico da união estável. Essa multiplicidade de consequências jurídicas passíveis de derivar de um único evento no mundo deve ser tida em mente também quando se analisa os atos administrativos, pois, como veremos, não é incomum que uma única atividade administrativa venha a representar uma manifestação de dois poderes administrativos diferentes. Em especial a presunção de legitimidade dos atos administrativos, como veremos, é um poder administrativo que não costuma ser exercido em isolamento, tendo por função principal o revestimento e proteção do exercício de outros poderes administrativos.

³⁹ Testamentos, ao contrário, são receptícios, pois seus beneficiários precisam aceitar receber sua fatia das heranças e legados.

3.2. Os atos administrativos e o processo administrativo

Há, na doutrina administrativista, uma certa discussão em torno do problema de saber se o conceito básico do direito administrativo é o de ato administrativo ou o de processo administrativo. De um lado, o que distingue os atos administrativos de outros tipos de atos jurídicos é justamente o fato de que os atos administrativos se orientam à consecução de metas específicas e se vinculam a processos e procedimentos específicos relativos à Administração Pública. De outro, um processo sem um procedimento não passa de uma teoria metodológica abstrata, sendo que um procedimento não é nada além de uma sequência de atos orientada à consecução de uma finalidade específica. Portanto, o ato administrativo e o processo administrativo estão fortemente relacionados entre si, na medida em que o ato administrativo é organizado por um processo administrativo e o processo administrativo se concretiza através de procedimentos e atos administrativos. Com isso, percebemos que só seremos capazes de descrever os processos e atos administrativos se enfrentarmos ambos os problemas simultaneamente⁴⁰.

Não pretendemos, aqui, retomar a totalidade da teoria do processo administrativo. Iremos nos limitar a chamar atenção a alguns poucos pontos de interesse imediato para o presente trabalho.

Em primeiro lugar, gostaríamos de observar que, enquanto método, o processo administrativo possui uma série de princípios, princípios esses que são de crucial importância para permitir o controle judicial das atividades administrativas, pois é com eles que o julgador deverá confrontar as atividades administrativas concretas para determinar se os atos delas resultantes são válidos ou não.

O processo administrativo comporta três grandes conjuntos de princípios, conforme suas funções dominantes. Nos parece que, dentre os princípios de processo administrativo previstos no art. 37 da CF e no art. 2º da LPAF, alguns se destinam majoritariamente a garantir a finalidade pública dos processos administrativos, alguns se destinam majoritariamente a regular os procedimentos da atuação administrativa e alguns se destinam majoritariamente a assegurar a eficácia da atuação da administração na busca da consecução

⁴⁰ DALLARI, Adilson A.; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Veja-se sobretudo a “Apresentação”, onde se discute a importância do processo administrativo. MOREIRA, Egon B. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*; 2ª edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Essas duas obras fornecem a base geral para as análises de processo administrativo aqui apresentadas, muito embora nem tudo o que dizemos aqui esteja prefigurado nelas.

das finalidades públicas. Ao longo dos próximos parágrafos, iremos considerar primeiro a dimensão de finalidade, depois a de procedimento e por fim a de proporcionalidade.

Princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público se destinam a proporcionar o controle de finalidade pública da atividade administrativa. O que é esse interesse público que é indisponível e supremo? Certos autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, consideram que seja o conjunto dos interesses humanos que não são meramente individuais homogêneos, mas verdadeiramente coletivos e difusos, doutrina essa que tem por dificuldade o fato de opor o interesse público aos direitos fundamentais, o que torna muito difícil justificar sua supremacia e indisponibilidade. Ora, se o interesse público é supremo, indisponível e distinto dos direitos fundamentais - que por vezes correspondem a interesses individuais homogêneos -, então ele faz tábula rasa dos direitos fundamentais e, com eles, do Estado Democrático de Direito. Não é difícil ver que essa teoria é inconsistente, justamente por colocar o interesse público contra aquelas que parecem as mais importantes finalidades do ordenamento jurídico. Assim sendo, privilegiamos a abordagem de autores como Marçal Justen Filho⁴² e Gustavo Binbenbojm⁴³, para quem o interesse público consiste na consecução dos direitos fundamentais. Essa teoria de fato é mais ampla que a anterior, vez que os direitos fundamentais possuem dimensões individuais homogêneas, coletivas e difusas. Com efeito, as decisões administrativas passam a ser entendidas não mais em termos de uma ponderação do interesse público contra os direitos fundamentais, mas sim de uma ponderação entre direitos fundamentais, sendo a finalidade da atividade administrativa fazer avançar o desfrute dos direitos fundamentais pela população. É aqui que entra o princípio da moralidade.

Muitos princípios de processo administrativo se destinam a garantir um padrão procedimental democrático, respeitador dos direitos fundamentais e capaz de preservar as expectativas razoáveis da população. Aqui entram princípios como a segurança jurídica, o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, a publicidade, motivação, moralidade e impessoalidade. Muitos desses princípios, embora dotados de caráter procedimental, servem para proteger direitos fundamentais. Desta forma, seu cumprimento é essencial para que se

⁴¹ MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo: 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. Veja-se, em especial, o capítulo sobre “O regime jurídico-administrativo”.

⁴² FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Veja-se em especial o capítulo sobre “Principiologia e sistema de direito administrativo”.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. Veja-se, em especial, o capítulo sobre “Direitos fundamentais e democracia como fundamentos estruturantes do Estado democrático de direito. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito administrativo”.

possa proceder à avaliação das outras dimensões da análise das atividades da Administração Pública, a saber, as de finalidade e proporcionalidade.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa servem para garantir o aperfeiçoamento das decisões administrativas ao sujeitá-la a críticas, vez que tais críticas permitem descartar teorias ruins, melhor compreender teorias boas e construir teorias melhores pela combinação dos melhores elementos de cada uma das teses confrontadas⁴⁴. Os princípios da legalidade e da segurança jurídica buscam proteger as expectativas dos cidadãos garantindo que não haja imposição de condutas sem base em fontes legais e que situações consolidadas pela conduta de boa-fé pelos agentes não possam ser subitamente desconstituídas. A legalidade, em particular, assegura que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer o que quer que seja senão em virtude da lei, ou seja, que agentes públicos ou privados não podem obrigar outros agentes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se tal obrigação não tiver embasamento legal. A impessoalidade⁴⁵ assegura a necessidade de que os agentes públicos não tracem distinções arbitrárias e atuem de maneira isonômica, só tratando os diferentes agentes privados de maneiras diferentes quando isto for objetivamente necessário à otimização da consecução dos direitos fundamentais. A publicidade serve para permitir a fiscalização da atuação administrativa pela população em geral e pelo Judiciário e interessados jurídicos em particular. A moralidade estabelece a necessidade de que a atuação dos agentes administrativos preserve as expectativas de boa-fé dos cidadãos e se destine à consecução de finalidades de interesse público. A motivação é crucial para que se possa conhecer a finalidade a que um ato administrativo deveria ter se destinado e os motivos que levaram o agente público praticante a acreditar que os meios por ele escolhidos eram adequados à dita finalidade, pois, ainda que essa finalidade afirmada não corresponda à realmente buscada pelo agente, é necessário que ela seja afirmada para que se possa saber o quão próximo ou distante os resultados do ato praticado ficaram dela.

Por fim, há princípios que se destinam à avaliação da eficácia dos atos administrativos, naquilo que se pode chamar de controle de finalidade. O primeiro deles é o da finalidade, segundo o qual os atos administrativos devem ser destinados a uma finalidade de interesse público, finalidade essa que é a base para que se possa determinar se os meios escolhidos pela Administração Pública foram corretos ou equivocados. O segundo é o da

⁴⁴ MILL, J.S. *A Liberdade/ Utilitarismo: Introdução de Isaiah Berlin* (Tradução: Eunice Ostrensky). São Paulo: Martins Fontes, 2000. Veja-se, em particular, o célebre capítulo “Da liberdade de pensamento e discussão”.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio B. de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. É uma obra bastante recomendável sobre a aplicação do princípio da isonomia ao direito administrativo, fundamentalmente ligado ao princípio da impessoalidade.

razoabilidade, segundo o qual as decisões tomadas pela Administração Pública devem corresponder a ponderações racionalmente aceitáveis. O terceiro é o da proporcionalidade, segundo o qual as decisões da Administração devem ser adequadas e necessárias à finalidade a que se destinam, bem como resultantes de uma correta ponderação entre diferentes direitos e interesses fundamentais. O quarto desses princípios é o da eficiência, segundo o qual os direitos fundamentais devem ser concretizados pelos meios que mais eficazes possíveis: aqueles que proporcionem o melhor equilíbrio entre qualidade, quantidade e custo.

Concluimos esta seção com o exemplo de um instituto que nos permitirá ilustrar as três dimensões de que falamos. Trata-se do serviço público. Os serviços públicos podem ser definidos como aqueles que contribuem diretamente para a busca da consecução de uma garantia otimizada dos direitos fundamentais à população, sendo assim dotados de finalidade pública. Justamente para proporcionar o cumprimento de sua finalidade pública é que os serviços públicos geralmente se realizam em regime de direito público, sendo esta uma garantia procedimental de que seus prestadores busquem atuar com eficiência e direcionem sua atuação a finalidades de interesse público. Por fim, os serviços públicos podem ser prestados pelo Estado, por agentes privados ou por ambos em conjunto, devendo-se escolher o regime que seja mais proporcional à execução eficiente, ponderada e razoável de suas finalidades.

Tendo exposto os diferentes princípios componentes do processo administrativo em suas dimensões de finalidade, procedimento e proporcionalidade, consideramos concluída nossa retomada da teoria do processo administrativo e avançamos para a teoria da discricionariedade e das espécies de poderes administrativos.

4. Os poderes administrativos e a discricionariedade

4.1. A discricionariedade como elemento geral dos poderes administrativos

Uma das características mais importantes dos poderes administrativos reside no fato de que eles dependem, em maior ou menor medida, da discricionariedade administrativa, discricionariedade essa que, de certa forma, nasce do próprio princípio da legalidade administrativa, mas também é limitada por ele.

Ao longo da presente seção, iremos primeiro considerar o problema da discricionariedade em abstrato e depois utilizar a teoria assim desenvolvida para considerar quatro tipos de poderes administrativos, cada um dos quais deduzido de uma das combinações de classificações explicadas por nós na primeira parte da seção anterior. Cabe começar, porém, por uma definição básica de discricionariedade. Quando falamos de discricionariedade, do que estamos falando?

Argumentamos, em consonância com a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a discricionariedade resulta da indeterminação natural das palavras⁴⁶. As palavras, afinal de contas, são representações do mundo criadas pelos seres humanos, instrumentos resultantes da associação mental e normativa entre sons, letras - de caráter visual - e entidades extralinguísticas no mundo, cuja forma específica é essencialmente arbitrária e consuetudinária. De fato, cada ser humano precisa, ao aprender uma palavra nova, construir suas próprias associações mentais entre ela e os entes no mundo, construção que pode ser profundamente auxiliada por um estudo da sintaxe, da semântica e da pragmática do uso daquela palavra, mas que, no fim das contas, correrá sempre o risco de ter certo grau de imperfeição. Isto porque, em se tratando de operação que depende, em grande medida, da experiência do indivíduo que aprende a usar a palavra da realização da associação psicológica entre ela e os entes por ele empiricamente conhecidos, sempre haverá espaço para diferenças subjetivas na compreensão que diferentes pessoas têm dos mesmos termos, diferenças essas que refletirão distinções entre as experiências subjetivas de vivência no mundo dos diversos indivíduos. De resto, todos os instrumentos humanos são instrumentos imperfeitos para a

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio B. de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros editores, 1992. Novamente nos reportamos a esta obra clássica sobre o princípio da discricionariedade. TADIÉ, Alexis. *Figuras do Saber: Locke* (Tradução: José Oscar de Almeida Marques). Campinas: estação liberdade, 2005. Veja-se em especial o capítulo sobre “A Linguagem”, onde se discute a teoria de John Locke sobre o tema, voltada para o caráter subjetivo da associação conceitual e linguística.

consecução das funções a que se destinam, e a linguagem, que também é um instrumento humano, não deixa de sê-lo.

Assim, não há lei inequívoca, capaz de regular o mundo sem falhas ou pontos obscuros, pois não há representação linguística inequívoca e sem lacunas. As analogias de Kelsen e Hart são bastante célebres: Kelsen⁴⁷ compara o texto normativo à uma moldura, dentro da qual cabem diversas pinturas diferentes - as normas judiciais -, mas não qualquer pintura; Hart⁴⁸, por sua vez, diz que as normas são como lâmpadas, iluminando claramente uma determinada área, projetando sombras nas áreas que não vem a atingir e gerando uma zona de penumbra entre os pontos iluminados e sombrios. Analogias simples, mas que manifestam bem a ideia. Podemos mencionar outro exemplo: a cor bordô é um tom de vermelho ou um tom levemente mais escuro que os tons de vermelho? Essa é uma zona de penumbra linguística para a qual é difícil dar uma resposta irretocável. De fato, mesmo normas que estabelecem penas e multas máximas e mínimas deixam espaço para discricionariedade na medida em que se faz necessário saber como se pode selecionar valores específicos dentro de tais intervalos numéricos. Não é necessário - embora fosse possível -, para fins do presente trabalho, discutir a formação das palavras ou a lógica em sua integralidade. Basta deixar claro que as palavras, representações humanas criadas por associações entre sons e entes visuais e destinadas a ser instrumentos da descrição do mundo, dependem de associações psicológicas subjetivas que, enquanto tais, são necessariamente limitadas pela experiência do ouvinte, de forma que sempre haverá algum espaço para imprecisão descritiva, por mais que o uso refinado da linguagem possa reduzir esse espaço. É daí que surge o problema da discricionariedade em seu sentido mais geral, a saber, do caráter indeterminado dos termos linguísticos.

A linguagem jurídica tem ainda outras aberturas para a discricionariedade⁴⁹. Faz uso de muitos conceitos normativos, isto é, conceitos que implicam um juízo de valor sobre os entes no mundo - “honra”, “boa-fé”, “culpa”, etc. -, além de, em alguns casos, intencionalmente optar por conceitos mais amplos e capazes de cobrir maior gama de

⁴⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: 3ª edição (Tradução: João Batista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2018. Veja-se o capítulo sobre “Interpretação”.

⁴⁸ HART, H.L.A. The Concept of Law: Second Edition (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). Oxford University Press: Clarendon Law Series. Veja-se em especial o capítulo sobre “Formalism and rule-scepticism”.

⁴⁹ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico: 11ª edição (Tradução: João Baptista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Veja-se em especial o capítulo sobre “Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário; Cláusulas gerais.” MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se especialmente a “Introdução” para uma discussão sobre a relação entre as cláusulas gerais e a metodologia flexível e adaptável do Código Civil de 2002.

situações, mas, exatamente por isso, imprecisos - são as cláusulas gerais, como a própria “boa-fé” objetiva. Além disso, qualquer texto legal geral e abstrato, criado para reger uma infinidade de situações concretas e tomando em conta conhecimentos gerais sobre o funcionamento do mundo e da sociedade, precisará ser interpretado quando de sua aplicação ao caso concreto - interpretar, afinal, é ir aos textos e conhecimentos do passado e tentar utilizá-los para a solução de problemas do presente, fazendo com que o significado dos próprios textos evolua. A experiência dos Legisladores, por mais sábios que sejam, é limitada, de tal sorte que eles não são capazes de prefigurar todas as eventuais situações concretas que seus textos possam vir a precisar ser usados para resolver, de tal sorte que semelhantes textos sempre precisarão ser integrados pelos julgadores, sempre terão de ser interpretados por eles.

Contudo, a discricionariedade levantou e ainda levanta um grande problema: como garantir que a discricionariedade não se transforme em arbitrariedade, como garantir que não comprometa a previsibilidade da conduta dos agentes estatais e que seu uso não se desvie da finalidade do sistema jurídico? Trata-se de um problema de ordem geral, que levou a diversas controvérsias na teoria do direito, a mais célebre das quais se deu entre Hart e Dworkin⁵⁰.

Retornamos, pois, ao elefante na sala: a aparente oposição entre discricionariedade e legalidade. A legalidade, como observamos na seção anterior, implica que ninguém possa vir a ser obrigado a fazer ou deixar de fazer o que quer que seja senão em virtude da lei, enquanto a discricionariedade representa justamente as limitações na capacidade da lei de efetivamente reger todos os casos relevantes de litígios humanos e exercício do poder.

Em regra, a discricionariedade no exercício dos poderes administrativos é limitada pela legalidade, o que quer dizer que o agente público não pode atuar para além das restrições procedimentais e dos escopos materiais que a legislação vigente estabelece para o exercício de semelhantes poderes. Além disso, a discricionariedade administrativa não pode ser exercida com vistas a qualquer finalidade que seja da preferência momentânea do administrador público concretamente considerado a exercê-la, mas tão somente com vistas às finalidades que lhe foram atribuídas imediatamente pela lei e mediatamente pela Constituição. Esses limites são consistentes com a teoria geral dos atos administrativos que fornecemos na seção anterior, segundo a qual o que separa os atos administrativos de atos puramente privados de exercício de poderes jurídicos é o fato de que eles devem necessariamente se orientar à consecução dos direitos e metas fundamentais do ordenamento jurídico e seguir, em sua

⁵⁰ HART, H.L.A. *The Concept of Law: Second Edition* (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). Oxford University Press: Clarendon Law Series. Veja-se o “Postscript”, excelente fonte para a polêmica entre Hart e Dworkin e representativo do pensamento maduro de Hart sobre o tema.

execução, cânones e princípios típicos dos processos públicos, tais como a legalidade, a publicidade, a moralidade, a proporcionalidade e a eficiência.

Deve-se considerar, porém, uma distinção entre dois tipos de finalidade, distinção entre dois subtipos de exercício de poder discricionário, quais sejam, a discricionariedade real - ou discricionariedade em sentido estrito - e a discricionariedade vinculada⁵¹. A discricionariedade real existe quando, respeitadas os limites processuais e as finalidades da lei e da Constituição a que os atos administrativos se vinculam, os juízos de conveniência e oportunidade operados pelo administrador público quando da prática do ato considerado não se prestam mais a qualquer tipo de revisão judicial no que diz respeito a sua correção, necessidade e adequação; quando, por exemplo, um Presidente da República escolhe um de três nomes arrolados em uma lista tríplice para preencher um determinado cargo público, se tal escolha respeitou os procedimentos previstos para sua realização e não incorreu em fraude à lei ou em desvio de finalidade - escolher ocupantes de cargos para beneficiar amigos e parentes ou enriquecer pessoalmente -, não cabe ao Poder Judiciário se pronunciar sobre o problema de saber se o presidente acertou ou não em sua decisão⁵².

A discricionariedade vinculada é um pouco diferente da real. O Poder Judiciário não pode nem deve estar constantemente se sub-rogando à Administração Pública no exercício ordinário de suas funções, nem é adequado que ele perpetuamente coloque em questão a correção das decisões dos demais agentes públicos. Contudo, no que diz respeito à discricionariedade vinculada, a possibilidade de que o Poder Judiciário se pronuncie sobre a conveniência e a oportunidade das decisões tomadas pela Administração Pública, julgando-as em termos de proporcionalidade, necessidade e adequação, ou seja, ponderando-as. Discutiremos exemplos adiante, mas adiantamos que os poderes de polícia e fiscalização, bem como a feitura de regulamentos com força de lei pelas agências reguladoras nos parecem pertencentes a essa categoria.

⁵¹ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico: 11ª edição (Tradução: João Baptista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Veja-se em especial o capítulo sobre “Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário; Cláusulas gerais.”, onde essa distinção entre discricionariedade real e vinculada pode ser encontrada. Em sentido semelhante: BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. Veja-se em específico o capítulo “Da dicotomia Ato Vinculado *versus* Ato Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade.”

⁵² RIBEIRO, Leonardo C. O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”: Uma Nova Abordagem da Ação Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Este interessante ensaio trata extensamente daquilo que chamamos aqui de “Discricionariedade Real”, pela qual a administração deve escolher um instrumento de intervenção entre os vários institutos que a lei disponibiliza para a consecução de um determinado fim, escolha que se deve basear em critérios de oportunidade e conveniência.

Percebemos, pois, a presença de três dimensões na análise dos atos administrativos em sua relação com a discricionariedade, cada uma das quais se associa a uma das grandes características dos atos administrativos discutidas na seção anterior. Essas dimensões são as já citadas análise de procedimento, análise de finalidade e análise de proporcionalidade. Grosso modo, a análise de procedimento se vincula aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica, da impessoalidade - incluindo imparcialidade e isonomia - e da legalidade, a análise de finalidade se vincula aos princípios da moralidade, da finalidade - por óbvio -, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público e a análise de proporcionalidade se vincula aos princípios da eficiência, da razoabilidade e, por óbvio, da proporcionalidade.

Cabe destacar que, por vezes, um único evento de atuação da Administração Pública implica o exercício de dois ou mais poderes administrativos simultaneamente. Essa é uma importante aplicação daquilo que estabelecemos no começo da seção anterior, a saber, que a um único evento no mundo podem corresponder vários fatos e atos jurídicos diferentes, cada um deles associado a um aspecto específico do evento em questão.

Ao longo das próximas quatro subseções, classificaremos as principais espécies de atos administrativos como correspondentes a atos jurídicos em sentido estrito ou a negócios jurídicos, como marcadas pelo exercício do império ou da mera gestão. Além disso, indicaremos corresponderem elas ao exercício de uma discricionariedade real ou vinculada. Faremos, sempre que possível, referência ao fundamento constitucional de cada um dos principais tipos de poderes administrativos. Com tudo isso em conta, podemos passar à análise das espécies de poderes administrativos.

4.2. Dos poderes administrativos em espécie

4.2.1. Os poderes “gerenciais” da Administração Pública⁵³

Alguns poderes da Administração Pública guardam grande similaridade com poderes de direito privado. São poderes que se exercem por meio de negócios jurídicos e que não implicam império, mas tão somente gestão. Estão vinculados pelos cânones administrativos gerais de procedimento e finalidade, mas de uma maneira mais leve, com mais espaço para adaptação, o que se dá justamente por não implicarem eles uma subordinação dos agentes privados ao Poder Público no sentido forte, estando muito mais próximos a um ideal de coordenação entre agentes públicos e privados. Além disso, são poderes de eficácia *inter partes*, ou seja, cujos efeitos jurídicos se limitam às partes diretamente envolvidas. Por tudo isso, não há, em tese, espaço para controle de proporcionalidade do exercício de tais poderes, muito embora em alguns casos esse tipo de controle possa parecer existir.

Podemos dizer que as principais formas dos poderes administrativos privados são as licitações, concursos e contratos administrativos, as conciliações administrativas, os fomentos administrativos, as concessões, autorizações e permissões administrativas, as auto-obrigações administrativas, os processos administrativos disciplinares, as sindicâncias, os contenciosos administrativos e os regulamentos internos da Administração Pública. Explorar em detalhes cada uma dessas formas de atuação da Administração Pública não é o objetivo deste trabalho, mas tentaremos dar uma ideia geral do porquê de eles se aproximarem do direito privado. Chamaremos esses poderes de “poderes gerenciais”⁵⁴.

Porque esses poderes não implicam império nem possuem eficácia *erga omnes*, nos parece possível argumentar que sua utilização prescinde, em tese, de previsão legal específica - muito embora atualmente eles sejam majoritariamente regidos por leis específicas. Com

⁵³ Podemos indicar algumas obras que foram de grande importância para a confecção da presente seção: MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo: 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Cada uma dessas obras contém um capítulo sobre os contratos administrativos. ATALIBA, Geraldo. República e Constituição (2ª edição, 3ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi). São Paulo: Malheiros Editores, 2004. Veja-se o capítulo sobre as “Premissas do Regime Republicano no Direito Positivo Brasileiro”, onde se discute o caráter meramente reflexo dos efeitos dos regulamentos administrativos sobre os agentes privados. GUIMARÃES, Edgar. Controle das Licitações Públicas. São Paulo: Dialética, 2002. Excelente obra sobre o problema do controle das licitações públicas e as finalidades específicas desses processos administrativos.

⁵⁴ Estamos designando esses poderes como “gerenciais” por entender que, muito embora pertençam ao direito público e sejam regidos por princípios de processo administrativo, apresentam finalidades imediatas aparentadas às de certos institutos de direito privado. Além disso, esses poderes “gerenciais”, assim como os poderes possuídos pelos agentes privados, têm caráter de gestão/coordenação e eficácia *inter partes*.

efeito, o princípio da legalidade impede que os agentes públicos imponham obrigações aos privados sem prévia autorização legal específica para tanto, mas esses poderes não se caracterizam pela imposição de obrigações aos agentes privados. Assim sendo, seu exercício sem prefiguração legal específica não violaria, em tese, o princípio da legalidade, muito embora se trate de poderes que se exercem por meio de normas.

Sobre a ideia geral de poderes administrativos semelhantes a poderes privados, vale um breve comentário. Sendo Administração Pública um instrumento do Estado, é necessário que seu Poder Legislativo possa direcionar a atuação dos agentes públicos e garantir que ela não se afaste do interesse da consecução das finalidades constitucionais ou se torne imune ao escrutínio público; por outro lado, nem sempre é possível ou desejável controlar pequenas questões operacionais da atividade da Administração Pública, sob pena de torná-la excessivamente complexa, inflexível e, com isso, ineficiente. Desse modo, uma legalidade mais fluida tende a ser necessária e suficiente. Além disso, o Estado também é um agente econômico e, por todo o seu poder de império, por vezes precisa realizar operações econômicas bastante corriqueiras, operações essas que não se beneficiaram de uma complicada série de controles e prefigurações específicas. Por essas operações, o Estado se obriga de maneira muito semelhante àquela pela qual os privados o fazem, ou seja, torna-se obrigado a cumprir as normas que criou por meio de ato bilateral ou unilateral, seja contrato, regulamento interno, título de crédito, edital de licitação ou semelhante. Caso descumpra os compromissos por si assumidos, o Estado pode ser judicialmente acionado e responder por seu inadimplemento.

Diante disso, podemos avançar para considerações um pouco mais específicas sobre as diferentes formas de atuação de “gerencial” da Administração Pública. Ao analisarmos cada um dos poderes administrativos “gerenciais”, iremos brevemente classificá-lo como bilateral ou unilateral e, em se tratando de negócio unilateral, como de validade dependente ou independente de aceitação específica de sua incidência pelos afetados.

Porque precisam respeitar, em seu exercício, o cânone da isonomia, esses poderes costumam se exercer por intermédio de normativas gerais e abstratas, as quais permitem que os administradores públicos tratem os diversos agentes privados de maneira semelhante e garantem que não se trace distinções que não contribuam objetivamente para a otimização da consecução dos direitos fundamentais.

Como regra, os regulamentos administrativos desse tipo são unilaterais em seu caráter, ou seja, definidos pelos agentes públicos dotados de autoridade para criá-los e independentes da aceitação alheia para serem válidos. Essas normativas gerais e abstratas são

um tipo de regulamento administrativo, atos de gestão de eficácia *inter partes*. Esses regulamentos afetam faticamente os agentes privados na medida em que direcionam a conduta dos agentes públicos no trato com eles, mas não produzem efeitos jurídicos com relação aos agentes privados nem são judicialmente impositivos a eles - de outro modo teriam eficácia de império *erga omnes*. Contudo, os agentes privados podem exigir judicialmente seu cumprimento pelos agentes públicos, notadamente quando o dito cumprimento for instrumental à concretização de princípios de processo administrativo como a isonomia e a segurança jurídica. Pode-se dividir esses regulamentos unilaterais de eficácia *inter partes* em dois grupos, quais sejam, o dos que dependem da aceitação dos destinatários para sua eficácia e os que não dependem.

Entre os regulamentos administrativos unilaterais de eficácia *inter partes* que não dependem da aceitação dos destinatários para sua eficácia podemos mencionar os regulamentos de execução legal e os regulamentos autônomos, sendo estes os tipos de regulamentos que costumam reger, dentre outras situações, os casos em que a Administração Pública se auto-impõe obrigações - por exemplo, estabelecendo certos critérios para a realização de contenciosos administrativos, conciliações administrativas, fomentos administrativos, concessões, autorizações, permissões, licenciamentos, fornecimento de prestações a privados e assim por diante. Os agentes públicos de hierarquia inferior à do agente emissor do regulamento considerado se encontram vinculados pelos ditames do regulamento em questão por força da investidura, que os coloca em situação de direitos e deveres especiais perante a Administração Pública. Evidentemente que essa sujeição dos agentes públicos aos regulamentos administrativos se encontra limitada pelos princípios do processo administrativo e pelas leis vigentes, não podendo ser os agentes públicos forçados a fazer nada que transcenda as funções legalmente previstas para a carreira do serviço público a que aderiram quando da investidura e as regras gerais do Estatuto do Servidor Público válido para a entidade administrativa a que pertencem⁵⁵.

Outros regulamentos administrativos dependem de aceitação específica dos destinatários para sua eficácia. O exemplo clássico é o edital de licitação: ele é vinculante para os participantes, mas só participa da licitação quem aceitar explicitamente suas regras. Assim, só é juridicamente afetado pelo edital quem aceitar se sujeitar especificamente à incidência de suas regras. Concursos públicos funcionam da mesma forma.

⁵⁵ Agentes públicos podem até mesmo se valer de mandado de segurança para proteger direitos líquidos e certos contra eventuais abusos de seus superiores.

Existem também algumas normas administrativas de redação geral e abstrata, caráter de gestão *inter partes* e origem bilateral. São os contratos e termos de compromisso administrativos, pelos quais a Administração Pública desenvolve normas vinculantes *inter partes* em conjunto com os agentes privados interessados. Trata-se de expediente destinado a democratizar a regulamentação administrativa e promover a cooperação com agentes privados, passível de ser adotado quando for identificado pela Administração Pública como sendo o meio mais adequado à otimização da consecução dos direitos fundamentais. É verdade que os contratos administrativos são marcados pela presença das “cláusulas exorbitantes”, dispositivos legais cogentes que conferem à administração o poder de impor alterações unilaterais às relações contratuais em que engaja. Mas, de um lado, a utilização destas cláusulas exorbitantes obriga o Estado a indenizar os danos causados ao contratante privado de boa-fé e, de outro, os agentes privados, na medida em que decidem contratar com o Estado, aceitam tacitamente a possibilidade de incidência das “cláusulas exorbitantes” nos contratos resultantes.

Já se disse o bastante sobre os poderes “gerenciais” da Administração Pública”. Devemos, agora, prosseguir para a análise de outros poderes de direito administrativo.

4.2.2. O poder de gestão dos bens públicos

Há, no direito administrativo, um conjunto de poderes administrativos que podemos classificar como poderes de gestão *erga omnes*. Trata-se dos poderes de controle sobre os bens da administração pública, aqueles que capacitam a administração a afetar e desafetar seus bens a determinadas funções. Este controle se exerce por diversos instrumentos, tais como a aquisição e alienação de bens para o patrimônio público e sua afetação e desafetação a finalidades específicas.

Assim como ocorre com a propriedade dos bens privados, também a propriedade dos bens públicos se impõe sobre todos e reivindica o respeito de todos os sujeitos de direito compreendidos pelo ordenamento jurídico. Ninguém pode violar a propriedade, sendo que qualquer um que o fizer terá o dever de reparar a violação. Assim, a propriedade pública, assim como a privada, é dotada de eficácia *erga omnes*.

Contudo, a propriedade pública, como a privada, também é marcada por seu caráter de coordenação, caracterizando-se em um poder de gestão. O exercício da propriedade pública é excludente, no sentido de que não se faculta a ninguém senão ao proprietário, mas não é, em si, marcado pelo império, eis que não implica a violação da propriedade ou de

outros bens jurídicos alheios. De fato, qualquer sistema de propriedade é um sistema destinado a delimitar o que é e o que não é exercício regular de um direito, a estabelecer quais os parâmetros da cooperação voluntária e coordenada entre indivíduos e quais os limites a partir dos quais se encontram as alterações unilaterais da situação jurídica de um indivíduo pelo outro. O exercício regular da propriedade pública é marcado por atos de gestão, sem implicar intervenção unilateral na esfera jurídica alheia.

A propriedade pública, porém, não é exatamente igual à propriedade privada, não se esgota em propriedade privada detida por entes públicos⁵⁶. Como observam autores como Marçal Justen Filho, a propriedade pública se destina especificamente à consecução de finalidades públicas, à otimização da realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. É por isso que se tornam cruciais os poderes da Administração Pública de afetar e desafetar seus bens a finalidades diversas: é este conjunto de poderes que permite à Administração Pública executar o orçamento público e, dessa forma, progredir na realização das metas da Constituição Federal.

Não podemos nos dar ao luxo de nos alongar mais na questão, mas observamos que o processo de utilização dos bens públicos para a realização dos direitos fundamentais é o objeto de um importante ramo do direito público, o direito financeiro, cuja guarda é confiada, em nosso ordenamento, ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas⁵⁷.

Nos parece adequado afirmar que, sendo poderes de gestão, o exercício dos poderes referentes à utilização dos bens públicos não se presta a controle de proporcionalidade, mas tão somente de procedimento e finalidade. Essa ideia foi reforçada pelas recentes mudanças na legislação de improbidade administrativa - Lei nº 8.492/1992 -, pelas quais se passou a exigir dolo para a qualificação dos ilícitos de improbidade: para que um gestor público possa ser responsabilizado por improbidade administrativa, não basta que ele cometa erros procedimentais ou tome decisões equivocadas e ineficientes, sendo necessário que ele desvie as finalidades dos poderes que recebeu. O que não quer dizer que os procedimentos a serem

⁵⁶ FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Veja-se, especialmente, o capítulo sobre “Estrutura Administrativa do Estado; Os Bens Públicos”, onde se discute a finalidade da propriedade pública e a afetação dos bens públicos.

⁵⁷ KANAYAMA, Rodrigo Luís. Orçamento Público: execução da despesa pública, transparência e responsabilidade fiscal. A obra como um todo dá uma boa visão geral do direito financeiro. ATALIBA, Geraldo. República e Constituição (2ª edição, 3ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi). São Paulo: Malheiros Editores, 2004. Veja-se, em especial, o capítulo sobre “Garantias do regime republicano-representativo”, onde se discute as finalidades do direito financeiro. JURKSAITIS, Guilherme J.; ISSA, Rafael. H. As empresas estatais e o controle de suas concentrações pelos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo. In: JUNIOR, Mario, E.P.; MASTROBUONO, Christina M.W.; MEGNA, Bruno L. (Coords.). Empresas Estatais: Regime Jurídico e Experiência Prática na Vigência da Lei 13.303/2016. São Paulo: Almedina, 2022. Aqui, se discute a função dos tribunais de contas, apresentando-se uma visão tripartite das dimensões do controle dos atos administrativos bastante semelhante à nossa.

adotados pelos agentes públicos não gestão dos bens públicos não se prestem a controle jurídico - o qual é, de diversos modos e com base na legislação de direito financeiro, exercido pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas -, mas tão somente que falhas procedimentais não chegam a justificar a aplicação da legislação específica de improbidade.

4.2.3. Poderes de "sacrifício de direitos"⁵⁸ da Administração Pública

A Administração Pública possui diversos instrumentos para moldar a arquitetura urbana e rural do país, instrumentos esses que relativizam a propriedade privada sem, contudo, desconsiderá-la completamente. São instrumentos que, de início, se caracterizam pelo exercício do império *inter partes*, muito embora os resultados de semelhante exercício possam vir a produzir efeitos *erga omnes* após seu registro público. Trata-se das diversas formas de desapropriação e constituição de servidão administrativa, os “sacrifícios de direitos”.

A desapropriação e seus institutos aparentados diferem da compra e venda comum e se caracterizam como atos de império e não de gestão porque, ao contrário dos contratos de compra e venda de propriedade mobiliária ou imobiliária, eles não dependem da aceitação do privado afetado para que seu uso seja válido. Os decretos de desapropriação são negócios jurídicos passíveis de servir como causa juridicamente legítima para o registro público a concretizar a transferência de propriedade - não nos aprofundaremos muito mais nesse ponto, pois a teoria dos registros públicos enquanto atos administrativos já foi enfrentada no item anterior, como também a teoria dos poderes administrativos de gestão de bens públicos o foi. Essa separação entre dois momentos diferentes - um decreto de desapropriação que produz efeitos de império *inter partes* com referência ao proprietário e um registro de desapropriação que a torna pública e produz efeitos *erga omnes* - é uma característica importante deste conjunto de institutos.

Esses poderes administrativos são marcados pela discricionariedade em sentido estrito, uma vez que, se foi cumprido o procedimento legalmente previsto para seu exercício e se a finalidade de sua utilização se subsume aos tipos abstratos de utilidade pública e interesse social, não caber ao Poder Judiciário avaliar o problema de saber se a finalidade a que a

⁵⁸ FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. Veja-se, especialmente, o capítulo sobre “Limitação da autonomia privada (poder de polícia administrativa)”, onde se discute noções como limitação e sacrifício de direitos.

Administração Pública pretende destinar os bens desapropriados é a melhor forma de concretizar o interesse público no caso concreto. Não cabe ao Poder Judiciário analisar a proporcionalidade dos processos de desapropriação, mas apenas seu respeito aos cânones do processo administrativo e às finalidades constitucionais - como se deduz da leitura do art. 9º do Decreto nº 3.365/1941. Conforme os juízos de conveniência e oportunidade feitos pela Administração Pública quando da tomada da decisão de desapropriação não podem ser objeto de controle judicial de proporcionalidade, mas apenas de processo e finalidade, trata-se de um caso de discricionariedade em sentido estrito.

Todos os poderes administrativos se exercem por meio de comandos, de diretivas e das normas deles resultantes. O caso dos poderes de “sacrifício de direitos” não é diferente, uma vez que eles dependem de atos normativos tais como os “decretos de desapropriação” para seu exercício. Contudo, ao contrário do que ocorre com regulamentos administrativos - sejam eles dotados de eficácia *erga omnes* ou *inter partes* -, a forma empregada na feitura de atos como os “decretos de desapropriação” não é geral e abstrata, mas concreta e específica, algo que é bastante adequado para atos cuja eficácia é de império *inter partes*, vez que demarca claramente os limites espaciais e subjetivos desta eficácia.

Embora não sejam organizados em termos de normas gerais e abstratas, esses poderes de império *inter partes* são bastante dignos de nota da perspectiva de nosso trabalho justamente por serem um bom ponto de comparação para os demais. Se encontram no polo oposto da “gestão de bens públicos”, uma vez que, enquanto ela é de gestão *erga omnes*, eles são de império *inter partes*. Se assemelham aos poderes “gerenciais” na medida em que sua eficácia é *inter partes*, sendo que ambas as espécies de poderes não comportam controle de proporcionalidade, mas tão somente de finalidade e de procedimento, mas, em oposição aos ditos poderes “gerenciais”, são marcados não pela gestão, mas pelo império. Ao contrário dos poderes de polícia, fiscalização e regulamentação socioeconômica, com que compartilham o caráter de império, sua eficácia meramente *inter partes* justifica sua não sujeição a controle de proporcionalidade.

Essa é uma característica importante. A desapropriação se distingue de tributos como o empréstimo compulsório - CF, art. 148 - e de limitações à propriedade privada como aquelas presentes no Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 - justamente por ser uma forma concreta e específica de restrição à propriedade privada, um “sacrifício de direitos” específicos. Esta é uma característica central da normativa administrativa conhecida como “decreto de desapropriação” em oposição a outros tipos de normativas feitas pela administração pública,

característica essa que distingue o decreto de desapropriação e outras formas de “sacrifício de direitos” como poderes de império *inter partes*.

4.2.4. Os poderes de polícia, fiscalização e regulamentação socioeconômica

A discussão deste último conjunto de poderes administrativos foi, em grande medida, a motivação inicial do presente trabalho, mas, agora que chegou finalmente a hora de considerá-lo diretamente, vemos que as categorias formuladas nas partes anteriores do trabalho são de aplicação relativamente fácil e clara à questão. Há uma máxima clássica desenvolvida pela doutrina⁵⁹ para tentar explicar o funcionamento desses poderes em geral e da regulamentação socioeconômica em particular: diz-se que essas normas administrativas não podem realizar inovação originária. Essa máxima pode soar, em princípio, algo obscura, mas esperamos que, ao fim da presente seção, tenhamos dado uma contribuição para tornar sua significação um pouco mais clara.

Os poderes de fiscalização e de regulamentação econômica e social são deduzidos da leitura do *caput* do art. 174 da CF, enquanto o poder de polícia, por sua vez, é previsto no inciso II do art. 145. Por outro lado, o próprio art. 174 estabelece que o exercício do poder estatal de fiscalização e sua atuação como agente normativo e regulador devem se dar na forma da lei, o que já acusa a questão fundamental que eles colocam, qual seja, a de sua relação com o princípio da legalidade.

Esses poderes estão entre os mais grandiosos à disposição do Estado, se constituindo em atos de império de eficácia *erga omnes*, atos em sentido estrito. Que são atos de império não é difícil ver, vez que se trata de atos que são vinculantes para os agentes privados e capazes de alterar seus direitos e interesses jurídicos - bem como as relações jurídicas a eles conexas - independentemente de sua aceitação. O caráter *erga omnes* exige uma fundamentação um pouco mais ampla: que os regulamentos econômicos gerais e abstratos da Administração Pública se impõem sobre todos é algo que se conclui de seu caráter vinculante, geral e abstrato; o *status erga omnes* do exercício dos poderes de polícia e fiscalização é um pouco mais difícil de justificar, uma vez que só afetam diretamente pessoas individuais, mas nos parece que são de fato atos jurídicos em sentido estrito na medida em que seus efeitos

⁵⁹ Doutrina que aparece, por exemplo, em: SILVA, José A. da; Processo Constitucional de Formação das Leis: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Veja-se especificamente a seção sobre “Lei e Regulamento” do capítulo sobre “Sociedade, Direito e Lei”.

jurídicos não podem ser ignorados⁶⁰. Existem várias formas de exercício de poder de polícia, tais como as utilizações administrativas temporárias da propriedade privada e a imposição de regras de boa convivência urbana, sendo que estas são suas facetas que mais se aproximam dos atos de império *inter partes* - discutidos no item anterior - em termos de sua finalidade⁶¹.

Para compreender o significado da eficácia *erga omnes* dos poderes de fiscalização, consideremos um exemplo bastante simples, o poder de lavrar autos de infração. Esse poder é marcado por uma eficácia *erga omnes* imediata, produzindo efeitos de vinculação pública desde logo. Ao contrário das desapropriações, os autos de infração não dependem de um registro público obrigatório posterior para exercer essa eficácia *erga omnes*. Sua mera lavratura basta.

Ora, por óbvio que esses poderes estão entre os mais substanciais de que a Administração Pública dispõe, meio crucial para que ela possa impor sua vontade e, com isso, operar como meio para a realização das finalidades do Estado. Sua relação com o princípio da legalidade, porém, merece uma reflexão um pouco mais prolongada. Em primeiro lugar, nos parece que, para que uma agência administrativa como a ANA, a ANEEL, a ANM, as polícias civis, militares, federal e rodoviária federal e afins possa exercer esses tipos de poderes, ela precisa ter sido explicitamente autorizada em lei para fazê-lo. Mas não basta a previsão em lei, porquanto a lei não pode ser excessivamente específica, sob pena de algemar a atuação de agência administrativa que está a constituir e com isso torná-la inútil e incapaz de oferecer respostas aos variados problemas que se-lhe-colocarão na prática. Com efeito, é necessário que a lei também venha a explicitar as finalidades a que o exercício desses poderes se destina e os direitos a que ele deve respeitar. É com base nessas metas e direitos formulados em lei que a o Poder Judiciário poderá fazer uma análise de proporcionalidade de tais atos

⁶⁰ Quando a polícia civil, por exemplo, adentra a casa de uma pessoa sob a égide de um mandado judicial, chama uma pessoa para prestar informações ou prender alguém em flagrante, pratica atos de natureza eminentemente pública, atos que, mesmo quando podem ser praticados por agentes privados, não se revestem de caráter privado e criam uma sujeição passiva universal, não se facultando a ninguém se opor fisicamente a eles no momento de sua prática - a menos quando os atos em questão não se revelarem manifestamente ilegais, isto é, claramente transcendentais aos limites previstos na lei para a atuação policial. A situação que acabamos de descrever costuma ser considerada “polícia judiciária”, distinta da “polícia administrativa” em sentido estrito. Embora a distinção não nos pareça inválida, não a levamos em conta aqui justamente por pensar que ambos os tipos de poder de polícia se enquadram no mesmo regime geral, sendo marcados por império *erga omnes* e, justamente por isso, eventualmente sujeitos a controle de proporcionalidade pelo Poder Judiciário. Até porque o poder de “polícia judicial” de fato é, nos parece, um poder administrativo do Poder Judiciário.

⁶¹ Tendemos a acreditar que o poder de tomar construções como parte do patrimônio histórico se enquadra como um poder de polícia justamente por sua eficácia de império oponível *erga omnes* - o que faria dele uma forma de limitação da propriedade privada -, mas há quem o considere um poder de império que restringe a propriedade privada *inter partes*, considerando-o pertencente a uma categoria muito próxima à da desapropriação e da constituição de servidão administrativa.

administrativos, avaliando se eles se baseiam em uma ponderação aceitável entre metas e direitos limitadores e se eram adequados e necessários à consecução das finalidades a que se destinavam.

Esses atos, portanto, são atos de discricionariedade vinculada⁶², sendo que é justamente por seu caráter de império e vinculação *erga omnes* que se-lhes-deve submeter a um escrutínio mais amplo que os demais atos administrativos⁶³. Nesses atos, ao contrário dos demais, cabe um controle não apenas de processo e finalidade, mas também de proporcionalidade, ou seja, de ponderação dos direitos e interesses afetados pela medida escolhida pela Administração Pública e de adequação da dita medida às finalidades a que ela se destina e necessidade da medida entendida como ausência de outras medidas igualmente eficazes e menos gravosas para os afetados. Em suma, pode-se dizer que poderes administrativos excepcionais justificam controles judiciais excepcionais de seu exercício, controles que podem ser *a priori* - é o caso de mandados judiciais como os de prisão e busca e apreensão - ou *a posteriori* - é o caso da revisão judicial das prisões em flagrante e regulamentos das agências administrativas.

Frente a tudo isso, conseguimos entender a máxima clássica sobre o tema que mencionamos no primeiro parágrafo do presente item: diz-se que os regulamentos dotados de força normativa não podem conter inovação originária. Pois bem. Como a lei é inerentemente incompleta e imperfeita em virtude da incompletude e imperfeição da linguagem de que ela é feita, os atos administrativos tenderão a comportar algum elemento de inovação quando da aplicação da lei ao caso concreto, sendo essa uma característica da discricionariedade. Mas

⁶² Como se observou na seção específica sobre “A discricionariedade como elemento geral dos poderes administrativos”, adotamos, para fins do presente trabalho, a visão segundo a qual a discricionariedade enquanto instituto geral é derivada da imperfeição da linguagem e das limitações da capacidade provisória da lei. Essa discricionariedade geral se desdobra em duas espécies, sendo a primeira a discricionariedade real e a segunda, a discricionariedade vinculada. Na discricionariedade vinculada, ao contrário da real, as decisões da administração pública - e os juízos de conveniência e oportunidade nela envolvidos - se prestam a controle não apenas de finalidade e procedimento, mas também de proporcionalidade.

⁶³ ELLIOTT, E.D.; ESTY, Daniel C. *Advanced Introduction to U.S. Environmental Law*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2021. Veja-se os capítulos sobre “How U.S. environmental law is really made” e “Recurrent themes in U.S. environmental law”, capítulo em que se discute de maneira geral a realização de controle judicial dos regulamentos e do exercício do poder de polícia e fiscalização pela Administração Pública, controle pelo qual o Poder Judiciário avalia a razoabilidade e a proporcionalidade da atividade das agências administrativas ambientais frente às metas e procedimentos estabelecidos pelo Legislador para balizar a atuação das ditas agências. Seja como for, o tema é retomado com maior concretude ao longo dos demais capítulos da obra. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto: 2ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Curiosamente, há certa coincidência entre nossas visões e aquelas apresentadas por este autor no capítulo sobre “Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”, onde se destaca a importância do controle de proporcionalidade feito pelo Poder Judiciário de certos atos da Administração Pública. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. Veja-se especificamente o capítulo “Do Poder Executivo Unitário à Administração Pública Policêntrica”.

não pode ser uma inovação completamente originária, pois a fonte do poder normativo da administração pública - que se desdobra em poderes de regulamentação socioeconômica, de polícia administrativa e de fiscalização - deve residir na lei, com base em cujas diretivas se faz o controle de procedimento, finalidade e proporcionalidade de semelhantes atos.

5. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, adotamos uma perspectiva majoritariamente hermenêutica, concentrada na interpretação das normas jurídicas previstas na Constituição federal considerada enquanto sistema. Até o momento não fizemos explicitamente a defesa de nenhuma posição política específica sobre o nosso ordenamento jurídico.

Ao longo do presente trabalho, expusemos um argumento de caráter primariamente hermenêutico. Começamos por expor o método racionalista que empregamos. Depois oferecemos definições de cada um dos três Poderes de Estado e os relacionamos às classes de normas secundárias delineadas por H.L.A. Hart. Afirmamos que o Poder Judiciário era o poder de interpretar o ordenamento jurídico no caso concreto e estava associado à regra de reconhecimento, que o Poder Legislativo era o poder de criar leis gerais e abstratas a servir de fontes do direito e se relacionava às regras de câmbio e que o Poder Executivo era o poder de concretizar os ditames do ordenamento jurídico - sobretudo pela prestação de serviços públicos - e se relacionava às regras de “adjudicação” - adjudication. Distinguimos entre o Poder Executivo e os poderes administrativos, afirmando que a confusão entre ambos gerava uma problemática tendência para transformar o controle judicial dos atos administrativos em uma ponderação entre os princípios da legalidade e da separação de Poderes. Demonstramos a relação entre poder e competência e a importância da presunção de legitimidade para viabilizar a condução das atividades da administração pública, além da natureza da dita presunção de legitimidade como uma regra de ônus. Dividimos os atos administrativos em atos de eficácia *inter partes* e *erga omnes*, em atos de império e atos de gestão. Afirmamos que o processo administrativo proporciona bases para o controle de finalidade, de procedimento e de proporcionalidade dos atos administrativos.

Argumentamos que a discricionariedade em geral decorria da imperfeição da linguagem, bem como eventualmente da utilização deliberada de termos indeterminados, conceitos normativos e cláusulas gerais pelo Legislador, e que ela se desdobrava em discricionariedade real e vinculada, conforme os juízos de conveniência e oportunidade em seu âmbito praticados comportassem ou não controle de proporcionalidade. Dividimos os atos normativos da administração pública em atos de gestão *inter partes*, atos de gestão *erga omnes*, atos de império *inter partes* e atos de império *erga omnes*, estabelecendo que apenas os últimos comportam controle de proporcionalidade, sendo que nos primeiros três cabe apenas controle de procedimento e finalidade. Acreditamos que, por si só, esse argumento pode ajudar um pouco na prática do controle jurisdicional dos atos administrativos.

De fato, a interpretação da Constituição por nós apresentada nos parece uma forma bastante eficaz de reconciliar passagens aparentemente contraditórias da dita CF. Isto é feito de uma forma que demonstra o devido respeito pelos diversos dispositivos analisados da CF, além de não supor a má-fé ou incoerência do Legislador constituinte⁶⁴. Nada obstante, há uma perspectiva política implícita em nossas considerações, uma que agora gostaríamos de discutir de maneira explícita e ativa, ainda que breve: é a perspectiva da importância teleológica da separação entre poderes administrativos e legislativos.

Não alegamos que não possa haver casos em que agentes da estrutura de um Poder de Estado exerçam faculdades e realizem funções exclusivas de outro Poder de Estado. É natural que haja zonas de penumbra sobre o âmbito de aplicação do princípio da separação de Poderes e área de ingerência de um Poder na esfera tradicional do outro⁶⁵. O que afirmamos é que esses casos devem ser exceções, enquanto a tendência para equiparar os regulamentos administrativos à lei deseja torná-los a regra, coisa que, a nosso ver, implicaria grave violação ao princípio da separação dos Poderes e, como isso, ao próprio Estado de Direito⁶⁶.

Pode parecer estranho resgatar uma visão tão antiga, mas o fato é que ela foi muito atacada ao longo do século XX. Seus contrários - podemos aqui citar autores como José Afonso da Silva⁶⁷, Eros Roberto Grau⁶⁸ e Gustavo Binbenojm⁶⁹ - afirmavam que a inflação legislativa retirara da lei em sentido estrito sua capacidade de gerar segurança jurídica e que, apesar disso, o Legislador continuava incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais e providenciar soluções regulamentar para a enorme variedade de problemas econômicos que se colocavam na sociedade civil, porquanto sua regulamentação carecia tanto de especificidade técnica quanto de volume. Para providenciar soluções normativas

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional: e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. O método da coerência e da retroalimentação é utilizado ao longo da obra como um todo, mas podemos apontar como particularmente representativa a seção sobre “A Constituição como sistema aberto de regras e princípios” do capítulo sobre “Metódica Constitucional Geral” do título sobre “Metódica Constitucional”.

⁶⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais* (Tradução: António Francisco de Souza e António Franco). São Paulo: Saraiva, série idp, 2012. Nessa obra os direitos fundamentais são abordados em termos de limites conceituais e ingerências. Veja-se especificamente a parte sobre “Doutrinas Gerais dos Direitos Fundamentais”.

⁶⁶ ZOLO, Danilo. *Teoria e Crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica* (Colaboração: Emílio Santoro; Tradução: Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes, 2006. Nesse texto, a diferenciação dos Poderes de Estado é apresentada juntamente à difusão de poder entre os indivíduos como sendo uma das características fundamentais do Estado de Direito.

⁶⁷ SILVA, José A. da; *Processo Constitucional de Formação das Leis: 2ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Veja-se em especial o capítulo “Da iniciativa no processo de formação das leis”.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto: 2ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Veja-se especificamente o capítulo sobre a “Crítica da ‘Separação dos Poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as ‘leis-medidas’”, já anteriormente mencionado.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. Veja-se especificamente o capítulo sobre “A crise da Lei; Da Legalidade como vinculação positiva à ao Princípio da Juridicidade.”

tecnicamente eficazes e específicas para a infinidade de problemas econômicos que se apresentavam ao Estado, dizia-se, seria necessário reconhecer à Administração Pública um poder regulamentar vinculante, geral e abstrato em par com o do Poder Legislativo - ou, se de hierarquia inferior ao do Poder Legislativo, no mínimo dotado de força e competência normativas autônomas em relação ao dito Poder de Estado. Para outros membros dessa corrente - esta seria a posição de José Afonso da Silva -, seria ao menos necessário atribuir ao Poder Executivo um razoável controle sobre o ritmo e o conteúdo das deliberações legislativas. Como impedir a utilização arbitrária e autoritária desse poder de legislação administrativa? Alguns propunham um amplo controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que deveria constantemente avaliar sua consistência com os direitos e princípios fundamentais. Outros, reconhecendo a impraticabilidade desse tipo de revisão judicial omnicompreensiva, acabavam por simplesmente confiar no bom senso de administradores e juízes. Seja como for, falhas pontuais do sistema seriam justificáveis frente à necessidade de fornecer soluções céleres aos diversos problemas econômicos que o Estado precisaria resolver.

Nós, ao contrário, acreditamos ter demonstrado ao longo do presente trabalho a existência de vasta quantidade de instrumentos de intervenção do Estado que lhe capacitam atuar sobre a sociedade civil com razoável grau de flexibilidade e celeridade sem implicar a atribuição de “força de lei” aos atos administrativos. É verdade que a grande quantidade de leis atualmente vigentes no ordenamento jurídico reduziu a capacidade da lei de proporcionar segurança jurídica, mas os impactos da atribuição de “força de lei” aos regulamentos administrativos produziria consequências muito mais graves nesta seara, porquanto permitiria uma enorme proliferação dos atos normativos dotados de eficácia vinculante geral e abstrata e de força vinculante independente daquela da lei positiva, ainda que hierarquicamente inferior à dela, criando ainda uma multiplicidade de fontes das norma jurídicas que tornaria profundamente confusa - senão mesmo verdadeiramente inaplicável - a aplicação de métodos jurídico-hermenêuticos à identificação das normas jurídicas aplicáveis à solução de um caso concreto. É verdade que a organização de uma atividade administrativa complexa exige uma estrutura jurídico-administrativa flexível, mas semelhante flexibilidade pode ser atingida por meio dos poderes administrativos “gerenciais” - cuja utilização comporta até mesmo um emprego analógico de certas normas e institutos do Código Civil onde este não violasse os princípios e finalidades fundamentais do processo administrativo.

A possibilidade de intervenção econômica da Administração Pública encontra sólidos instrumentos nos poderes administrativos a que chamamos de “sacrifício de direitos”,

poderes esses que capacitam a Administração Pública e intervir na propriedade privada e que, como nós próprios indicamos, não se prestam a controle de proporcionalidade pelo Poder Judiciário. Capaz de exercer a gestão sobre a vasta quantidade de bens de que detém propriedade, a Administração Pública é capaz de mobilizar as enormes riquezas do Estado para atingir suas diversas metas. A presunção de legitimidade dos atos administrativos fortalece bastante o impacto social da atuação da Administração Pública, permitindo até mesmo que ela crie certas regulamentações sobre a interpretação dos fatos a ocorrer na sociedade civil que, se não terão “força de lei”, poderão ao menos criar, dentro dos limites da razoabilidade, uma presunção probatória favorável às pretensões administrativas e às interpretações dadas por ela aos fatos e condutas privadas em seus litígios perante o Poder Judiciário. Reconhece-se até mesmo a possibilidade de que, em certos casos, o Poder Legislativo venha a atribuir força vinculante *erga omnes* aos atos e regulamentos de certas agências administrativas, desde que tais atos e regulamentos se prestem a controle de proporcionalidade pelo Poder Judiciário em relação a suas limitações e finalidade legais.

Ademais, a própria presunção de legitimidade já fortalece significativamente a posição dos técnicos e dos demais agentes da Administração Pública nos diversos campos de atuação do Estado. Ao atribuir àqueles prejudicados pelos atos da Administração Pública o ônus da prova quanto à validade e correção dos atos administrativos relevantes, o Legislador deu à Administração Pública uma grande vantagem, e o fez justamente por acreditar que, ao menos na maior parte do tempo, os agentes administrativos sabem o que estão fazendo. Ou seja, o Legislador conferiu aos atos da Administração Pública uma presunção de legitimidade não apenas por desejar preservar a segurança jurídica e facilitar sua atuação, mas também em deferência a seu saber técnico. A presunção de legitimidade dos atos administrativos é, pois, a deferência do ordenamento para com o conhecimento técnico da administração, e o respeito a essa regra de ônus é a principal forma pela qual o Poder Judiciário reproduz semelhante deferência.

Assim, não há necessidade de que o Judiciário pratique ponderações em nome do saber técnico da administração: se os agentes privados prejudicados forem capazes de demonstrar o desvio de finalidade, falha procedimental grave ou, em certos casos, desproporcionalidade dos atos administrativos a prejudicá-los e, com isso, se desincumbir de seu ônus da prova, o Judiciário, convencido do equívoco da Administração, não deve deixar de exercer seu controle sobre os atos administrativos, sob pena de permitir a prática de graves e reiterados excessos por parte da dita Administração - ressalvada a falta de competência do

Judiciário para realizar controle de proporcionalidade de alguns tipos de poderes administrativos.

Para além dessas soluções administrativas, pode-se pensar em algumas soluções de política legislativa⁷⁰. Poder-se-ia atribuir mais poder de regulamentação socioeconômica às câmaras municipais e estaduais, que costumam ter uma visão mais concreta do que a da União sobre os problemas socioeconômicos locais. Poder-se-ia aumentar a capacidade produtiva das consultorias legislativas da União e dos Estados, a fim de permitir que os representantes legislativos tivessem acesso mais célere a maior quantidade de informações científicas de relevância para as decisões político-legislativas que devem tomar. Poder-se-ia atribuir ao MP e às advocacias e procuradorias públicas a atribuição de fornecer pareceres jurídicos e técnicos às câmaras municipais para ajudá-las a melhorar a qualidade de suas decisões. Poder-se-ia facilitar a realização de consultas à população em geral, aos órgãos administrativos e à academia científica por parte das câmaras municipais. Mas, em última análise, decisões que terão “força de lei” e realizarão complexas ponderações de princípios e metas sociais devem resultar do tipo de processo deliberativo complexo, calmo, ponderado e multifacetado que apenas as estruturas do Poder Legislativo podem proporcionar.

É verdade que o Poder Legislativo não acerta sempre em suas decisões, mas a Administração Pública também não acerta, e fontes normativas capazes de gerar obrigações para a sociedade civil como um todo não podem ter seu conteúdo variando ao sabor das vontades e preferências de agentes públicos individuais ou de pequenos coletivos de tecnocratas⁷¹, sob pena mergulhar o país na incerteza e subtrair as decisões cruciais da nação ao escrutínio democrático.

⁷⁰ MILL, J.S. Considerações sobre o governo representativo (Tradução: Denise Bottmann; Apresentação: Mauro Cardoso Simões). São Paulo: L. & Pm pocket, 2017. Veja-se em particular os capítulos “Sobre as funções próprias dos órgãos representativos” e “Sobre os órgãos representativos locais”, fontes de algumas das sugestões apresentadas neste parágrafo, tais como aquelas referentes à municipalização de partes da legislação e a expansão da consultoria legislativa.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política: 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. Veja-se em particular o capítulo sobre “Os grupos de pressão e a tecnocracia”, onde se discute a expansão do poder da tecnocracia administrativa e eventuais riscos passíveis de dela vir a derivar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução (10ª edição revista e modificada). São Paulo: Saraiva jur, 2018.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição (2ª edição, 3ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi). São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política: 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional: e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Adilson A.; FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DESCARTES, René. Regras para a Orientação do Espírito (Tradução: Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DE PAOLA, Leonardo S. Presunções e ficções no direito tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DINAMARCO, Cândido R. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Editores, Editora Juspodivm, 2020.

DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Tradução: Marcelo Brandão Cipolla). São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_ Law 's Empire. London: Fontana Press, 1986.

ELLIOTT, E.D.; ESTY, Daniel C. Advanced Introduction to U.S. Environmental Law. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2021.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico: 11ª edição (Tradução: João Baptista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JR., Tércio S. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação (11ª edição). São Paulo: Gen/Atlas, 2019.

FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo: 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica (Tradução: Flávio Paulo Meurer). Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GUIMARÃES, Edgar. Controle das Licitações Públicas. São Paulo: Dialética, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade (Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo). São Paulo: editora Unesp, 2020.

HART, H.L.A. The Concept of Law: Second Edition (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). Oxford University Press: Clarendon Law Series.

HEGEL, G.W.F. Princípios da Filosofia do Direito (Tradução: Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HÖFFE, Otfried. Aristóteles: Introdução (Tradução: Roberto Hofmeister Pich). Porto Alegre: Artmed, Filosofia, 2008.

JÚNIOR, Humberto T. Jurisdição e Competência. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, setembro de 2000 (p.145-182).

JURKSAITIS, Guilherme J.; ISSA, Rafael. H. As empresas estatais e o controle de suas concentrações pelos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo. In: JUNIOR, Mario, E.P.; MASTROBUONO, Christina M.W.; MEGNA, Bruno L. (Coords.). Empresas Estatais: Regime Jurídico e Experiência Prática na Vigência da Lei 13.303/2016. São Paulo: Almedina, 2022.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Orçamento Público: execução da despesa pública, transparência e responsabilidade fiscal.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: 3ª edição (Tradução: João Batista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LIEBMAN, Enrico T. Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamento relativos ao direito brasileiro) (Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOCKE, John. Dois Tratados Sobre o Governo (Tradução: Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Celso Antônio B. de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_ Curso de Direito Administrativo: 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001.

_ Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros editores, 1992.

MELLO, Marcos B. de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência (21ª edição). São Paulo: Saraiva jur, 2017.

_ Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia/1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2011.

_ Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

MILL, J.S. A Liberdade/ Utilitarismo: Introdução de Isaiah Berlin (Tradução: Eunice Ostrensky). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_ A System of Logic: Ractionative and Inductive. University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul.

_ Considerações sobre o governo representativo (Tradução: Denise Bottmann; Apresentação: Mauro Cardoso Simões). São Paulo: L. & Pm pocket, 2017.

_ Princípios de Economia Política: com algumas de suas aplicações à Filosofia Social. (Introdução: W.J. Ashley; Tradução de Luiz João Baraúna). São Paulo, Abril Cultural, 1983.

MOREIRA, Egon B. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999; 2ª edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais (Tradução: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco). São Paulo: Saraiva, série idp, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social ou Princípios do Direito Constitucional (Tradução: Ciro Lourenço Borges Jr. e Thiago Vargas). In. PIMENTA, Pedro Paulo; MATTOS, Franklin de (Orgs.). Rousseau: escritos sobre a política e as artes. Brasília: Ubu, editora UnB (p. 495-649).

RIBEIRO, Leonardo C. O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”: Uma Nova Abordagem da Ação Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

RUSSELL, Bertrand. Da Denotação. In. Os Pensadores: Russell, Moore (Tradução: Pablo Rubén Mariconda). São Paulo: Abril Cultural, 1974 (p.9-20).

SILVA, José A. da; Processo Constitucional de Formação das Leis: 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TADIÉ, Alexis. Figuras do Saber: Locke (Tradução: José Oscar de Almeida Marques). Campinas: estação liberdade, 2005.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito: História, teoria, crítica (Colaboração: Emílio Santoro; Tradução: Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes, 2006.