



## CONCEITO, FONTES E PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

#### Breve esboço histórico

O nascimento do Direito Administrativo está atrelado à Revolução Francesa de 1789. Ao pensar em Direito Administrativo, pensamos nas relações do Estado, seja entre Estados ou seja entre Estado e cidadãos.

Até a Revolução Francesa havia o Estado Absolutista: ilimitado, no qual os cidadãos não tinham nenhuma proteção em relação ao Estado, que era personificado na figura do Monarca. Esse rei legitimava o seu poder à luz de uma divindade. O rei se dizia um representante de Deus na Terra. Deus é sinônimo de perfeição e assim se afirmava na época. Se Deus na Terra era a personificação divina, o rei não erra. Logo, o Estado não errava, era a perfeição, a vontade divina.

“The King can do no wrong”

= “O Rei não erra”. É o que a doutrina utiliza para explicar a irresponsabilidade civil do Estado. É uma fase marcada por essa frase.

“L’etat c’est moi”

= “O Estado sou eu”, Rei Luis XIV, o rei sol. Havia uma confusão entre o patrimônio público e o patrimônio do rei.

Não havia limites à atuação do rei, não havia o Direito Administrativo como um ramo autônomo. Somente a partir da Revolução Francesa foi possível se pensar no “terceiro estado” (aqueles que não pertenciam à Nobreza ou ao Clero, ou seja, o povo) assumindo o poder. O Estado arbitrário e sem limites foi deposto, sendo impostos e consagrados limites à atuação estatal:

#### **1- Consagração definitiva do Princípio da Legalidade**

O Estado só poderá fazer aquilo que o povo autorizar. A Casa Legislativa falaria em nome do povo através da lei. As leis representam, portanto, a vontade geral. Nessa lógica, o juiz deveria se comportar como a “boca de lei”, doutrina conhecida como Positivismo Legalista.

#### **2- Consagração definitiva do Princípio da Separação de Poderes**

De modo a evitar que o poder se concentre nas mãos de um Monarca, o que diminui as chances de arbitrariedade. Passam a existir órgãos distintos exercendo funções distintas e típicas, controlando-se reciprocamente.

#### **3- Reconhecimento definitivo de um catálogo de direitos humanos**

Um dos mais importantes textos históricos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apresenta os chamados direitos de primeira geração. É mais um limite para a atuação do Estado.

A partir daqui podemos falar do Direito Administrativo como um ramo autônomo.

A doutrina aponta o Caso Blanco de 1773 como a origem do Direito Administrativo, que surgiu na França e foi importado por outros países. Nesse julgado, o que ocorreu foi o atropelamento de uma criança chamada Agnes Blanco por uma caminhonete que transportava manufatura de fumo. Na França se adota o sistema da dualidade de jurisdição (Justiça que trata de casos particulares – Corte de Cassação e uma Justiça



que trata das relações envolvendo Estado – O Conselho de Estado, a Justiça Administrativa). Entendia-se na época que essa atividade de transporte era um serviço público delegado pelo Estado a uma empresa privada.

Houve um dilema: quem julgaria a ação indenizatória? Surgiu um conflito negativo de competência. De um lado se afirmava que seria criança X empresa privada. A Corte de Cassação entendeu que como se tratava de serviço público delegado, não poderiam ser aplicadas as normas de direito privado pela presença de atividade estatal. Contudo o Conselho de Estado entendeu não ser competente para julgar essa causa, pois tratava-se de caso entre dois particulares.

O Tribunal de Conflitos entendeu ser a competência da Justiça Administrativa, pois se há a presença de serviço público, devem ser aplicadas as normas de Direito Público. O Direito Administrativo deveria ser aplicado a toda e qualquer relação que envolva a presença da atividade pública, mesmo que entre particulares. O detalhe é que a França é um sistema romano-germânico e há um apego muito forte à lei, ao contrário do sistema anglo-saxão (forte presença do precedente).

Esse Direito Administrativo que surgiu no final do séc. XVIII e início do Sec. XIX ocorreu de modo a se diferenciar do Direito Civil. Em regra, possuem objetos diferentes. Podemos então dizer que:

**O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público que tem por objeto as regras e os princípios aplicáveis à atividade administrativa preordenada à satisfação dos direitos fundamentais. A função administrativa deve ser preordenada à satisfação dos direitos fundamentais. O objeto do Direito Administrativo é a Administração Pública, seja entendida como função administrativa ou como organização administrativa, órgãos públicos, pessoas jurídicas.**

### FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Com a 2ª Guerra Mundial percebeu-se que não era necessária somente a lei para garantir os direitos. Respeitava-se a lei e com base na lei também eram cometidas atrocidades. A partir deste momento, entra em declínio a visão positivista do direito, o apego exagerado à lei e entram em cena o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Basicamente surgem três características comuns:

- 1- **Garantia da democracia**
- 2- **Controle de Constitucionalidade**
- 3- **Primazia pelos direitos fundamentais**

Ou seja, é uma nova forma de encarar o Direito. Não basta agora o apego à lei, mas a atuação do Estado para ser legítima tem que respeitar a lei e todo o Direito. A mera legalidade não é mais suficiente, passa a existir uma reaproximação entre o Direito e a moral, e a ética. Neste contexto, o pós-positivismo traz o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios, uma normatividade primária dos princípios, que são vinculantes (vinculam as pessoas e os Estados).

Até então a visão positivista era a atuação e respeito à lei. Os princípios não eram normas primárias, só seriam aplicados na lacuna da lei. Então quais são as **principais fontes** do Direito Administrativo nessa visão?

- a) Lei em sentido amplo (Constituição, leis complementares e ordinárias, decretos, etc., juridicidade)
- b) Doutrina
- c) Jurisprudência
- d) Costumes
- e) Precedentes administrativos



A atuação do Estado para ser válida precisa respeitar a lei, mas mesmo assim, por exemplo, temos casos de nulidade de processo administrativo por não respeitar a razoabilidade e a proporcionalidade (princípios). Não é necessário o respeito só a lei, mas à lei e ao direito (juridicidade).

A doutrina é uma fonte secundária, não vinculativa, mas é utilizada como fundamentação, argumento de reforço para decisão a ser tomada, principalmente quando não houver legislação muito clara acerca do tema. É o exemplo do consórcio, quando não havia a lei.

A jurisprudência é uma fonte do Direito Administrativo cada vez mais forte. Apesar de sermos um modelo germânico-romano do Direito, a adoção da jurisprudência é uma aproximação ao sistema anglo-saxão (súmulas vinculantes, repercussão geral). Podemos citar as ações coletivas que trazem efeitos genéricos para a implementação de políticas públicas: reforma de hospitais, crianças em creche etc.

Ademais, a jurisprudência pode vincular a atuação da Administração Pública, como é o caso dos Enunciados da Súmula Vinculante editados pelo STF. Por exemplo, a Súmula Vinculante nº 21 afirma que “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Portanto, caso a Administração descumpra essa Súmula, caberá Reclamação Constitucional diretamente para o Supremo Tribunal Federal.

Já o Costume como fonte de Direito Administrativo não será fonte primária. Como vivemos uma fase pós-positivista, é uma viabilidade aceita. Os costumes podem ser de três ordens: *praeter legem* (quando não há lei sobre o assunto); *secundum legem* (previsto e autorizado expressamente pelo legislador, determina a observância aos costumes. É comum no Direito Internacional) e *contra legem* (contrário à letra da lei; a doutrina NÃO tolera).

#### #PED APROFUNDA:

Os costumes são fontes materiais, que decorrem de práticas sociais reiteradas e aceitas por uma comunidade. No direito administrativo são poucos os autores que tratam os costumes como fonte, mas hoje já são uma realidade tanto no direito constitucional como no próprio direito administrativo (Ex: possibilidade de promulgação parcial de emendas constitucionais e possibilidade de o chefe executivo determinar que uma lei que ele entende inconstitucional não seja cumprida).

#### **Como compatibilizar os costumes com a ideia de legalidade?**

Os costumes não podem contrariar a lei (*costumes contra legem*). No entanto, são admissíveis costumes *secundum legem*. Discute-se também a admissão dos costumes *praeter legem* (quando não há lei). Sobre o tema, veja as lições de Alexandre Aragão:

*“Não se admite os costumes contra legem, ou seja, as práticas reiteradas e costumeiras em desacordo com a lei, bem como nenhuma lei pode ser considerada revogada por desuso, em razão do princípio da legalidade.*

*Porém, admitem-se os costumes secundum e praeter legem, isto é, o costume que complementa a lei (“segundo” a lei) e o costume que preenche um vácuo normativo (“que não é regulado pela lei”).”*

Os precedentes administrativos são pouco citados no Brasil. São decisões proferidas pela Administração Pública que vinculam casos análogos. Deve ser mantida e aplicada de determinada forma, nada mais sendo que respeito à Segurança Jurídica. Por exemplo, um AGU faz um parecer sobre um caso e se aprovado por decreto do Presidente da República, o parecer vincula toda a Administração Federal. Isso não gera uma imutabilidade completa da Administração Pública. Nada obsta que mude um precedente



administrativo e para fazê-lo deverá ser para o futuro, não pode retroagir. Isso é isonomia e segurança jurídica. A atuação administrativa deverá ser coerente.

#### #PED APROFUNDA:

Quanto aos precedentes também são citados por Alexandre Aragão como fonte. A ideia é trazer um dever de COERÊNCIA na atuação estatal. Se o Estado decide de uma determinada forma em uma situação, a decisão administrativa deve ser a mesma para uma situação análoga.

Em determinados casos, o precedente administrativo vincula a atuação futura da administração (Ex: art. 40, §1º da LC73\93 -> se um parecer do AGU for aprovado e publicado juntamente com um decreto do presidente, este parecer ganha força vinculante, vinculando toda a administração pública federal; o exemplo clássico é o parecer AC-051 da AGU, que admitiu o recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, contrariando a doutrina e jurisprudência majoritária).

Nesta linha, Aragão menciona a chamada “**teoria das autolimitações administrativas**”, que seria uma espécie de aplicação da teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*) ao direito administrativo:

“O respeito aos precedentes administrativos compõe parte essencial da chamada **Teoria das Autolimitações Administrativas**, constituída pela agregação de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar segurança jurídica, razoabilidade, coerência e igualdade no tratamento dado pela Administração aos cidadãos. Com ela, busca-se empregar decisões administrativas anteriores, com o propósito de orientar atos e decisões administrativas futuras.”

#### LINDB e Regime de Transição:

Sobre o tema, confira o importante e recente artigo 23 da LINDB:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízos aos interesses gerais.

Tal dispositivo passa a prever a necessidade de um período de transição quando ocorrer mudança na interpretação ou orientação de determinada norma pela Administração para que os administradores públicos e demais pessoas possam se adaptar a nova realidade. Basicamente, podemos entender como uma modulação temporal de efeitos.

Caberá ao órgão julgador a análise dos requisitos estabelecidos na norma:

- a) Estabelecimento de uma interpretação ou orientação nova;
- b) que deve recair sobre uma norma de conteúdo indeterminado;
- c) sendo imposto novo dever ou novo condicionamento de direito.
- d) O regime de transição mostra-se, no caso concreto, indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente;
- e) A imposição desse regime de transição não pode acarretar prejuízo aos interesses gerais.

#### É possível que a Administração aplique retroativamente uma nova interpretação sobre uma questão jurídica? (RESIDÊNCIA PGE-RJ – 7º EXAME)

Questão tormentosa de prova anterior da residência, na qual o candidato poderia invocar a ideia de “segurança jurídica” e de “proteção da confiança” para defender a impossibilidade de interpretação retroativa pela administração pública. Isso porque, se a Administração adota sistematicamente uma determinada posição, não poderia a mesma retroagir sua interpretação, o que poderia prejudicar legítimas expectativas



dos cidadãos ou até mesmo direitos adquiridos. Nessa linha, a Lei nº 9784 estabelece de forma expressa a vedação à interpretação retroativa no âmbito do Processo Administrativo Federal:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:  
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.***

A lei do Processo Administrativo no RJ também traz redação semelhante:

*Art. 2º, §1º Nos processos administrativos serão observadas, entre outras, as seguintes normas:  
XII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada a aplicação retroativa de nova interpretação**, desfavorável ao administrado, que se venha dar ao mesmo tema, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé;*

O STJ e o TCU também têm seguido essa linha nos casos de devolução de valores recebidos de boa-fé por servidores públicos, em virtude de erro de interpretação pela Administração Pública (vide REsp 1.244.182-PB e Súmula 249 do TCU).

*Súmula 249 do TCU: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de **erro escusável de interpretação de lei** por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.*

Assim, adotando-se essa linha, ainda que a nova interpretação objetive atingir o interesse público, não poderia ser aplicada em detrimento do particular.

Por outro lado, alguns candidatos também conseguiram pontuação máxima ao defender que seria sim possível a aplicação de nova interpretação pela Administração Pública, de forma retroativa.

O principal argumento utilizado foi o PRINCÍPIO DA AUTOTELA, o qual pode ser conceituado como a prerrogativa da Administração de revogar atos por razões de interesse público ou anular atos ilegais. Tal princípio encontra-se consubstanciado na súmula 473 do STF:

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

Ademais, outro argumento que poderia ser utilizado pelos candidatos que seguiram essa linha é a possibilidade de retroação em caso de **má-fé** do beneficiário do ato. Nesse caso, como não haveria confiança legítima a se proteger, seria sim possível aplicar a nova interpretação de forma retroativa.

Por fim, também poderia ser invocada a possibilidade de interpretação retroativa caso esta se desse para BENEFICIAR aquela pessoa afetada pelo ato.

Ex: administração indefere um pedido de licença a um servidor, com o argumento de que esta seria inconveniente para o interesse público. No entanto, no exercício de sua autotutela, revê o ato e percebe que não haveria prejuízo em conceder a referida licença, concedendo-a ao servidor.

Nessa linha, cita-se o próprio art. 2º da L5427/RJ (Lei do Processo Administrativo no âmbito do Estado do RJ). A sua redação é apenas semelhante àquela prevista na L9784, mas traz ressalvas quanto à vedação à interpretação retroativa, estabelecendo que esta é sim possível nos casos de má-fé e retroação favorável ao servidor.

*Art. 2º, §1º Nos processos administrativos serão observadas, entre outras, as seguintes normas:  
XII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada a aplicação retroativa de nova interpretação**, desfavorável ao administrado, que se venha dar ao mesmo tema, **ressalvada a hipótese de comprovada má-fé;***



Assim, conclui-se que o candidato poderia argumentar nos 2 sentidos, o que é muito comum em provas da PGE-RJ.

**OBS: Hoje, com a alteração na LINDB, seria interessante citar o art. 23, que prevê a temática do regime de transição.**

**É possível a integração no direito administrativo, por intermédio da analogia (PROVA ORAL – PROCURADOR UERJ)?**

A integração pressupõe a ausência de normas. Há uma lacuna no ordenamento jurídico, que demanda a utilização de um dos métodos de integração.

O principal método é a analogia: aplicar o mesmo dispositivo legal para situações análogas para as quais não há norma própria. Essa analogia pode se dar de 2 maneiras:

- *Analogia legis (legal)*: a analogia vai ser feita com uma lei específica. É pegar uma lei existente e aplicá-la a um caso análogo (Ex: direito de greve dos servidores estatutários).
- *Analogia juris*: é buscar na interpretação sistemática do ordenamento a regra de conduta ou princípio que vai ser aplicável ao caso omissivo.

Parte da doutrina admite a analogia no direito administrativo (Ex: Flavio Willeman e Aragão), mas há entendimento pugnano pela não admissão (Ex: Diogo de Figueiredo). Veja como o tema é tratado por Alexandre Aragão:

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO entende que a analogia não é permitida no Direito Administrativo em razão do princípio da legalidade, uma vez que, por meio dela, a Administração Pública imporia uma obrigação ou uma restrição não prescrita em lei para um caso análogo, porém diverso, do por ela previsto. Parte este autor, no fundo, da lição da Teoria Geral do Direito segundo a qual as disposições excepcionais não podem ser estendidas por analogia: se a regra é a liberdade, e a liberdade só pode ser restringida com base em lei; se a lei só a restringiu em determinado caso, não poderia o operador do direito, invocando essa lei, aplicar a mesma restrição a um outro caso, por mais semelhante que fosse.

ARAGÃO, contudo, entende que quando a aplicação de uma regra por analogia for suficiente para regular determinado caso concreto e atender às finalidades da lei e da Constituição, poderá ser empregada. Mas, quando for necessária a aplicação analógica de toda uma disciplina jurídica, estará vedada pelo princípio da legalidade. Ademais, nos casos em que a atuação da Administração Pública não levar a imposições de restrições ou de condicionamentos da atividade privada, mas, ao contrário, à concessão de direitos, mormente em sua atividade prestacional, não se porão estes problemas: a analogia benéfica ao particular é plenamente admissível, respeitando-se a exigência de não se criar direitos nem se efetuar concessões de benefícios públicos sem base jurídica equânime para todos os cidadãos.

## **PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

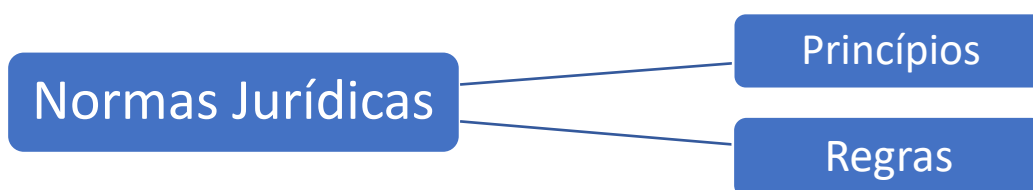
Os princípios administrativos são as bases, valores e diretrizes que orientam e controlam a produção dos atos administrativos e a atuação da Administração Pública, em razão do amplo poder que lhe é conferido pela lei sobre seus administrados.



O regime jurídico-administrativo coloca a Administração Pública numa posição privilegiada, de forma vertical em suas relações. Ele se resume num conjunto de prerrogativas e sujeições que permitem (i) o alcance da finalidade pública do Estado e (ii) a preservação dos direitos fundamentais, principalmente a segurança jurídica.

Nesse sentido, a Administração Pública possui uma posição de supremacia perante o particular para atingir o objetivo de beneficiar toda a coletividade (prerrogativas). No entanto, para atingir esse objetivo, deve observar os princípios e fins que limitam sua atividade (sujeições).

Os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas. Muito embora eles normatizem situações e produzam efeitos jurídicos, sua aplicação é complexa e vai depender das características do caso concreto e da possibilidade de aplicação de outros princípios na mesma situação. São considerados, atualmente, normas jurídicas de primeiro grau e, por isso, vinculam tanto quanto as regras.



Havendo mais de um princípio aplicável ao caso, o intérprete deve fazer a ponderação de princípios, técnica de solução de conflitos que visa buscar uma solução de forma harmoniosa, sem excluir por completo a incidência de um dos princípios. Isso porque não há hierarquia entre eles.

Costuma-se classificar os princípios em expressos ou implícitos. Dizem-se expressos aqueles previstos taxativamente na Constituição, mas não necessariamente apenas no art. 37, *caput*, tendo como exemplo o princípio da economicidade, previsto no art. 70, CF. E implícitos aqueles que decorrem da construção doutrinária ou jurisprudencial.

Parte da doutrina fala ainda em **princípios gerais** (aplicáveis a todo o Direito Administrativo) e **setoriais** (aplicável apenas em uma ou outra matéria administrativa). E, ainda, no tocante à hierarquia, em **princípios constantes da Constituição** e **princípios de origem infraconstitucional, legal ou regulamentar**.

### 1) Princípio da Juridicidade

Atualmente, o princípio da juridicidade vem se consolidando como uma nova acepção do princípio da legalidade. Pode ser definido como uma sujeição dos atos estatais a uma legalidade ampla, que engloba não apenas a lei em sentido estrito, mas também os princípios gerais do Direito e os princípios constitucionais.

Trata-se de uma consequência do neoconstitucionalismo, determinando que a atuação administrativa deve se pautar considerando todo o “bloco de legalidade”, ou seja, o Direito como um todo (princípios, valores, regras constitucionais e legais).

Partindo da ideia de juridicidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prática de nepotismo não exige a edição de lei em sentido estrito para ser coibida, uma vez que tal proibição advém diretamente dos princípios constitucionais previstos no *caput* do Artigo 37 da CRFB 88. Após reiteradas decisões sobre a matéria, foi editado o Enunciado nº 13 da Súmula Vinculante do STF:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo





em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Não há que se falar em superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade. Enquanto o primeiro tem em consideração uma regra legal específica, a juridicidade engloba o ordenamento jurídico como um todo.

### 1.1) Princípio da Legalidade

Relaciona-se com o Estado de Direito, na medida em que o Estado cria as leis e ao mesmo tempo deve submeter-se a elas. Como um dos pilares do Direito Administrativo, impõe a atuação administrativa nos termos que a lei autoriza, primando pela segurança jurídica e pela garantia dos direitos individuais.

A atuação da Administração Pública deve ser realizada através de base legal e, além disso, deve estar de acordo com o sistema constitucional de valores. Ou seja, não se trata meramente de uma execução do mandamento legal, uma vez que devem ser observados as finalidades e valores do ordenamento jurídico. Havendo contrariedade entre a conduta e a lei, caberá a anulação do ato pela própria administração, no exercício do seu poder-dever de autotutela (Sumula 473 do STF) ou pelo Poder Judiciário, acaso provocado, no exercício de controle externo de legalidade.

Tradicionalmente, diz-se que o princípio da legalidade determina que a Administração só pode fazer aquilo que a lei ampara, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não seja proibido pela lei. A Administração Pública, portanto, deve observar a reserva de lei e a supremacia da lei. Isso não significa que a lei deve sempre predeterminar toda a ação administrativa, mas muitas vezes somente estipular os parâmetros que devem ser observados pela administração no exercício de suas funções.

### 2) Princípio da Impessoalidade

Conforme José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. A doutrina em geral costuma apontar **dois alcances** do princípio da impessoalidade, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal:

- Como fundamento da Teoria dos Órgãos (teoria da imputação volitiva), determina que os atos da Administração Pública são atribuídos ao Estado e não ao agente que os praticou; a vontade do agente se confunde com a própria vontade estatal. Nesse esteio, a jurisprudência do STF entende que, no caso de dano causado por agente estatal a terceiro, a ação de reparação deve ser proposta em face do Estado<sup>1</sup>;
- Como garantia da finalidade pública, compele ao administrador a busca pela realização do interesse público e não para satisfação de benefícios pessoais, para si ou para terceiros.

Perceba que o princípio da impessoalidade também possui uma acepção de igualdade/isonomia, na medida em que a Administração deve tratar seus administrados de forma impessoal e isonômica, com vistas a atender a finalidade pública. É vedado, portanto, o tratamento discriminatório, exceto quando a legislação autorizar, com o objetivo de garantir a igualdade material.

---

<sup>1</sup> É a chamada **teoria da Dupla Garantia**, segundo a qual o particular apenas poderia demandar diretamente a Administração Pública e essa, caso condenada, poderia demandar o agente público se este agiu com dolo ou culpa. Acerca do tema, vale mencionar que, no recente RE 1.027.633, o STF firmou a seguinte tese de repercussão geral: “*A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.





Ainda, como corolário do Princípio da Impessoalidade, destaca-se o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, que veda a promoção pessoal dos agentes públicos, ao estabelecer que *“a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”*.

### 3) Princípio da Moralidade Administrativa

Costuma ser disciplinado pela doutrina como (i) uma ideia de boa administração, numa soma de legalidade, honestidade e conveniência e; (ii) um limitador da atuação administrativa além da legalidade. Envolve uma atuação ética e proba do administrador público.

Nos dizeres de Carvalho Filho, *“o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram”*.

Trata-se de um princípio autônomo e impõe ao administrador a observância de preceitos éticos em sua conduta. São instrumentos do controle da moralidade administrativa: ação de improbidade, ação popular, ação civil pública, etc.

Em observação ao Princípio da Moralidade, o Supremo Tribunal Federal editou a já mencionada Súmula Vinculante nº 13, que considerou ofensiva à Constituição qualquer nomeação, para funções de confiança, cargos em comissão ou ainda funções gratificadas – de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do agente nomeante ou de servidor que, na mesma pessoa jurídica, ocupe cargo de direção, chefia ou assessoramento. A vedação estende-se à administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A vedação estende-se ainda ao nepotismo transversal, ou seja, aquele resultante de ajuste mediante designações recíprocas.

Quanto aos **cargos de natureza política** (Exemplo: secretários de Estado), é clássico o entendimento do STF pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13.

*“A jurisprudência do STF preconiza que, ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13.” (RE 825682 AgR)*

Contudo, nas RCL 17627 e RCL 11605, o STF entendeu que, quanto aos cargos políticos, deve-se analisar se o agente nomeado possui a **qualificação técnica** necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta. Assim, a nomeação do irmão cantor do prefeito para a Secretaria de Obras seria ofensiva à Constituição, mas se o mesmo fosse um engenheiro, não haveria ilegalidade. Portanto, o nepotismo deveria ser analisado caso a caso.

Um caso interessante de aplicação da Súmula Vinculante 13 ocorreu em fevereiro de 2017, quando o recém empossado prefeito do município do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, nomeou seu filho para o cargo de Secretário Chefe da Casa Civil. Na Reclamação 26.303, o Ministro Marco Aurélio entendeu que *“Ao indicar parente em linha reta para desempenhar a mencionada função, a autoridade reclamada, mediante ato administrativo, acabou por desrespeitar o preceito revelado no verbete vinculante nº 13 da Súmula do Supremo”*



e deferiu a liminar requerida para suspender a nomeação. Deve-se ressaltar que a Reclamação não chegou a ter seu mérito apreciado pelo colegiado em virtude de desistência.

Por fim, destaque-se que **o STF também entende que a SV nº 13 não se aplica caso de provimento de cargos efetivos (por concurso público), eis que o parente não teria poder de influência sobre a indicação.**

#### 4) Princípio da Publicidade

Impõe transparência da atuação administrativa, determinando que os atos praticados pela Administração devam ser disponibilizados para as pessoas em geral.

Conforme destaca Carvalho Filho, tal princípio *“indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.”* Veja, portanto, que a publicidade possui importância também para o CONTROLE dos atos administrativos.

O direito de petição e de certidão, o mandado de segurança e o *habeas data* são instrumentos de garantia do princípio. A doutrina assinala **três aplicações para o princípio da publicidade:**

- Direito a informações de interesse individual, coletivo ou geral dos órgãos e entidades públicas sem formalidades demasiadas, com exceção daquelas informações que possam comprometer a segurança da sociedade e expor a intimidade e a vida privada das pessoas físicas ou jurídicas (art. 5º, XXXIII, CF). A Lei nº 12.527/2011 disciplina o acesso aos documentos públicos e as exceções de sigilo. Ressalta a referida lei que a publicidade é regra e o sigilo exceção (art. 3º, I), e determina:

Art. 24.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

- Direito à certidão para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, também sem formalidades excessivas (art. 5º, XXXIV, b, CF).
- Publicação oficial dos atos administrativos que pode ser (i) **amplíssima**, quando a Administração é obrigada a publicar o ato não apenas na imprensa oficial, mas também em outros veículos; (ii) **ampla**, quando se tratar de atos normativos em geral ou individuais que geram uso de verbas públicas ou de uso privado de bens ou outros benefícios públicos que deve ser feita na imprensa oficial; (iii) **restrita**, que exige mera notificação do interessado, pois produz efeitos apenas dentro da Administração ou é de interesse meramente individual, sem uso de benefícios públicos. O importante é o controle e participação da sociedade sobre a gestão da coisa pública.

Conforme destaca Carvalho Filho, *“o princípio da publicidade, entretanto, não pode deixar de ser harmonizado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, exigindo-se práticas excessivas por parte da Administração”*. Nessa linha, o STF já declarou inconstitucional dispositivo legal que determinava que atos do Executivo em jornais ou veículos similares mencionassem o custo para o erário. Fundou-se a decisão, ainda, no fato de que tal exigência poderia ser ainda mais dispendiosa para a Administração.

Outra questão que chegou ao Supremo foi a **legitimidade ou não da divulgação da remuneração de servidores públicos como medida de transparência administrativa**. No julgado, ficou decidido que o fato se coadunava com o princípio da publicidade, ressalvando-se, contudo, a necessidade de figurar exclusivamente



o nome e a matrícula funcional do servidor, vedada a divulgação de outros dados pessoais, como CPF, RG e endereço residencial.

#### Divulgação da remuneração de servidor público

**Constitucional, desde que não sejam divulgados dados como CPF, RG, endereço e telefone.**

No esteio da decisão judicial do STF que reputou constitucional a divulgação da remuneração bruta dos servidores públicos como medida de transparência administrativa, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 7.724/2012 que impõe a publicidade de remuneração de todos os seus servidores públicos, incluindo subsídios e vantagens pecuniárias.

Por último, cabe sublinhar jurisprudência pacífica do STF que entende que, para se obter o acesso a informações constantes de processos administrativos, o instrumento judicial adequado é o mandado de segurança, sendo incabível o ajuizamento de habeas data para este fim.

#### 5) Princípio da Eficiência

Acrescido à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98<sup>2</sup>, responsável pela reforma gerencial, visa a desconstituir a Administração Pública burocrática e improdutiva para uma atuação administrativa que busca resultados.

Busca uma atuação com excelência, fornecendo serviços públicos de qualidade, com o menor ônus possível para o Estado e seus administrados dentro das possibilidades admitidas pela lei. Relaciona-se, em seu aspecto financeiro, com o princípio da economicidade.

Não pode o princípio da eficiência se sobrepor ao princípio da legalidade. A escolha dos melhores meios para alcançar a finalidade pública deve ser feita dentro do que permite a lei, portanto, necessária e adequada, conforme o que disciplina o princípio da proporcionalidade.

São instrumentos exemplos do princípio da eficiência os contratos de gestão interno (art. 37, §8º, CF) e a avaliação de desempenho para adquirir estabilidade (art. 41, §4º, CF), além da exoneração por insuficiência de desempenho (art. 41, §1º, CF).

É ideia inerente ao Princípio da Eficiência a relativização do formalismo, uma vez que a forma não é considerada um fim em si mesmo, devendo ser adotada somente quando há a necessidade real de sua observância para se alcançar os resultados desejados.

Na jurisprudência do STJ, o princípio também tem sido aplicado para determinar o curso de processos administrativos, no caso de indenização a perseguidos políticos durante a última ditadura militar: *“Em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes ajuizados com a finalidade de reparar injustiças outrora perpetradas”* (MS 9420 e MS 13322).

Vale destacar sua proximidade ao **princípio da economicidade**, expresso no art. 70 da Constituição Federal como um dos parâmetros do controle externo a ser realizado pelo Tribunal de Contas da União. Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **o princípio da economicidade expressa o aspecto financeiro do**

<sup>2</sup> Esse detalhe já foi cobrado em concursos públicos.



**princípio da eficiência.** O tema é importante principalmente no que tange às LICITAÇÕES, que estudaremos em momento oportuno.

#### **6) Princípio da Segurança Jurídica e da Confiança Legítima:**

A segurança jurídica, intimamente ligada à ideia de Justiça, determina que a atuação administrativa deve ser previsível e estável. Garante aos administrados que as regras administrativas sejam claras e determinadas, não sendo possível, ainda, a modificação dos atos sem motivo relevante.

A doutrina costuma apontar 2 sentidos para a segurança jurídica:

- **Objetivo:** a segurança jurídica significa estabilização das relações jurídicas. Foca-se no objeto da relação jurídica, e não nos sujeitos. Esse sentido objetivo é consagrado no art. 5º, XXXVI da CRFB (“a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”).

- **Subjetivo:** foca no sujeito da relação jurídica. A segurança jurídica pede a proteção da boa-fé do indivíduo. O Estado, quando atua, gera expectativas legítimas que merecem também uma proteção, ainda que não reflitam direitos adquiridos. Em outras palavras, o Estado não pode atuar com promessas mentirosas, contrariando as expectativas geradas nos indivíduos. Dessa confiança legítima e da boa-fé nós extraímos a aplicação do VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM no direito administrativo (TEORIA DO ATOS PROPRIOS).

Exemplo: Em um concurso público, se a administração estipular vagas no edital, os candidatos aprovados dentro desse número de vagas, terão direito subjetivo à nomeação. -> os fundamentos para esses direitos são o princípio da boa-fé e da confiança legítima. No momento em que a administração estabelece o quantitativo de vagas, ela cria uma expectativa legítima.

A confiança legítima pode ser extraída do sentido subjetivo da segurança jurídica, mas hoje vem sendo tão importante que muitos autores vão estudá-la de maneira autônoma.

#### **Algumas aplicações:**

- No julgamento do MS 26.2531, o Supremo concluiu não ser possível ao Tribunal de Contas da União anular atos de ascensão funcional de funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) sem concurso público, tendo em vista ter aprovado, há mais de cinco anos, as contas da empresa pública quando já constavam os atos questionados. O Tribunal assentou que, transcorrido tal prazo, era de se aplicar a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999.
- No tocante à controvérsia acerca da efetivação de substituto como titular de serventia extrajudicial, sem concurso público, após a vigência da Constituição de 1988, o Tribunal tem decidido em sentido oposto. Em diferentes circunstâncias, por atos do CNJ, essas investiduras têm sido desconstituídas por alegação de afronta ao art. 236, §3º, da CRFB, afirmada a indispensabilidade do concurso. A controvérsia maior está em saber se é aplicada, na espécie, a regra da decadência do art. 54 da Lei 9.874/1999, considerando que, invariavelmente, as decisões do Conselho são tomadas mais de cinco anos - na maior parte das vezes, muito mais - depois dos atos de nomeação. O Supremo tem afirmado que a decadência não se aplica nestas hipóteses em razão da "*flagrante inconstitucionalidade*" manifestada pelos provimentos sem concurso público, faltando aos substitutos base de confiança ante o disposto no aludido preceito constitucional (MS 28.279/DF).
- De acordo com o STJ, tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Para o tribunal, “a teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento”.



### 7) Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

Parte da doutrina entende que são dois princípios distintos e outra parte os considera fungíveis. O STF tem usado os dois termos como sinônimos, considerando-os fungíveis. Pretendem limitar o poder discricionário da Administração Pública, tendo em vista que a lei deixa uma margem de decisão para o agente público aplicar no caso concreto.

Importante dizer que este princípio permite ao Judiciário fazer o controle de legalidade sobre os atos administrativos, mas não permite a intervenção sobre o mérito administrativo.

Diz-se que a razoabilidade impõe ao agente público obediência a critérios aceitáveis do ponto de vista do homem médio; já a proporcionalidade exige o equilíbrio entre os meios que a Administração utiliza e os fins que deseja alcançar, evitando o excesso de poder. A razoabilidade é extraída da cláusula do devido processo legal (Art. 5º, LIV, CRFB/88) e a proporcionalidade do princípio do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, CRFB/88).

Para alguns, a proporcionalidade está contida na razoabilidade, e possui três elementos que devem ser analisados no caso concreto, em um teste de aplicação sucessiva, que busca analisar os atos administrativos sob três prismas:

- **Adequação:** a restrição imposta pelo Estado deve ser idônea à realização dos objetivos sociais e do interesse público, pertinentes à edição do ato. A ação estatal deve ser congruente com a sua finalidade;
- **Necessidade:** proibição do excesso; a restrição deve ser a menor possível para a realização da finalidade pública, e, dentre as opções idôneas para solução do caso concreto, deve ser adotada a que menor representar gravame a direitos.
- **Proporcionalidade em sentido estrito:** análise de custo benefício; os benefícios devem ser superiores aos seus ônus.

### 8) Princípio da Boa-Fé Objetiva da Administração Pública

Princípio autônomo, previsto no art. 2º, *caput* da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), possui profunda relação com os princípios da segurança jurídica e da moralidade, exigindo lealdade nos comportamentos da Administração e do particular em suas relações.

Ressaltam-se três funções da boa-fé objetiva:

- **Função interpretativa:** utilizada quando há dúvida quanto ao conteúdo jurídico de determinada regra para indicar a interpretação que mais alcança as expectativas das partes envolvidas;
- **Função coibidora do abuso de Direito:** impede ou limita atuações desleais, deturpadas da finalidade pública, sem observância aos valores do ordenamento jurídico;
- **Função impositiva de deveres ativos:** exige a prática de condutas transparentes pelas partes.

### 9) Princípio da Motivação

Decorre do Estado Democrático de Direito e determina que os agentes públicos apresentem os fundamentos de fato e de direito que os levam a praticar qualquer decisão no âmbito da Administração Pública. É um importante fundamento para examinar a finalidade, a legalidade e a moralidade da conduta administrativa.

#### ***A motivação é obrigatória?***

Não há consenso na doutrina, sendo que o STF, em casos envolvendo sanções administrativas, tem exigido motivação. Sobre esta discussão, destaque-se que o professor Rafael Oliveira destaca **5 correntes:**



**Primeira posição:** a motivação é obrigatória para os atos vinculados e facultativa para os atos discricionários. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.

**Segunda posição:** necessidade de motivação nos atos discricionários, tendo em vista a necessidade de controle da liberdade do administrador, com o intuito de evitar a arbitrariedade, sendo facultativa a motivação nos atos vinculados, em que os elementos conformadores já estão predefinidos na legislação. Nesse sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

**Terceira posição:** dever de motivação de todos os atos administrativos, independentemente de sua classificação ou natureza, tendo em vista dois fundamentos principais: o princípio democrático (art. 1.º, parágrafo único, da CRFB) — a motivação seria imprescindível para efetivação do controle social pelos verdadeiros "donos do poder" (o povo); o art. 93, X, da CRFB — apesar de exigir a motivação para as decisões administrativas no âmbito do Poder Judiciário, a norma deve ser aplicada aos demais Poderes enquanto executores da função administrativa; e a motivação permite um controle efetivo da legalidade, em sentido amplo, do ato. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

**Quarta posição:** inexistência de obrigatoriedade de motivação, salvo disposição legal expressa em contrário, em razão da inexistência de norma constitucional que exija a motivação para os atos do Poder Executivo, devendo ser interpretado restritivamente o art. 93, X, da CRFB, que se refere apenas ao Poder Judiciário. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho.

**Quinta posição:** posiciona-se pela necessidade de motivação obrigatória das decisões administrativas (atos administrativos decisórios), bem como para as hipóteses em que a lei expressamente a exige. Tal exigência seria fundamental para a garantia da moralidade e para facilitar o controle do ato. Nesse sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Rafael Oliveira defende que a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração. A transparência pública impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato. A motivação confere maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social, bem como instrumento inibidor da arbitrariedade administrativa. A obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional que deriva dos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório.

Em âmbito federal, a motivação ganhou *status* de princípio no art. 2.º, *caput* e parágrafo único, VII, da Lei 9.784/1999. Nada obstante, o mesmo diploma legal, em seguida, parece restringir a necessidade de motivação para os atos enumerados no art. 50. Parece-nos que, apesar da aparente contradição interna da lei, deve prevalecer o caráter principiológico e geral da motivação.

### ***No que consiste a "motivação aliunde"?***

A motivação pode ser contextual ou aliunde. Na primeira a justificativa se situa no próprio bojo do ato administrativo, ao passo que na segunda se encontra em local ou instrumento diverso. Assim, é permitido ao agente público remeter a motivação a outros atos administrativos, pareceres, laudos, etc (trata-se da chamada "MOTIVAÇÃO ALIUNDE").

Ressalta-se que a Lei 9.784/99 admite a chamada MOTIVAÇÃO ALIUNDE, que ocorre quando utiliza-se a motivação de outro ato para embasar o seu, conforme disposto no artigo 50:





*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Exemplo: a Administração motiva a decisão de um processo administrativo com base em um parecer que já consta no processo.

### **10) Princípio da Finalidade**

A Administração Pública deve sempre buscar a realização do interesse público, e não o objetivo pessoal do agente público. O princípio da finalidade está, portanto, intimamente ligado aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

É possível, no entanto, que um ato administrativo beneficie ou prejudique uma pessoa de forma secundária. O importante é que seu objetivo principal seja o interesse público.

Eventualmente, a lei pode definir como o interesse público deve ser atendido. Mas, é possível também casos discricionários, em que o administrador tem certa liberdade para escolher a forma pela qual será satisfeito o interesse público. Nesses últimos casos, o princípio da finalidade exerce importante função para evitar o desvio de finalidade e, conseqüentemente, evitar a nulidade do ato administrativo.

### **11) Princípio da Supremacia do Interesse Público**

É considerado pela doutrina clássica um princípio implícito que exerce a função de base do regime jurídico-administrativo junto com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, tem suas aplicações expressamente previstas em normas jurídicas.

Além disso, fundamenta as prerrogativas administrativas em busca da realização dos interesses da coletividade. Ou seja, poderia a Administração impor aos administrados determinadas condutas em razão da prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, a doutrina clássica defende que a supremacia não era absoluta, mas aplicável apenas quando se trata de interesses públicos primários, ou seja, interesses que dizem respeito às finalidades do próprio Estado (efetivação dos direitos fundamentais). Quando se trata de interesses secundários (interesse público instrumental do qual o Estado se vale para alcançar suas finalidades) não haveria aplicação deste princípio.

No entanto, a doutrina contemporânea faz uma crítica a esse princípio, afirmando que não haveria, inicialmente, prevalência do interesse público sobre o privado. Primeiramente, porque a Constituição Federal não estabeleceu a primazia de um interesse sobre o outro e; em segundo lugar, porque o interesse público não é necessariamente contrário ao interesse privado, certo que, muitas vezes, a implementação do interesse público passa necessariamente pela implementação do interesse privado.

O que se traz como solução é a ponderação dos interesses juridicamente tutelados em cada caso, pois não há uma norma geral de prevalência do interesse público. Nessa linha, vale mencionar trecho de artigo do professor Gustavo Binbenbajm (PGE-RJ):

*“Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.*





*Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas - consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.”*

**#PARA APROFUNDAR:**

Sugerimos a leitura do artigo do Professor Gustavo Binenbojm, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>

## 12) Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Com base na ideia de que a Administração Pública não possui livre disposição dos bens e interesse públicos, mas cabe-lhe apenas sua gestão ou conservação, esse princípio determina as limitações e restrições impostas à Administração para que ela não aja de forma lesiva aos interesses públicos e aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a atuação administrativa deve atender ao que dispõe a lei, meio apto a estabelecer o que seja interesse público. A doutrina clássica costuma dizer que o administrador deve sempre exercer seu poder-dever, não sendo permitido omitir-se ou transigir-se com os particulares.

Entretanto, atualmente tem-se permitido a realização de acordos e a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, como a arbitragem, na forma da lei.

Vale ressaltar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista podem transigir quando atuam como sociedades empresárias para melhor atingir seus objetivos econômicos, conforme expressa previsão constitucional (art. 173 e parágrafos).

**APROFUNDANDO: A Arbitragem no Direito Administrativo:**

Durante muito tempo a utilização da arbitragem nos contratos administrativos típicos foi alvo de controvérsia.

Determinado setor da doutrina defendia a incompatibilidade da arbitragem com a noção de indisponibilidade do interesse público. Para essa doutrina, se a arbitragem está ligada a interesses disponíveis e sendo o interesse público indisponível, assim, a arbitragem seria incompatível com a sistemática dos contratos administrativos típicos.

Um segundo entendimento admitia que determinadas controvérsias relacionadas aos contratos administrativos típicos fossem passíveis de arbitragem, tais como as relativas a direitos patrimoniais do contrato administrativo ou a conteúdo técnico. Para essa doutrina não haveria violação à indisponibilidade do interesse público; na verdade, a arbitragem, em determinadas circunstâncias, revelaria uma melhor forma de concretização do interesse público, sobretudo quando se tratasse de uma questão técnica, para a qual é necessária uma maior expertise (nesse sentido: Caio Tácito, Carvalho Filho, Diogo de Figueiredo, e precedentes do STJ).

Tal discussão foi perdendo a sua razão de ser em virtude de alterações legislativas. A disciplina setorial das concessões passou a admitir expressamente a arbitragem, art. 23-A da lei 8987/05 (lei das concessões), art. 11, III da Lei 11.079/04 (lei das PPPs).

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil



e em língua portuguesa, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#). [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os [§§ 3º e 4º do art. 15](#), os [arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#), para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A lei 13.190/15 acrescentou o art. 44-A à lei 12.462/11 (RDC).

Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#), e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. [\(Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015\)](#)

Por fim, a lei 13.129/15 alterou a lei de arbitragem (lei 9307/96), passando a fazer expressa referência à possibilidade de se resolver conflitos da Administração Pública por meio da arbitragem, mas trazendo **três limitações relevantes**:

- Limita o objeto da arbitragem a **direitos patrimoniais disponíveis**, vide art. 1º, §1º da lei 9.307/96.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

- A Administração Pública só se submete à **arbitragem de direito**, e não à arbitragem de equidade. (art. 2º, §3º da Lei 9.307/96).

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

A diferença entre essas duas modalidades é que a arbitragem de direito é aquela em que o árbitro aplica o ordenamento jurídico para a solução da controvérsia. Já na arbitragem por equidade o árbitro tem maior flexibilidade, não necessariamente resolvendo o conflito à luz das regras de direito, podendo solucionar a controvérsia com base em sua experiência, seus conhecimentos específicos ou em seu senso de justiça. Na arbitragem de equidade o árbitro busca uma solução justa para dirimir a controvérsia, ainda que ele se desvincule das regras jurídicas aplicáveis.

A arbitragem por equidade não é compatível com os princípios que regem a Administração Pública, tais como os princípios da legalidade e da juridicidade administrativa.

- A arbitragem na Administração Pública deve sempre respeitar o **princípio da PUBLICIDADE** (art. 2º, §3º, parte final e art. 37 da CRFB).

Sobre o tema da Arbitragem e a Administração Pública, vale ainda colacionar trecho de importante e recente acórdão da Primeira Seção do STJ, segundo o qual há a *“convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público.”* Assim, *“a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.”*

**OBSERVAÇÃO:** De acordo com o Enunciado nº 164 do FPC, **a sentença arbitral em desfavor da fazenda pública não está sujeita ao reexame necessário.**



### 13) Princípio da Autotutela

A Administração Pública possui o poder de controlar seus próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes (controle interno da legalidade e da adequação ao interesse público).

O controle de legalidade realizado administrativamente, entretanto, não afasta a competência do Poder Judiciário para tanto, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 473, STF:

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

Disciplina, ainda, a Lei nº 9.784/99:

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

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

Anulação	Revogação
Vício de Legalidade	Motivos de Conveniência e Oportunidade
Pode ser decretada pela <b>Administração Pública ou pelo Poder Judiciário</b>	<b>Apenas a Administração Pública</b> pode revogar atos <i>(OBS: o Poder Judiciário pode revogar apenas os seus próprios atos administrativos, mas não os atos de outros poderes).</i>

### 14) Princípio da Continuidade das Atividades Administrativas

O Estado desempenha suas funções administrativas conforma determina a lei e, havendo omissão, incorrerá em ilícito. No tocante aos serviços públicos, eles são essenciais e necessários à coletividade e, por isso, eles devem ser prestados de forma contínua e ininterrupta.

O princípio da continuidade das atividades administrativas comporta algumas exceções. A Lei nº 8.987/95 disciplina, por exemplo, que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou, após prévio aviso, quando: (a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (art. 6º, §3º). Outro exemplo é o art. 78, XV da Lei nº 8.666/90, que admite que o contratado suspenda do cumprimento de suas obrigações caso o Estado atrase o pagamento por mais de 90 dias.

### 15) Princípio da Especialidade<sup>3</sup>

Retrato da descentralização administrativa, esse princípio disciplina a possibilidade de outras entidades criadas pelo Estado desempenharem algumas de suas atividades. Essas entidades devem obediência estrita ao que determina a lei de sua criação (princípio da legalidade), que estabelece especificamente suas funções.

### 16) Princípio da Consensualidade<sup>4</sup> e da Participação<sup>5</sup>

Traduz-se na ideia de que a Administração Pública deve orientar-se não apenas pela legalidade, mas também pela legitimidade. Consequência do Estado Democrático de Direito, pede por maior legitimidade na atuação do Poder Público.

<sup>3</sup> Aragão, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 66.

<sup>4</sup>Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173

<sup>5</sup>Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 3 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A participação popular permite à Administração compreender melhor os interesses da coletividade, legitimando sua tomada de decisão. Percebe-se que o consenso é o método mais simples, rápido e menos custoso para se atingir os interesses públicos, buscando a eficiência administrativa.

Os mecanismos por meio dos quais se exterioriza este princípio permitem a democratização da Administração Pública. São exemplos: consultas e audiências públicas, Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração, Termo de Ajustamento de Conduta, Termo de Ajustamento de Gestão.

#### #PEDAPRODUNDA:

Atualmente, fala-se muito na chamada “Administração Pública CONSENSUAL”. É a ideia de substituição da clássica administração pública impositiva por uma administração pública consensual, que deve buscar antes o diálogo e o consenso.

Como manifestação dessa administração pública consensual, temos a tendência à processualização do direito administrativo. Nessa linha, não deve a Administração mais formar sua vontade de forma unilateral, devendo permitir que o administrado participe da decisão final, que acaba sendo mais legítima e democrática. A própria lei federal do processo administrativo surge nesse contexto, ao longo de década de 90, prevendo instrumentos como as audiências e consultas públicas.

Há também uma tendência de busca de diálogo com o mercado e com a sociedade. Nesse sentido, passam a ter grande importância as PARCERIAS, como parcerias com o terceiro setor (através da formalização de termos de parceria e contratos de gestão com as OSCIPs e OSs, respectivamente) e as parcerias publico-privadas (PPPs). Mais recentemente tivemos a importante Lei 13019, trazendo as chamadas OSCs (Organizações da Sociedade Civil).

Também como manifestação da administração pública consensual, temos instrumentos como as audiências públicas e as consultas públicas, que foram positivadas em diversas legislações recentes, como no Estatuto da Cidade, na lei de concessão florestal, nas PPPs etc.

Outro exemplo recente que retrata a consensualidade é a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) no âmbito da AGU. Dentre outras, a CCAF possui a atribuição de resolver conflitos entre órgãos e entidades administrativas. Assim, busca-se não só o consenso entre particulares, mas também um consenso interno, na própria administração pública.

Vale destacar que, **no Estado do Rio de Janeiro**, desde 2013, já existe a **Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)**, que reúne a PGE-RJ, a PGM-RJ, o TJRJ, a Defensoria Pública do Estado, a Defensoria Pública da União, a Secretaria de Estado de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde para solucionar administrativamente demandas relacionadas a medicamentos e tratamentos de saúde, utilizando dos métodos alternativos. Recentemente, também foi lançado na PGE-RJ o **programa “Mais Consenso”**, com o objetivo de reduzir o número de demandas judiciais no Estado através da mediação e da conciliação, buscando afirmar o consenso como alternativa à unilateralidade e imperatividade da Administração Pública. Destaque-se também a instituição da **Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC)**, que visa promover a obtenção de soluções consensuais em questões e litígios que envolvam órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, Direta e Indireta.

Por fim, temos também o importante **PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)**, previsto em algumas legislações mais recentes, como a lei das PPPs (L11079), a lei do RDC (L12462/11) e a lei das parcerias com as organizações da sociedade civil (L13019/14)

O PMI permite a abertura da concepção original do projeto a eventuais interessados no procedimento e também à sociedade como um todo. Antes mesmo da realização da licitação, os interessados e a sociedade são chamados a participar da concepção do projeto, de forma a conferir-lhe mais legitimidade, transparência e democratização. Trata-se de mais uma importante manifestação da ideia de consensualidade na administração pública.



### 17) Princípio da Realidade<sup>6</sup>

Trazido por Diogo de Figueiredo, já foi objeto de questão do Concurso para o Programa de Residência Jurídica da PGE/RJ em 2016. Para o autor, este princípio estabelece que os atos administrativos devem ser praticados com base na realidade, ou seja, os sujeitos, o motivo, o objeto e o resultado devem ser verdadeiros e possíveis. Do contrário, o ato será inválido.

A atuação administrativa deve se dar com base em manifestações efetivamente possíveis de serem cumpridas, observando a finalidade pública. Este princípio está intimamente ligado aos princípios da discricionariedade, razoabilidade e motivação.

Exemplo: em um determinado Município, foi feita uma licitação para a construção de um aeroporto para naves extraterrestres. Tal objeto iria de encontro ao princípio da realidade, por enveredar pela fantasia e fugir da atuação que se espera do Administrador Público.

### 18) Princípio da Cidadania<sup>7</sup>

Também presente na obra de Diogo de Figueiredo, o princípio da cidadania ressalta o cidadão como protagonista da atividade política e jurídica do Estado. É o cidadão que define a finalidade, o conteúdo, os limites e os meios das ações do Poder Público, ao mesmo tempo em que usufrui dessas ações direta ou indiretamente.

### 19) Princípio da Responsividade

Ferramenta de controle da legitimidade da atuação administrativa, pretende harmonizar o interesse da coletividade com a racionalidade pública. Os atos administrativos, conforme já explicado, devem ser legais e legítimos, ou seja, devem obediência à lei e à vontade dos administrados.

É um princípio característico do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a relevância dada aos interesses dos particulares para validade da atuação administrativa. Afirma Diogo de Figueiredo que a “responsividade é a esperada reação governamental nas democracias – a ser fiscalizada e exigida – em concordância e obediência à vontade dos governados”<sup>8</sup>. Desta forma, a Administração deve reagir adequadamente às demandas da sociedade.

### **Importância dos princípios (Alexandre Aragão):**

Em uma das aulas inaugurais do Programa de Residência Jurídica da PGE-RJ, Aragão elencou, em alguns tópicos, a importância que os princípios teriam para ele no direito contemporâneo. Por sua importância e especificidade para a prova da Residência, decidimos listá-los resumidamente:

<sup>6</sup>Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 153

<sup>7</sup>Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 147

<sup>8</sup>Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154



**1** - Inserção dos princípios dentro do exercício da discricionariedade (critica o "mantra" da diferença entre discricionariedade e vinculação -> o que há na verdade são graus de vinculação, que muitas vezes serão norteados pela aplicação de princípios).

**2** – Importância na integração, no suprimento de lacunas, quando não houver uma lei para determinado caso. Aqui, discutiu-se acerca da possibilidade de analogia no direito administrativo, face ao princípio da legalidade. O tema também foi objeto de indagação na prova oral de Procurador da UERJ.

Outra questão levantada seria: pode a administração restringir direitos diretamente com base em princípios? (Ex: resolução do CNJ sobre o nepotismo, a qual foi questionada pelo professor).

**3** - Afastabilidade, superabilidade, argumentação “contra legem”: São casos em que a regra geral e abstrata não é inconstitucional em tese, mas a sua incidência em determinado caso é. A regra continua existindo, mas não será aplicável ao caso concreto, por violar algum princípio constitucional ou o seu próprio substrato axiológico. São os casos "dificílimos", como a intervenção federal por não pagamento de precatórios. Assim, o princípio pode afastar a aplicação de regras no caso concreto.

**4** - Imposição direta de deveres à atuação da administração, sobretudo em relação a direitos sociais.

**5** - Atenuação das fronteiras entre direito público e privado. Na verdade, o que há é uma "constitucionalização" de ambos, que passam a ser regidos pelos mesmos princípios.

**#APROFUNDANDO: Princípio é preguiça? (Carlos Ari Sundfeld)**

Em conhecido texto, o professor Carlos Ari sustenta que o profissional do direito tem um dever analítico, não bastam apenas as boas intenções e elogiar os princípios. É necessário respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, verificar causas e efeitos e, avaliar vantagens e desvantagens. O mesmo critica dizendo que *princípios são textos que somos levados a entender como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém.*

No entendimento do autor, é possível dizer que há dois sentidos para “princípios”: o de norma inicial (princípio X fim) e o da norma principal (principal X secundário). Suas afirmações sobre os princípios consideram apenas o primeiro sentido (norma inicial), cujo conteúdo precisa ser especificado por outras – as finais – para poderem fluir.

Os direitos fundamentais são previstos de modo deficiente, existe falta de apoio político para elaboração de textos mais exatos para que tenhamos decisões menos vagas. Um sistema jurídico não é considerado mau ou bom pelo uso freqüente de princípios em seus processos.

Por fim, o magistrado deve elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra, que a partir dos princípios, entenda que deva ser utilizada para solucionar os casos em concreto, estudar com profundidade a realidade a ser analisada, entender as características e razões da causa, identificar alternativas regulatórias que possam existir e prever os possíveis custos e impactos que serão causados.

**ATENÇÃO!** Na linha do que é defendido pelo professor, a LINDB foi recentemente alterada para prever a necessidade de clareza e fundamentação na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando-se a proporcionalidade da medida imposta no caso concreto:



*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*

*Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*

### **EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO:**

A fim de fixar o conteúdo estudado, elaboramos uma lista de perguntas rápidas e que poderiam ser indagadas em prova, todas com respostas ao longo do material. Recomendamos que, a cada pergunta, coloque a página da resposta ao lado e releia a passagem para fixação do tema. É importante que, para a prova, o aluno esteja em plenas condições de responder as perguntas abaixo. Caso seja necessário, indicamos a releitura do material no dia subsequente ou a sua revisão após 1 semana.

1. **É cabível a analogia no direito administrativo?**
2. **Admite-se o costume no direito administrativo?**
3. **Os precedentes administrativos são fontes do direito administrativo?**
4. **É possível a aplicação de interpretação retroativa pela Administração Pública?**
5. **No que consiste a teoria das autolimitações administrativas?**
6. **O que é o princípio da juridicidade? Tal princípio vem em substituição ao princípio da legalidade?**
7. **No que consiste a teoria do órgão e em que medida ela se relaciona com o princípio da impessoalidade?**
8. **A vedação ao nepotismo abrange os cargos de natureza política?**
9. **O princípio da publicidade permite a divulgação da remuneração de servidores? Há limites para essa divulgação?**
10. **A motivação é obrigatória em todo ato administrativo?**
11. **Admite-se a motivação aliunde no direito administrativo?**
12. **É cabível a arbitragem no direito administrativo?**





- 13. A arbitragem no direito administrativo pode ser de equidade?**
- 14. O princípio da continuidade impede o corte do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento de tarifa?**
- 15. Cite 4 exemplos de aplicação do princípio da consensualidade.**
- 16. No que consiste o procedimento de manifestação de interesse e com qual princípio administrativo ele se relaciona?**
- 17. O que é o princípio da realidade?**
- 18. O que é o princípio da responsividade?**
- 19. É possível a superação de uma regra por um princípio?**
- 20. Relacione os princípios da motivação e da proporcionalidade com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, mencionando como a LINDB trata do assunto.**