

JULIANO HEINEN

CURSO DE  
**DIREITO**  
**ADMINISTRATIVO**

**3ª edição**

revista, atualizada e ampliada

**2022**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# TÍTULO II

## ORDEM JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

### CAPÍTULO 5

#### REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

##### 5.1. Conceituação

**Resumo inicial:** em termos sintéticos, **regime jurídico** consiste em **um conjunto de regras e de princípios, em um todo harmônico, incidentes sobre determinado campo, categoria ou instituto do direito.**

O surgimento do **regime jurídico administrativo**, que podemos chamar também de “**direito da função administrativa**”, tem fundamento no fato de que, ao Estado, são imputadas certas missões, que se mostram compatíveis ao adimplemento das necessidades sociais. Para tanto, os entes públicos necessitam de uma ferramentaria jurídica própria, que, de um lado, garante os princípios administrativos, e, de outro, permite certas prerrogativas. Assim, o **regime administrativo** repousa em **princípios diferentes daqueles** que inspiram a lógica daquilo que está disciplinado em **outros ramos da ciência jurídica**, como o Código Civil, o Código Penal, o Código Eleitoral etc.

Qualquer **regime jurídico** é composto por princípios<sup>1</sup> e regras que disciplinam uma determinada **atividade**. No caso em análise, estamos a tratar das **tarefas executadas pela Administração Pública**. Tais atividades têm por fim a realização do **interesse geral**, que se revela em uma **variedade de funções executivas**<sup>2</sup>. Esta multiplicidade de formas de atuação é administrada por um regime dito “**público**”, cujo catálogo de direitos e de deveres é exclusivo de quem, neste contexto, possui capacidade jurídica para

- 
1. O Conselho de Estado francês reconhece que os princípios possuem “**força da lei**” (conferir acórdão de 26 de junho de 1959, que tratava das submissões dos Comissários pelo Governo de Fournier).
  2. A noção de gestão pública e de gestão privada tem como expoente a decisão proferida pelo Conselho de Estado francês, de 6 de fevereiro de 1903, quando julgou o “Caso Terrier”. Veja que a Prefeitura do Departamento de Saône-et-Loire havia prometido um prêmio para quem comprovasse ter matado cobras ou outros animais nocivos. Apesar de o Sr. Terrier ter, de fato, comprovado que matou algumas víboras, teve seu pedido negado, sob a alegação de que os recursos destinados ao prêmio tinham acabado. Ao demandar junto ao Conselho de Estado francês, tal órgão ratifica que a noção de **serviço público** é a pedra de toque na definição da sua **competência jurisdicional**, e afirma que não seria o órgão competente para analisar a demanda. Do mesmo modo – e o que é o mais importante aqui –, deixa clara a **divisão entre a gestão pública e a gestão privada das atividades exercidas pelos aparelhos de Estado**.

produzir o desenvolvimento da atividade de “administração” da “coisa pública”. Este instituto, comumente denominado de “**regime jurídico-administrativo**”<sup>3</sup>, é estudado pelo **direito administrativo**.

Então tal conjunto de regras está **inserido no ramo de direito público**, e visa, entre outras coisas, a tutelar a **ordem pública** e a **satisfazer as necessidades sociais**. São dispositivos **inafastáveis pelos particulares**, bem como impostos pelo Estado de forma **coativa e unilateral**<sup>4</sup>. Na essência, o regime jurídico administrativo produz **três tipos de normas administrativas**:

- (a) **Normas orgânicas**: que têm por missão **estruturar** a Administração Pública;
- (b) **Normas funcionais**: que disciplinam a **atuação**, ou seja, o **agir** administrativo;
- (c) **Normas relacionais**: as quais têm por finalidade tratar das **relações entre a Administração e outrem**, ou daquelas travadas dentro da estrutura dos entes estatais<sup>5</sup>.

Esse **regime jurídico administrativo**, quando efetivado na França, após a revolução de 1789, tentou ser **autêntico**, enfim, diferente dos demais ramos do direito na época existentes. Logo, os juristas daquele tempo pretendiam que fosse tal regime aplicado de modo diverso daquele prescrito às relações jurídicas entre cidadãos. Sobretudo porque ele seria, por si só, diferente daquele direito comumente incidente nas relações jurídicas triviais da sociedade. Com isto, criou-se institutos que são, até os dias de hoje, a base do direito administrativo.

O sistema de direito administrativo, então, consiste em uma **ampla gama de poderes e potestades jurídicas** que compõe o chamado “**regime exorbitante**”, que se determina e se modula de forma diversa frente a cada concepção e formatação do Estado, mormente porque acaba por variar de país para país. É, assim, um **produto histórico de cada etapa de evolução do direito administrativo**<sup>6</sup>.

**Conceito:** o **regime jurídico-administrativo** é um **conjunto de regras e de princípios**, em um todo harmônico, incidentes sobre a **maioria das funções exercidas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, distinguindo-se dos demais ramos do direito**, a fim de que se **satisfaçam as necessidades sociais e/ou que se tutelem a ordem pública**.

3. Abordado em outro ponto da obra.

4. Não que o direito privado não detenha regras de ordem pública, ou seja, atos normativos imodificáveis pela vontade das partes (v.g. regras que disciplinam o impedimento ao casamento, a capacidade civil das pessoas etc.).

5. CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 28-29.

6. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 1998, p. 110.

Em outros termos: o **regime jurídico-administrativo** funciona como uma **ferramenta** que franqueia a **atuação do Estado**, na **satisfação do interesse público**, consistindo em **um conjunto de princípios e de regras, formando um todo harmônico, regedor das relações administrativas**. A rigor, **incide sobre os bens, sobre os órgãos, sobre os agentes e sobre as atividades administrativas, a fim de realizar direta, concreta e imediatamente os deveres estatais**.

## 5.2. Regime jurídico público e privado

Em uma primeira divisão, que remonta a antiguidade clássica, formataram-se **dois principais regimes jurídicos**: o **público** e o **privado**<sup>7</sup>. O primeiro, que é o que nos interessa, tutelava as **“coisas públicas”**, enfim, relativas à **coletividade** e à **manutenção da vida em sociedade como um todo**. Em tempos mais recentes, viria a tratar quase que exclusivamente das **“coisas do Estado”** ou **ligadas a ele**. Já o **regime privado** se preocupava em disciplinar as **relações entre os cidadãos**, enfim, ordenar suas inter-relações<sup>8</sup>.

Contudo, a delimitação exata do âmbito de proteção de cada um dos regimes jurídicos em questão não foi assim tranquila. Para tanto, alguns critérios foram estabelecidos para se conseguir estabelecer balizas neste sentido<sup>9</sup>:

- (a) **Teoria do interesse**: o critério em questão entende que o direito privado visa a tutelar o interesse individual do cidadão, enquanto que o direito público serve ao interesse coletivo. Este talvez seja o critério mais antigo empregado para a divisão entre os dois ramos do direito, ora apresentados<sup>10</sup>. A teoria em questão é problemática, na medida em que não fornece um critério claro de divisão, especialmente nos dias de hoje, em que há várias atividades do *Primeiro Setor* (Estado) que se imbricam com o *Segundo Setor* (mercado), e vice-versa.
- (b) **Teoria da subordinação (ou da sujeição, ou da sobreposição, ou da sotoposição)**: está relacionada à forma com que pessoas que se sujeitam ao regime jurídico em questão. No direito público, há uma relação desigual, ou seja, de sujeição do cidadão às regras pertinentes. No direito privado, no mais das vezes, reina a igualdade entre os sujeitos que se relacionam juridicamente. Essa ideia remonta as perspectivas teóricas do Século XIX, aceitando que o Estado atuaria quase que tão

7. Para se visualizar um conceito de “normas de direito público”, consultar: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 339-341.

8. Contemporaneamente, essa divisão, em muitos campos do direito, tornou-se pouco clara, ou sequer inexistente.

9. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005, p. 50 e ss.

10. O jurista Ulpiano (170-228 d.C.) estabelece a divisão entre direito público e direito privado com base na **teoria do interesse**. Tanto que consagra uma máxima muito conhecida: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad as singulorum utilitatem*.

somente em situações de perigo, o que reclamaria medidas interventivas. Esta teoria não pode ser aceita, porque, nos dois segmentos da ciência jurídica ora mencionados, há muitos casos de subordinação no direito privado (relação desigual), e casos em que o regime de sujeição não é sequer visualizado no direito público. Aliás, contemporaneamente, tem se abandonado a ideia de que a Administração Pública atua com total supremacia, sendo esta premissa muito relativizada. Até porque a noção de subordinação não espelha a atuação da administração pública, senão uma ideia de **poder-dever**.

- (c) **Teoria da associação (ou da sujeição modificada, ou de direito especial):** por este critério, o direito público estaria associado aos entes públicos, ou seja, ao Estado ou a outro titular nas mesmas condições de poder soberano. O direito privado seria o ramo da ciência jurídica associado aos demais, enfim, regeria as relações para com os demais sujeitos. Assim, ter-se-ia um “direito especial” disciplinado o Estado (*v.g.* direito público), e um direito que regeria às demais relações (direito comum ou direito privado). Essa teoria, como as outras, ainda assim apresenta lacunas, e não se presta a dar uma melhor delimitação entre os dois ramos do direito.

Além disso, o regime jurídico público incidente nas relações administrativas **não seria diferenciado pela necessidade de satisfação de interesse público**, porque ambas as relações (de direito público e de direito privado) devem sempre respeitá-lo e resguardá-lo<sup>11</sup>. Nem mesmo **a subordinação à finalidade pública** seria um fator de discriminação<sup>12</sup>. Como bem reforça Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando a diferença entre o regime jurídico público e o privado: “Em suma: perante a propriedade está-se diante do reino da autonomia da vontade, perante a administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade, proposta como impositiva, obrigatória. Na propriedade, a vontade – dir-se-ia – é comandante; na administração, a vontade é serviente.”<sup>13</sup>.

No caso, as diferenças entre o direito público e o direito privado não são evidentes, sobretudo contemporaneamente. E exemplos não faltam, tanto em áreas de atuação do Poder Público, como em áreas afetas aos cidadãos. Veja o caso das empresas estatais que atuam no domínio econômico: apesar de o art. 173, § 2º, da CF/88 vedar que as empresas estatais ali mencionadas gozem de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, sua atuação é disciplinada por dispositivos de ambos os ramos do direito (público

11. FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15. Para o autor, o ponto nodal que diferencia as relações administrativas consiste na imantação ditada pelos princípios superiores, explícitos e implícitos, regentes da Administração Pública.
12. “Assim, as relações de Direito Público são aquelas primordialmente regidas pela totalidade dos princípios, das normas e dos valores juspublicistas em seu conjunto.” (FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 11).
13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 89, jan.-mar. 1989, p. 25.

e privado)<sup>14</sup>, especialmente quando venham a prestar serviços públicos. O mesmo ocorre quando o Estado passa a se utilizar de institutos típicos de direito privado. No mesmo sentido, os negócios jurídicos estabelecidos pelo poder público baralham ainda mais a divisão, apesar de termos uma lei geral que trata dos contratos administrativos (Lei nº 14.133/21, Título III (arts. 89 e ss.)<sup>15</sup>. Aliás, o próprio art. 89 da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos* prevê a aplicação subsidiária de normas de direito privado aos contratos deste jaez, enquanto que a Lei nº 13.303/16 determina a aplicação direta das regras de direito privado, ou seja, no mesmo plano das regras ali dispostas (art. 68).

Relevante notar a experiência alemã sobre o tema: em situações nas quais o direito administrativo não determina, de modo exclusivo, a atuação do Poder Público, ou seja, nos casos em que o direito privado rege também os misteres dos entes estatais, formatou-se uma categoria jurídica denominada de “**direito privado administrativo**” (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>16</sup>. Ocorre quando o Estado faz uma “**relação jurídica de dois graus**”, ou seja, ela é **regida pelo direito privado, complementada pelo regime jurídico-público, ou vice-versa**.

No Brasil, o tema foi abordado falando-se da “**privatização do direito público**”, ou traduzido na expressão “**fuga para o direito privado**”. O estudo se concentra nas questões que focam na posição da Administração Pública frente ao regime jurídico de direito privado, bem como os termos e limites em que esta disciplina normativa é aplicada aos entes estatais.

Isso é ainda mais latente quando o Estado atua visando ao lucro, enfim, quando atua no *Segundo Setor* (relegado à livre iniciativa – mercado). Sua orientação nesse setor será marcadamente privada, tanto é verdade que será regido pelas leis civis, empresariais etc. De outro lado, em certas situações, será o direito público quem disciplinará com mais ênfase certos casos, com o complemento do direito privado (*v.g.* os empregados das sociedades de economia mista que recebem recursos públicos para custeio de pessoal sujeitam-se ao teto constitucional do art. 37, inciso XI, da CF/88<sup>17</sup>; as contratações de atividades-meio, por exemplo, devem se submeter a procedimento licitatório, ainda que as pessoas jurídicas da Administração Pública indireta atuem exclusivamente no domínio econômico<sup>18</sup>; etc.).

Além disso, a **administração de prestação**, que em regra não necessita de coerção, está amplamente **regulada por medidas jurídico-administrativas relativizadas**<sup>19</sup>. Em muitos casos, instrumentos típicos de direito privado são (e devem ser) utilizados, como forma de dar maior eficiência às atividades públicas (*v.g.* utilização da arbitragem em contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos – art. 23-A da Lei

14. Uma visão completa da Lei nº 13.303/16 (denominada de “Estatuto das Empresas Estatais”) atesta bem esta afirmativa. Tratamos desta legislação no item “7.3.3.2.3” da Parte 1.

15. Sobre este aspecto, conferir a análise crítica que fizemos no item “17.3.1.4” da Parte 3.

16. O estudo, no Brasil, sobre o tema pode ser conferido na obra: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

17. STF, AgRg no RE com Agravo nº 647.430-RJ, DJe de 27/11/2012; STF, AgRg no AI nº 437.595-RJ, DJe de 13/12/2012.

18. STF, MS nº 25.986, nº 27.232, nº 25.888, nº 26.783, nº 26.410, QO em MC nº 1.393-RJ. Por fim: STF, RE nº 441.280.

19. MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 45.

nº 8.987/95). De qualquer sorte, não se nega que certas questões são submetidas ao domínio exclusivo do regime jurídico-administrativo, como o caso de uma requisição administrativa (art. 5º, inciso XXV, da CF/88), de uma demissão de servidor público, da aplicação de uma multa de trânsito etc.

Diante do cenário em questão, parte da doutrina advoga a necessidade de **conjug**ar os três critérios para se conseguir uma resolução mais exata à divisão entre os dois ramos do direito<sup>20</sup>. Em nossa ótica, isto não é necessário. Aliás, entendemos mais: a divisão não se mostra mais útil, ao menos nos dias atuais.

Veja que o regime, mais ou menos derogatório, será aplicado por uma opção política do legislador, que poderá, caso a caso, definir se a Administração Pública se sujeita ao regime jurídico-administrativo, ou a ela se aplicam os preceitos do Código Civil, por exemplo. Assim, esta divisão não se mostra de todo útil.

Ressaltamos (como já fizemos em outros momentos de nossa obra) que a divisão entre o direito administrativo e os demais ramos do direito, no Brasil, mostra-se menos importante em termos processuais, porque aqui **não está instalada uma jurisdição dú**plice, em que se especializa a justiça administrativa em órgão jurisdicional próprio. Se assim fosse, como ocorre com a França, Suécia, Itália, entre outros, a dicotomia ora analisada teria bastante relevância **em termos processuais**.

### 5.3. Regimes jurídico-administrativos

No **ocidente**, dois ramos do direito destacam-se: o **regime jurídico anglo-saxão**, denominado de “*common law*”, e o **regime jurídico romano-germânico**, classicamente chamado de “*civil law*”. Cada qual possui peculiaridades que traçam uma distinção, até bem pouco tempo atrás, bastante clara<sup>21</sup>. E estas diferenciações são lançadas ao regime jurídico administrativo, encarando este ramo jurídico nas formulações apresentadas a seguir.

De qualquer sorte, por mais diversos que sejam as estruturas dos regimes jurídico-administrativos romano-germânico e anglo-saxão, ambos obtiveram, no seu desenvolvimento, uma contribuição importantíssima da jurisprudência<sup>22</sup> – cada qual ao seu modo, é certo. Claro que devemos destacar que a decisão judicial, como vimos<sup>23</sup>, é fonte primária do direito no sistema do *common law*, mas não no sistema jurídico do *civil law*.

20. MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 52.

21. Dizemos isso, porque, contemporaneamente, esta divisão não se mostra mais tão nítida, tanto no Brasil, como em outros lugares do mundo. Percebemos, na atualidade, que tanto o sistema do *common law* vem incorporando institutos típicos do *civil law*, e vice-versa. Conferir a exposição que fizemos ao tratar do **precedente** – item “3.3” da Parte 1.

22. VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 53. Afinal, o magistrado francês ou alemão, por exemplo, têm de “preencher” o conteúdo da lei, e não somente interpretá-la de modo literal. Em verdade, foi a postura “ativista” do Conselho de Estado francês que logrou êxito em construir os principais dogmas do direito administrativo lá aplicado.

23. Item “3.3” da Parte 1 – abordamos, neste tópico, a noção de **precedente**.

### 5.3.1. Regime jurídico-administrativo romano-germânico (*civil law*)

Na maioria dos países que seguem o sistema romano-germânico, há uma **separação fina entre o público e o privado**, na medida em que se **aplicam princípios diferentes** em ambos os ramos do direito. Aliada a esta realidade, a **organização judiciária**, em muitos deles (não em todos), **divide o julgamento das lides em cortes distintas**, ou seja, tal sistema conferiu um caráter lógico e um acordo claro entre a separação de poderes. As lides envolvendo o direito público são tuteladas por uma corte diferente daquelas de cunho privado, as quais, ao seu turno, ganham uma jurisdição própria<sup>24</sup>.

Contudo, no sistema do *civil law*, a **separação entre política e direito é suave**. Já o **sistema inglês**, por exemplo, é ainda mais lógica esta separação, porque distingue os poderes **não pela pessoa que o exerce**, mas pela **natureza da função** desempenhada<sup>25</sup>.

Marca o Direito Administrativo romano-germânico quatro postulados fundamentais:

- (a) A existência de **responsabilidade civil do Estado por atos que pratica;**
- (b) A existência da **possibilidade de a administração pública criar obrigações jurídicas aos particulares de forma unilateral;**
- (c) A **legalidade informa a maneira como são produzidos e executados os atos administrativos;** e
- (d) A característica mais marcante reside no fato de que **a fonte primária do direito administrativo é a lei, e não o precedente.**

A construção do regime jurídico-administrativo com base romano-germânica possui, em regra, **características** peculiares<sup>26</sup>:

- (a) Percebe-se uma Administração Pública altamente **centralizada**, com a gestão feita por “corpos hierárquicos” compostos por funcionários, o que permite a existência de um **controle administrativo por parte dos órgãos superiores;**
- (b) Evidencia-se um conjunto de **prerrogativas atribuídas à Administração Pública**, e derivada de sua consideração como “poder jurídico”;

24. Não é o caso do Brasil, que possui uma jurisdição única (*v.g.* um mesmo juiz pode julgar tanto uma ação envolvendo a Fazenda Pública, como outra em que litigam dois cidadãos sobre objeto tutelado pelo direito privado).

25. WADE, H. D. R. *Administrative law*. Oxford: Oxford Press University, 1961, p. 37. Aliás, o próprio autor alerta que está pouco clara a divisão dos poderes (e seus limites), situação que gera um alto preço: as cortes britânicas, por exemplo, ainda nos anos sessenta, tinham dificuldades de desenvolver princípios exclusivos de direito público, ou melhor, a forma de julgamento de casos públicos e privados era similar, quando que o próprio direito material do país reclamava uma especificação (WADE, H. D. R. *Op. Cit.*, p. 38).

26. Todas elas apresentadas por Juan Carlos Cassagne (*Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 1998, p. 106).



- (c) Em muitos países, como ocorre na Itália e na França, o julgamento acerca dos atos administrativos é feito pelos **tribunais administrativos**. Na França, esta função é atribuída a Conselho de Estado, em conjunto com a missão de evacuar consultas;
- (d) O **princípio da legalidade** possui um papel central como vertente reitora do sistema jurídico-normativo.

### 5.3.2. Regime jurídico-administrativo anglo-saxão (*common law*)

Os sistemas jurídicos do *common law* ostentam uma gama de princípios bastante peculiares. Nestes países, o direito administrativo possui uma **aplicação ainda mais estreita**, se comparado ao sistema jurídico romano-germânico (como, por exemplo, se comparado ao francês). Questões sobre aquisição e venda de bens públicos, sobre servidores públicos, sobre contratos administrativos etc., são matérias tuteladas pelo **“direito da administração pública”, e não pelo direito administrativo**<sup>27</sup>.

Já as discussões sobre a **administração da coisa pública** são togadas ao cientista político. Logo, direito administrativo americano, por exemplo, está concentrado em responder às seguintes perguntas: quais os poderes que as agências administrativas possuem? Quais são os limites destes poderes? Por quais formas estes poderes são mantidos dentro das agências? (entre outras). Sendo assim, o regime jurídico-administrativo americano, como vimos, confere ênfase às regras que **controlam e disciplinam os poderes das agencies**, e não no direito eventualmente produzido por elas<sup>28</sup>.

Nesse contexto, peculiar é o fato de as agências reguladoras possuírem poderes quase legislativos e judiciais. Logo, nos Estados Unidos, suas **diretivas e regulamentos** são importante **fonte do sistema jurídico-administrativo**. Cabe ao Poder Judiciário, então, somente controlar os atos normativos no que tange à sua **compatibilidade aos standards legais** previamente expedidos, que dão base aos atos prescritivos das *agencies*.

Já as decisões administrativas expedidas pelas agências reguladoras somente podem ser objeto de controle judicial **caso de romperem com o dique da legalidade e da razoabilidade** – entendimento referendado somente em tempos recentes, porque antes, nem sequer eram objeto de apreciação judicial. Também podemos dizer que o **administrative procedure** é galgado a um papel nodal dentro do sistema jurídico norte-americano, especialmente para permitir a defesa das garantias fundamentais pretensamente violadas pelo Poder Público (*v.g.* não concessão de ampla defesa e de contraditório, desrespeito ao *due process of law* etc.).

Importante destacar, assim, que, no sistema jurídico e político anglo-saxão, a **Administração Pública rege-se muito mais por preceitos privados**, acoplados a um

27. A diferença entre “direito da Administração Pública” e “direito administrativo” foram expostas no item “2.2” da Parte 1.

28. Aliás, o direito anglo-saxão demorou a reconhecer o direito administrativo como um ramo autônomo. Nos Estados Unidos, o Direito Administrativo somente alcançou sua plena autonomia como disciplina autêntica no século XX (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 239, jan.-mar. 2005, p. 8).

**controle judicial intenso.** Perfaz-se, portanto, uma espécie de “**administração judiciária**”<sup>29</sup> da coisa pública. De mais a mais, as **características** do sistema jurídico do *common law* diferenciam-se daquelas encontradas no sistema romano-germânico, porque ambos possuem concepções diferentes. Naquele, por exemplo, é marcante no *rule of law*<sup>30</sup>:

- (a) A **descentralização** ou melhor, a **autonomia** das entidades locais era quase total e absoluta no *common law*, absorvendo muitos os poderes que pertencem à Administração Central;
- (b) A atividade dos órgãos de administração foi submetida às mesmas regras que os indivíduos, e, portanto, **falta ao Poder Público as prerrogativas** tão inerentes ao direito administrativo do *civil law*;
- (c) A administração é julgada por **tribunais ordinários**, mas independentes do Poder Executivo;
- (d) os **precedentes** (sistema do *stare decisis*) possuem um papel central como vertente reitora do sistema jurídico-normativo.

Apesar da evolução e das características diferentes constatadas em ambos os sistemas (*civil* e *common law*), eles convergem para um imbricamento por deveras interessante.

### 5.3.3. Regime jurídico-administrativo brasileiro

O **regime jurídico-administrativo brasileiro** teve forte e constante inspiração no **sistema romano-germânico**. Fornece à atuação administrativa a base jurídica para a devida atuação, ao mesmo tempo em que lhe confere limites. Devemos ter em mente que, por vezes, o Estado brasileiro será tutelado pelo regime jurídico privado, que tem como baluartes a autonomia da vontade e a livre iniciativa<sup>31</sup>. Então, a maioria das funções desempenhadas pelos órgãos públicos tem como características nodais a presença do regime jurídico administrativo como guia<sup>32</sup>.

De outro lado, **não serão somente os entes estatais que estarão submetidos ao regime de direito administrativo**. Há pessoas de direito privado que estarão sujeitas a este sistema de direitos e deveres: entidades criadas pelo Poder Público, mas com natureza privada, e têm por missão a satisfação das necessidades sociais (*v.g.* fundação de direito privado criada pelo Poder Público). Ou mesmo as pessoas de direito privado (não criadas pelo Estado, mas que acordam em cumprir e implementar estas mesmas missões públicas) sujeitam-se ao regime jurídico-administrativo<sup>33</sup>.

29. CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit.*, p. 28.

30. CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 106.

31. CF/88, art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”.

32. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78-80.

33. POUYAUD, Dominique e WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 19-20.

Assim, a complexidade do tema, em terras brasileiras, **não necessariamente está ligada à definição do conteúdo do regime jurídico-administrativo**, mas sim, em se saber a **quem se sujeita a este regime**. É esta dificuldade causa (e causou) importantes incertezas que, claro, não são nem um pouco benéficas. Vamos perceber isto a partir de um exemplo: há muitas empresas instituídas pelo Poder Público e que não seguem o dito regime público. E há **pessoas jurídicas** inseridas no **domínio econômico** que **se sujeitam ao regime administrativo**<sup>34</sup>.

#### 5.3.4. *Perspectivas contemporâneas*

Em direito administrativo, claro, tais regras e princípios procuram normatizar a **atividade da Administração Pública**. A peculiaridade deste regime consiste na existência de determinadas prerrogativas que a entidade estatal possui, como, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade deste interesse<sup>35</sup>.

Sempre se defendeu que **regime jurídico-administrativo** tem como **eixo central o princípio da legalidade**<sup>36</sup>, porque a ideia de administração pública não pode ser pensada sem o primado da lei. Pretende-se, com isto, que se combata a personificação do gestor público, tão presente em governos monocráticos. Ademais, **este regime possui prerrogativas exorbitantes do direito privado**, o que é uma marca peculiar neste sentido<sup>37</sup>.

Contudo, a ampliação da concepção, em tempos contemporâneos, complementou esta premissa: o regime jurídico deve ter como eixo principal a **lei e a Constituição Federal**. Não tardou aos teóricos perceberem que tal regime não se afasta dos **direitos fundamentais**, ou mesmo não pode os preterir. Ao contrário, as prerrogativas públicas, por exemplo, servem e muito para a efetivação destes direitos<sup>38</sup>.

34. Em França, a incerteza quanto a se saber qual o regime jurídico que uma determinada pessoa jurídica se submete é ainda mais problemática, porque, não só compreende questões de disciplina normativa (direitos, deveres etc.), mas, igualmente, geram dúvidas acerca da competência jurisdicional. De modo que, saber se o regime jurídico é aplicável ou não tem efeitos no que se refere à demanda ser promovida junto à justiça administrativa ou comum.

35. Um dos expoentes do estudo da matéria no Brasil é Celso Antônio Bandeira de Mello. Expõe o autor que: o interesse público é “[...] verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69). Conferir, ainda, o ensaio de ARAGÃO, Alexandre Santos de. A ‘supremacia do interesse público’ no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005.

36. Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 58 e ss.

37. Deve ser destacado, por oportuno, que **os interesses públicos não necessariamente contrariam os interesses privados**. Ao contrário. Corriqueiramente a atuação estatal, que visa a garantir o interesse público, tem por finalidade garantir, ainda que em última análise, o interesse privado. Por exemplo, a atuação do *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)* protege a coletividade da formação de cartéis, oligopólios, monopólios, oligopsônios, monopólios etc., garantindo, por tabela, a livre-concorrência. Esta atuação, igualmente, protege legítimos interesses privados.

38. Na nossa ótica, entre tantas questões, os **direitos fundamentais** vão conferir à Administração Pública, deste modo, uma gestão racional.

Se o regime jurídico-administrativo serve para a **satisfação das necessidades públicas**, tais **prerrogativas** possuem fundamento **imediate e direto** no **interesse público**<sup>39</sup>. Assim, a legitimação destes poderes exorbitantes advém desta premissa material. Sua justificativa formal, claro, é a **lei**<sup>40</sup> e a **Constituição Federal**.

Então, contemporaneamente, o eixo central apresentado (princípio da legalidade) vem sofrendo **mutações** de considerável ordem. A começar pela **diversificação de fontes jurídicas** que a legalidade absorve, dado o **pluralismo normativo** que se firmou. Esse mesmo pluralismo ampliou os centros de poder na sociedade e, por consequência, fez despontar novas fontes normativas, que, em muitos casos, substituem as fontes normativas “formais”. E isso é prejudicial quando **ausente a devida sistematicidade**, ou quando há uma **perda de referencial**<sup>41</sup>.

Fatores como a **deslegalização** ou **deslegificação**<sup>42</sup> degradaram a legalidade em níveis inferiores à lei formal, o que aumentou a pulverização das fontes normativas. É dizer: a lei formal não é a fonte única da legalidade. Os **ordenamentos administrativos setoriais**<sup>43</sup> foram responsáveis por tratarem dos temas envolvendo o Poder Público por meio de normas hierarquicamente inferiores, ou seja, há uma transferência da competência normativa ao Governo. O próprio legislador retira certa matéria do domínio da lei e passa ao regulamento<sup>44</sup>. A quebra do monopólio da função normativa atribuída ao Poder Legislativo foi decisiva para a atribuição do poder de emitir regulamentos à Administração. Uma das características que diferenciam sua posição perante a lei<sup>45</sup>.

Da mesma forma, o direito administrativo tem estado no centro da bipolaridade entre a liberdade do indivíduo e autoridade da Administração, na medida em que as **restrições e prerrogativas** do Poder Público são mais ou menos intensas, mais ou menos consensuais. Ao mesmo tempo em que as prerrogativas conferem **superioridade** à

39. Um bom exemplo de prerrogativa que marca o regime jurídico-administrativo se apoia na possibilidade de o Estado criar unilateralmente obrigações aos particulares. É o que se conhece como **“imperatividade”**, a qual é tratada no item “13.7.2” da Parte 2.

40. Termo empregado em sentido amplo.

41. “A lei, como conceito iluminista-racionalista, enquanto produto do Estado formalmente manifestado pelos órgãos legislativos constitucionais, parece ter atingido seu zênite como instrumento regrador de condutas sociais. Com efeito, o pluralismo, ao multiplicar os centros de poder na sociedade, tornando-a policrática, fez despontar novas fontes normativas autônomas e semi-autônomas que atuam com vantagem como sucedânea da norma legal. Por outro lado, a omnímota submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores, acaba paradoxalmente desservindo à ordem jurídica, não só por banalizá-la, como pelo desgaste que causa a babel provocada pelo incontrolável chorrilho legiferante a que se dedicam legisladores federais, estaduais e municipais de milhares de casas legislativa” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124). Destacamos a exposição feita pelo autor acerca das causas da deslegalização e o principal problema que dela deriva.

42. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-109. No STF, o tema ganhou destaque no Informativo nº 944.

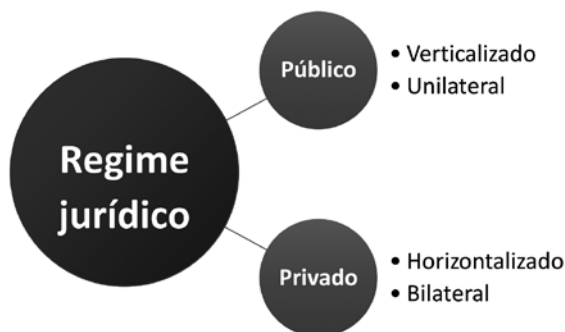
43. BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 36.

44. BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 277-280.

45. Uma análise clássica dos princípios de relacionamento entre direito e regulamentação, na Alemanha, cujas soluções influenciaram o direito público em todo o continente europeu pode ser conferida em: JESCH, Dietrich. *Ley y Administración*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

Administração Pública, a fim de alcançar benefícios à coletividade, acaba-se, em regra, por perfazer restrições à liberdade dos indivíduos. Pensamos, assim, que, novamente, o equilíbrio entre estas dicotomias será retirado a partir de uma construção e de uma interpretação razoável e proporcional do regime jurídico-administrativo, sempre balizado pelos direitos fundamentais.

De modo muito generalista:



Ou, visto de outro modo:

<b>REGIME JURÍDICO</b>	<b>Público</b>
	- Verticalizado;
	- Unilateral.
	<b>Privado</b>
	- Horizontalizado;
	- Bilateral

## CAPÍTULO 6

### PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

#### 6.1. Introdução e natureza jurídica dos princípios

Os **princípios**, como categoria jurídica pertencente à *Teoria Geral do Direito*, porque não é tema exclusivo do direito administrativo, e sim afeto a todos os ramos da ciência jurídica, foram bastante debatidos na era contemporânea. Tomaram um espaço considerável no sistema jurídico, a tal ponto de se escreverem livros inteiros sobre o tema<sup>46</sup>. Contemporaneamente, essa perspectiva ganha corpo especialmente diante do

46. Não é à toa que Humberto Ávila inicia sua obra específica sobre o tema afirmando que a doutrina constitucional vive, hoje, uma euforia que se decidiu chamar de “Estado Principiológico”. No entanto, esta euforia, acabou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14).

movimento denominado de “neoconstitucionalismo”<sup>47</sup>, em que os princípios tomam um papel bastante eloquente.

É por deveras intensa a discussão no sentido de saber em qual a natureza jurídica dos princípios, e, especialmente, dos princípios administrativos, mormente aqueles catalogados no art. 37, “caput”, da Constituição federal. E esta talvez seja a primeira tarefa a ser deduzida neste tópico.

E essa profusão teórico-dogmática sobre o tema alcançou um nível bastante elevado pela falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Contudo, temos de admitir que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O que realmente importa, é saber qual a **maneira mais segura para garantir sua aplicação e sua efetividade**, de modo que surge a necessidade de uma clareza conceitual, pois possibilita uma melhor construção por parte do interprete e facilita a compreensão por aqueles que o manipulam e também por seus destinatários<sup>48</sup>.

Nesse contexto, é certo que existem algumas certezas, em meio a tantas divergências dogmáticas. Uma delas (que é uma verdade compartilhada pela maioria dos doutrinadores – senão por todos) consiste na certeza de que **os princípios possuem caráter deontológico**, ou seja, **são prescritivos**, e não meramente um valor (não são somente ontológicos). Logo, eles **obrigam**. São, portanto, **norma**<sup>49</sup>.

Ainda, seguindo esta mesma perspectiva, ainda que seja por uma metodologia etimológica, como dissemos em outra obra<sup>50</sup>, não há (praticamente) dissenso que o termo princípio vem do latim *principium* e tem **significação variada**. Por um lado, quer dizer **começo, início, origem, ponto de partida**; por outro, que dizer **prescrição a ser seguida**, enfim, verdadeira “norma”.

De início, como condição de passagem, a expressão “princípio” deverá ter um condão **normativo**, com **caráter prospectivo, fundante e referencial**. Em segundo lugar, diante de tantas falas sobre o tema, abordando classificações e critérios distintivos de toda ordem, pautar-se-á o presente estudo a partir de uma opção a ser feita, da escolha de um critério que balizará a compreensão dos princípios administrativos.

Nesse cenário, o passo seguinte a ser dado consistiria em definir, diante da *Teoria Geral das Normas*, a categoria jurídica dos princípios administrativos. Enfim, definir

47. Cujá própria definição não obtém consenso. Conferir: MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo* – bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan.-mr. 2009, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 21 de julho de 2012.

48. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 16.

49. É claro que possuem uma intensa carga axiológica – valorativa. Mas não é só. Enfim, não se resumem a deter somente um valor. Para se ter uma ideia, os princípios teriam valor obrigatório pelos termos da Constituição francesa de 1958 (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84).

50. HEINEN, Juliano. *Interpretação conforme a constituição* – análise a partir da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 88.

a sua natureza e seus elementos teóricos. Contudo, esta é uma tarefa tão árdua como definir o que são os “princípios”, como categoria geral do direito<sup>51</sup>. E esta seria uma ocupação que tomaria uma obra inteira.

A partir daqui, pretendemos apresentar algumas concepções doutrinárias acerca do termo, ainda atreladas a “teoria geral do direito”, demonstrando as várias perspectivas que podem ser apreendidas. Vamos tratar da primeira delas.

(1) **Perspectiva que diferencia princípios e regras, sendo aquele mais abstrato do que esta:** muitos autores<sup>52</sup> entendem que os princípios são **pontos de partida** na interpretação, além de possuírem maior **teor de abstração**. Por isto que, para esta perspectiva, serviriam como **fundamento e orientação** ao intérprete, perfazendo verdadeira **otimização sistêmica do ordenamento jurídico**<sup>53</sup>. E, se, no caso concreto, há “colisão” de princípios, deve-se, caso a caso, analisar, por meio das regras de **ponderação**, aquele que melhor solucione a questão posta. Quando dois princípios se “chocam”, colidem, não haverá o aniquilamento de um para com o outro<sup>54</sup>.

Essa mesma perspectiva doutrinária **diferencia os princípios das regras**<sup>55</sup>. Em linhas bastante sintéticas, entendem que:

- (a) As **regras** seriam mais **concretas** e, no caso de duas delas se entrechocarem, uma “descarta” a outra – sendo esta uma das primeiras diferenças entre os *princípios* e as *regras*. Estas últimas seriam **comandos impositivos** atuantes no campo do possível, seja fática ou juridicamente<sup>56</sup>;
- (b) Os **princípios** seriam mais **abstratos**, sendo que, no âmbito da principiologia, de outra forma, ocorrerá uma **harmonia** entre os princípios, sendo que um/alguns dele(s) **terá/terão**

51. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o termo “princípios” possui três sentidos e dimensões diversas: “[...] os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que, por isso, são o ponto de referência, modelo, para as regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenam o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução. (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Os princípios programáticos. In: *Direito Constitucional do Trabalho*; São Paulo: LTr, v. 1, 1991, p. 73-74)

52. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

53. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.060 e ss.

54. Conforme já explicamos em: HEINEN, Juliano. *Op. Cit.*, p. 92.

55. Segundo Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 85-86), a distinção entre regras e princípios pode ser feita em três vias: a) pelo critério de maior valoração, importante à argumentação jurídica; b) pelo grau de generalidade; c) pelo critério qualitativo.

56. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 83; FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.137.

**premência no caso concreto.** Esta categoria jurídica possui uma maior abertura semântica<sup>57</sup>, tanto em seu conteúdo sígnico, quanto na sua definitividade de sentido. No momento em que há um tensionamento entre dois princípios, é necessário que o jurista recorra a um juízo de **ponderação**<sup>58</sup>, ou seja, ver aquele princípio que melhor tem **densidade** ao caso concreto.

O **modelo combinado de princípios e de regras** atende aos parâmetros contemporâneos da hermenêutica constitucional, tendo em vista que os direitos fundamentais, por exemplo, reclamam, por vezes, uma versão de regras e, em outros casos, uma versão de princípios – adotando a diferenciação feita aqui.

(2) Humberto Ávila, em obra específica<sup>59</sup>, faz uma crítica aos vários critérios utilizados pela doutrina para distinguir regras e princípios, propondo um parâmetro próprio a perfazer tal distinção. Além disso, o autor constitui um novo instituto, denominado de “**postulado**”<sup>60</sup>, que se alia com os institutos dos **princípios** e das **regras**.

O “**caráter hipotético-condicional**”, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador, não serve. E assim o é porque esta distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para encontrar a regra.

57. Para esta perspectiva, os princípios são mais genéricos do que as regras porque atuam nas possibilidades ofertadas pelos limites da realidade (ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 103-104). No mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 249-251; BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos Princípios do Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 338-342.

58. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 87-89.

59. ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 31-55.

60. “[...] os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-intepretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de *normas de segundo grau*, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas.” (ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 88). Além disso, o autor diferencia os postulados dos princípios porque aqueles não promovem modulações finalísticas como estes assim o fazem. Da mesma sorte, em síntese, os postulados não se confundem com as regras, uma vez que não têm o condão de prescrever comportamentos hipotéticos (ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.* p. 89-90). Enfim, afirma o autor que os postulados são “[...] normas estruturantes de aplicação de princípios e regras.” (ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 90) Postulados, portanto, “[...] são metanormas, ou normas de segundo grau.” (ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 88), Sua violação significa uma não-interpretação. Nessa linha de pensamento, têm-se como exemplos de postulados (que o autor chama de “inespecíficos”) a *ponderação*, a *concordância prática* e a *proibição de excesso* (ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 94-127).



Também o critério do “**modo final de aplicação**”, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto (“tudo ou nada”), ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual (“mais ou menos”), é insuficiente. Perceba que, em certas situações, caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. Assim, tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.

O “**critério do relacionamento**” ou do “**conflito normativo**” também é impróprio na diferenciação de regras e princípios e, por consequência, na definição desta última categoria. Afinal, não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, porque, em determinadas situações, o conflito entre regras poderá ser resolvido por uma ponderação. Para exemplificar, podemos perceber que a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas.

Assim, para o autor, a diferenciação entre ambas as categorias jurídicas consiste no fato de que as **regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência**, para cuja aplicação se exige a **avaliação da correspondência**, sempre centrada na **finalidade** que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos<sup>61</sup>.

Quanto aos **princípios**, Humberto Ávila perfaz sua conceituação a partir de um **critério finalístico**: são **normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade**. Sua aplicabilidade reclama uma **avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção**. Eles impõem um dever para que se consiga chegar a um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamento a ele necessário<sup>62</sup>.

Aliás, não é à toa que tanto se tenha escrito e tanto ainda se escreva sobre o tema. A título de exemplo, Sérgio Sérulo da Cunha lista nada menos do que quatorze sentidos ao termo “princípio”<sup>63</sup>. Algumas **características** são centrais à noção de **princípio**, como **categoria jurídica do direito administrativo** – elementos que, possivelmente, ainda não completem sua definição, apesar de serem uma referência neste sentido:

61. ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 70-72.

62. *Idem*.

63. “1. Começo, início, aquilo que está no começo ou no início. 2. Termo final de toda regressão. 3. Proposição que basta para suportar a verdade do juízo. 4. Causa natural, em razão da qual os corpos se movem, agem, vivem. 5. Elemento ativo de uma fórmula, substância ou composto. 6. Aquilo que constitui, compõe, as coisas materiais. 7. Aquilo que, pertencendo à própria coisa, contém suas determinações como fenômeno. 8. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade. 9. Fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções. 10. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito. 11. Os primeiros preceitos de uma Arte ou Ciência. 12. Prescrição fundamental. 13. Opção valorativa implicada como fundamento da norma. 14. Prescrição consistente numa opção valorativa fundamental”. (CUNHA, Sérgio Sérulo da. O que é um princípio? *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas ABCI e Malheiros, v. 1, 2005, p. 225.

- (a) Funcionam como **vetor interpretativo** e
- (b) Como **alicerce** ao sistema jurídico;
- (c) Possuem um **padrão normativo relevante**; e
- (d) **Vinculativo**;
- (e) Detêm, em regra, **alta carga valorativa**.

Muitas outras diferenças poderiam ser estabelecidas (ou não estabelecidas) entre os princípios e as regras (e, quiçá, entre os postulados – terminologia esta inserida nesta obra)<sup>64</sup>, mas esse, sem sombra de dúvida, não é o foco da exposição a ser feita. Especificamente no que se refere aos **princípios administrativos**, algumas diferenças podem ser nitidamente franqueadas, podendo ser catalogadas na seguinte tabela comparativa:

	Princípios	Regras
<b>Natureza comportamento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Finalístico</li> <li>▪ Delimita um estado ideal</li> <li>▪ O que deve ser</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Mandamentos</li> <li>▪ Descritivo</li> <li>▪ Dever ser</li> </ul>
<b>Argumentação</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Conduta necessária</li> <li>▪ Previsão do fato</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Conceito abstrato (suporte fático)</li> <li>▪ Conceito concreto (fato normativo)</li> </ul>

Dessa forma, delimitados os matizes teóricos existentes, passa-se a tratar dos princípios incidentes especificamente no âmbito do direito administrativo, conforme disposição feita pelo texto da CF/88 e da legislação extravagante. Por motivos metodológicos, apresentar-se-ão somente alguns, os quais são quase que inerentes ao tema tratado. A adoção dos princípios como instrumento para a aplicação do Direito pode ter um efeito positivo quando houver um consistente sistema de uniformização, e legitimidade a partir de uma fundamentação coerente.

## 6.2. Princípios gerais do direito

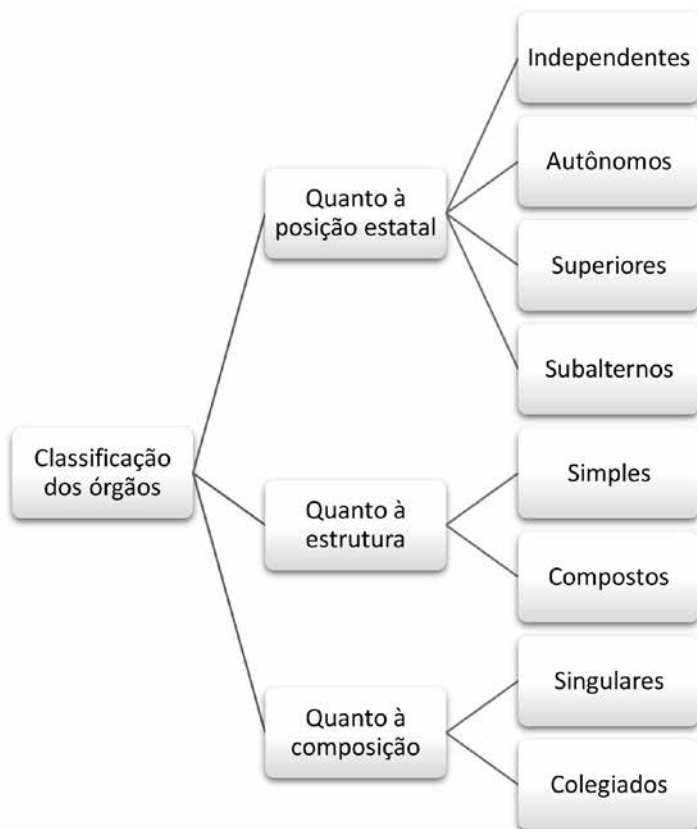
Os **princípios gerais do direito** são **premissas não escritas e reconhecidas pelo magistrado** ou **pelo administrador público**. Assim, reconhece-se sua existência e, portanto, seu respeito se impõe às autoridades administrativas<sup>65</sup>.

Para tanto, a **descoberta (revelação)** destes princípios se faz necessária, porque não estão necessariamente “prontos”, enfim, necessariamente ofertados pelo direito positivo. Veja que, no caso, os princípios gerais do direito **não são criados** pelo intérprete, ou seja, não possuem como fundamento uma “inspiração subjetiva”. Isso porque, quando

64. Um estudo sobre os critérios de diferenciação destas categorias jurídicas pode ser encontrado em: MÖLLER, Max. *Op. Cit.*, p. 223 e ss.

65. A expressão “princípios gerais do direito” aparece com fôlego no *arrêt Aramu*, de 1945, o que, para a época, constituiu uma novidade no que se refere à expressão terminológica. Contudo, o Conselho de Estado francês há muito já julgava vários casos com base em princípios não escritos (como o da *igualdade*), apesar de não fazer remissão à expressão em pauta. Foi mesmo depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que o termo ganhou expressividade, especialmente quando se tratava de prestar jurisdição sobre as liberdades dos cidadãos.

Vamos sistematizar a matéria conforme esquema a seguir disposto:



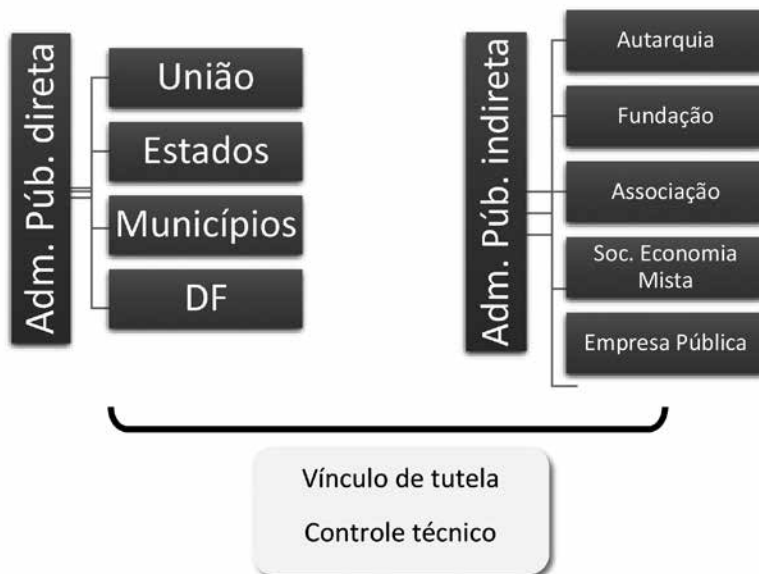
#### 7.2.2.4. Teoria da personificação do órgão

Há uma exceção à regra de que o órgão não possui personalidade jurídica e capacidade processual. Trata-se da **Teoria da personificação do órgão**, a qual dispõe que o órgão receba personalidade jurídica e capacidade processual apenas quando venha a **defender suas prerrogativas violadas pelos entes a que pertence**. Exemplo: imagine que o Estado de Minas Gerais não repasse à Assembleia Legislativa daquele ente político a parcela mensal do seu orçamento (o que se conhece como “duodécimo”). Nesta situação, a Assembleia Legislativa, órgão do Estado de Minas Gerais, poderia demandar contra o ente “Estado de Minas Gerais”<sup>35</sup>.

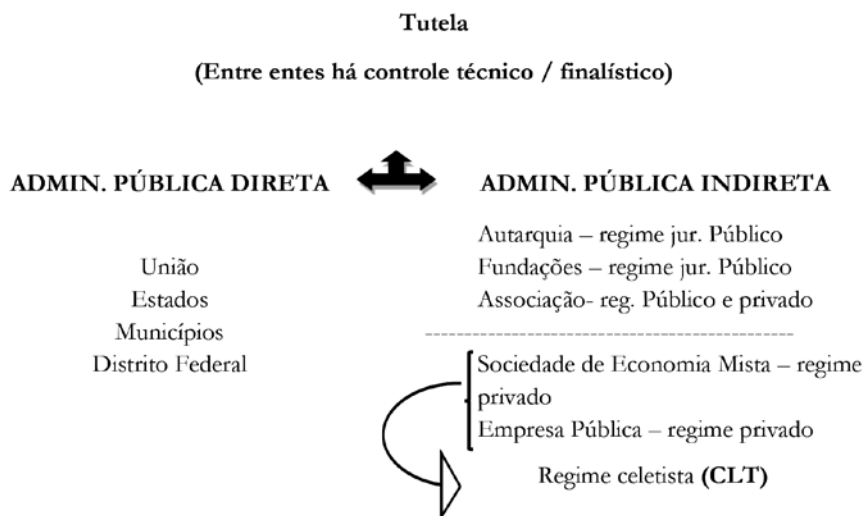
35. “A Câmara Municipal não tem legitimidade para propor ação com objetivo de questionar suposta retenção irregular de valores do Fundo de Participação dos Municípios. Isso porque a Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, a qual lhe autoriza tão somente atuar em juízo para defender os seus interesses estritamente institucionais, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão, não se enquadrando, nesse rol, o interesse patrimonial do ente municipal. Precedente citado: REsp 1.164.017-PI, Primeira Seção, DJe 6/4/2010.”. (STJ, REsp. nº 1.429.322-AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 20/2/2014). Idem:

reflexo da federação brasileira, deverá ser marcada pela **centralidade do cidadão**, pela **subsidiariedade** e pela **autonomia**. Sem isto, não há federação<sup>71</sup>.

Sistematizando:

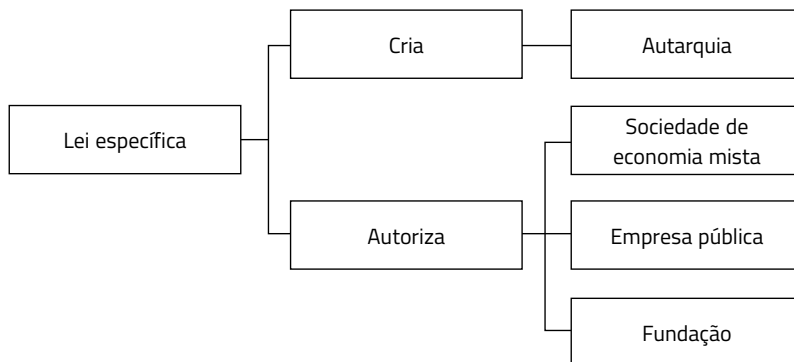


Visto de outro modo:



71. Na prática, até pelo reflexo da “arquitetura constitucional” sobre o tema, temos uma espécie de “federação centralizada” – por mais contraditória que possa ser esta expressão –, talvez pela razão histórica de tentar manter a unidade territorial.

Sistematizando:



Cabe ainda dizer que o STF **definiu em quais casos pode se condicionar a criação de certo órgão ou ente à chancela – autorização – do Poder Legislativo**. Para facilitar a matéria, estruturamos a seguinte tabela:

Órgão ou ente	Poder de condicionar a constituição do órgão ou ente à autorização do Poder Legislativo	Julgado
<b>Órgão</b>	NÃO PODE	STF, ADI nº 2654
<b>Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública</b>	NÃO PODE	STF, ADI nº 1642
<b>Autarquias e Fundações</b>	PODE – interpretação dada a partir do texto do art. 52, inciso III, “f”, da CF	STF, ADI nº 1642
<b>Agências reguladoras</b>	PODE – idem	STF, Informativo nº 759

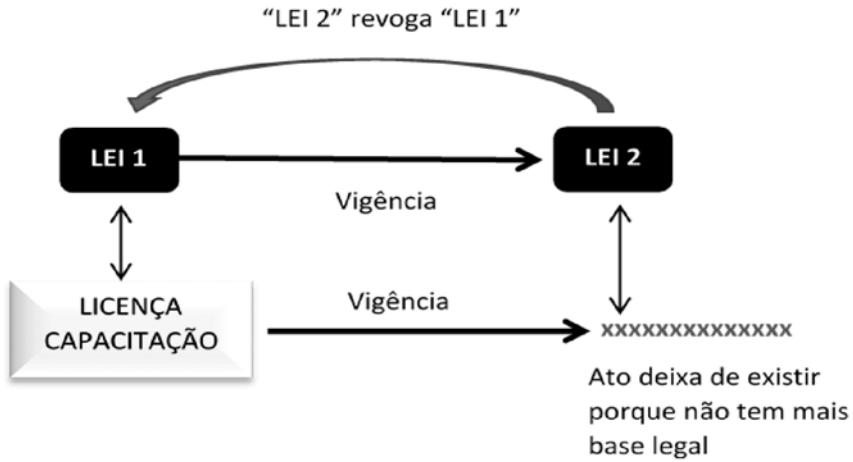
#### 7.3.3.2.1.2. *Espécies de autarquia*

**(a) Autarquias ordinárias ou clássicas:** trata-se da autarquia que possui as características citadas no item precedente, quando se abordou o conceito da referida pessoa jurídica de direito público. Exemplo: *Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS*, *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis – IBAMA*, Universidades Federais que não estão em regime de fundação pública etc.

**(b) Autarquias territoriais:** são os **territórios federais**, constituindo, pois, uma **área geográfica**. Possuem, então, natureza de autarquia, **podendo ter municípios** no seu interior (art. 33, § 1º, da CF/88<sup>88</sup>). Significa dizer que se pode ter uma autarquia federal que abarca, em seu “interior”, municípios. E o que é mais interessante: quando o Território

88. O art. 33 da CF/88 está regulado parcialmente pela Lei nº 11.697/08.

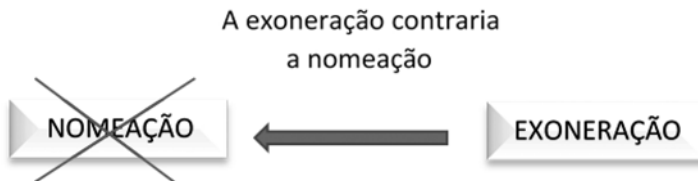
Sistematizando:



13.13.2.2.5. Contraposição ou derrubada

Ocorre quando um **ato administrativo é extinto pela expedição de outro ato administrativo que com o primeiro é contrário**. Seria uma espécie de “revogação tácita”<sup>1398</sup>. Tanto é verdade que muitos doutrinadores<sup>1399</sup> nem consideram como sendo a contraposição uma espécie autônoma de extinção do ato administrativo. Exemplo: a nomeação de um sujeito em cargo comissionado é contraposta por ato administrativo de exoneração<sup>1400</sup>.

Sistematizando:



1398. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 281.

1399. MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*

1400. Este exemplo, ofertado por boa parte da doutrina, que defende a **autonomia da contraposição**, induz a pensar, com mais ênfase, se esta forma de extinção do ato administrativo não poderia ser espécie de **revogação**.

(9) O **princípio da economicidade** impõe que, de acordo com a disponibilidade dos meios, deve-se buscar os **melhores resultados**; assim, há a fixação de padrões de resultado, enfim, padrões do que se espera. É uma baliza normativa e interpretativa central em termos de licitações e contratos administrativos<sup>198</sup>. Tal princípio permite que se **mensurem valores em relação a valores**, ou seja, franqueia uma comparação entre bens ou situações economicamente apreciáveis. Tem ampla incidência no âmbito do direito econômico<sup>199</sup>.

A economicidade, no âmbito das licitações, visa, na essência, à obtenção do menor preço ou de melhores condições para a Administração Pública<sup>200</sup>. Possui previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na regra que disciplina o controle das Cortes de Contas (art. 70 “caput”), norma esta regulada pelo art. 1º, § 1º e pelo 43, inciso II, ambos da Lei nº 8.443/92 (*Lei Orgânica do TCU*). Tanto que pauta uma série de atuações e de decisões administrativas ou judiciais<sup>201</sup>.

Resumindo: segundo a Lei nº 14.133/21, devemos ter bem claro que há uma sensível diferença entre princípios e objetivos, os quais podem ser agrupados da seguinte forma, tentando-se fazer uma correlação entre eles:

PRINCÍPIOS	OBJETIVOS
Legalidade	Evitar sobrepreço, preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento
Impessoalidade	
Moralidade	
Probidade administrativa	
Transparência	
Segregação de funções	
Motivação	
Igualdade	Isonomia
	Justa competição
Planejamento	Inovação
Eficiência	
Eficácia	
Desenvolvimento nacional sustentável	Desenvolvimento nacional Sustentável

198 O STF entendeu que o princípio da economicidade estava implícito no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (STF, ADI-MC nº 2.472-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJU de 03 de maio de 2002).

199 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 38.

200 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 70.

201 Exemplo: TCU, Acórdão nº 136/2000, 2ª Câmara.

PRINCÍPIOS	OBJETIVOS
Julgamento objetivo	Seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso
Vinculação ao edital	
Segurança jurídica	
Razoabilidade	
Competitividade	
Proporcionalidade	
Celeridade	

Além dos princípios explícitos no art. 5º da Lei nº 14.133/21, as licitações públicas podem compreender **princípios implícitos**, ou seja, que pautam certames e contratos públicos, mas que são revelados a partir da **interpretação que se faz às normas legais incidentes**

#### 16.14. Contratação direta

Em certas situações, o Poder Público **contratará diretamente, sem estabelecer um procedimento licitatório**. E esta possibilidade está admitida, de modo **excepcional**, pelo art. 37, inciso XXI, da CF/88, desde que conte com a devida **previsão legal**<sup>202</sup>.

Conforme os termos da Lei nº 14.133/21, três seriam os casos de contratação direta: quando se estiver diante de uma **licitação dispensada** (arts. 76 e 77), de uma **licitação dispensável** (art. 75) ou de um caso de **inexigibilidade** (art. 74). Vamos analisar as peculiaridades de cada qual nos subitens que seguem. Destacamos que outras leis podem bem definir casos de contratação direta, sem a necessidade de se promover certame licitatório. Então, repetindo, os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação não estão exclusivamente previstos na Lei nº 14.133/21. Exemplo: a hipótese do art. 32 da Lei nº 9.074/95<sup>203</sup>, que também trata de caso de dispensa de licitação.

Para resumir tudo o que dissemos até aqui e evidenciar as diferenças entre a licitação inexigível, dispensável e a licitação dispensada, apresentamos o seguinte quadro sinótico:

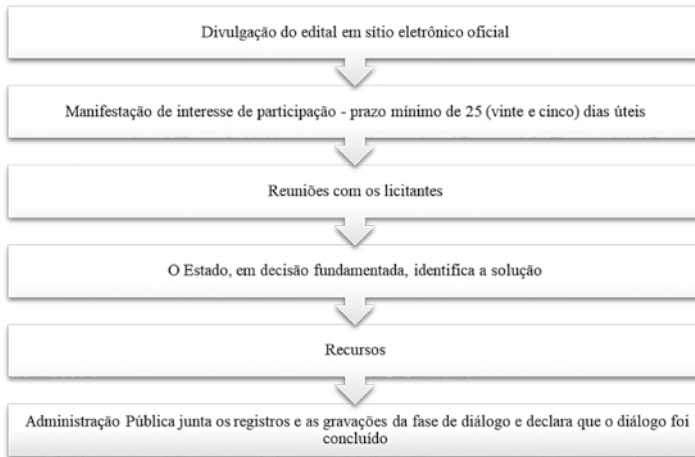
202 A contratação indireta indevida vem sendo considerada pelo STJ como sendo uma situação passível de ser sancionada pela *Lei de Improbidade* (Lei nº 8.429/92): STJ, REsp. nº 1.376.524-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09/09/2014; STJ, AgRg no AREsp. nº 930.080, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/03/2016; STJ, AgInt no AREsp. nº 530.518-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 03/03/2017.

203 Lei nº 9.074/95, art. 32 “caput”: “A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.”.



### Primeira etapa

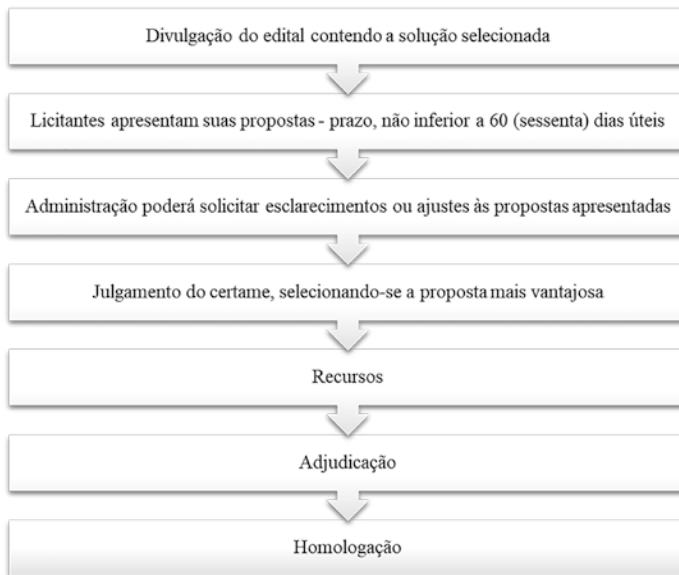
#### FASE DE SELEÇÃO DA SOLUÇÃO TÉCNICA



### Segunda etapa

#### FASE DE SELEÇÃO DO LICITANTE QUE IMPLEMENTARÁ A SOLUÇÃO TÉCNICA

#### FASE COMPETITIVA



#### 16.16. Tipos de licitação ou critérios de seleção da proposta mais vantajosa

Os tipos de licitação ou critérios de julgamento ou critérios de seleção da proposta mais vantajosa, como vimos, devem ser objetivos – princípio do julgamento