

Elementos básicos e perspectivas do direito administrativo para uma administração pública eficiente em defesa dos direitos dos administrados

Basic elements and perspectives of administrative law for an efficient public administration in defense of the rights of citizens

DOI: 10.55905/D&Iv2n2-004

Recebido: 1/12/2025

Aceito: 26/12/2025

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas¹

RESUMO

A partir de uma abordagem lógico-dedutiva, o artigo analisa os conceitos básicos de direito administrativo conferindo-lhes uma roupagem contemporânea à luz da revisão da moderna doutrina administrativista. O objetivo não é outro senão divisar perspectivas para uma administração pública eficiente em defesa dos direitos dos administrados.

Palavras-chave: direito administrativo, elementos básicos, administração pública, eficiência, direitos dos administrados.

ABSTRACT

Using a logical-deductive approach, this article analyzes the basic concepts of administrative law, giving them a contemporary perspective in light of the revision of modern administrative doctrine. The objective is to discern perspectives for efficient public administration in defense of the rights of citizens.

Keywords: administrative law, basic elements, public administration, efficiency, citizens' rights.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma abordagem lógico-dedutiva, o presente estudo oferece uma visão para iniciantes sobre o que vem a ser o Direito Administrativo, a que se presta, quais as

¹ Pós-Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Centro Universitário Curitiba (PPGD - UNICURITIBA), Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), Professor da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), Diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), (período: 2013-2015; 2019-2021). Professor convidado dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Centro Universitário Curitiba (PPGD - UNICURITIBA), Professor Permanente dos Cursos de Maestria en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la Universidad de la Empresa (UDE), Montevideú, Uruguai. Advogado no Brasil e em Portugal.

relações que permite que se estabeleçam validamente, *e. g.*, entre o particular e o setor público, bem como o que se tem por Administração Pública, sua estruturação, função e princípios diante dessas relações, além de se esclarecer o que é a atividade regulatória, chegando-se às conclusões, na posse desse instrumental todo, de como ela se configura em nosso País.

Para tanto, as lições que se traz são as mais diretas e claras possíveis, com uma explanação sem grandes discussões acadêmicas, buscando-se oferecer as posturas doutrinárias dominantes em linguagem cotidiana, de modo que o leigo as compreenda com maior facilidade.

Com isso, espera-se transmitir ao leitor os principais conceitos de uma área do Direito nem sempre muito bem entendida, não obstante faça, cada vez mais, parte do dia a dia de todos que vivem nos centros urbanos pátrios. Questões como multas de trânsito, fiscais e ambientais, licenças para construir ou reformar imóveis e dirigir automóveis, como também alvarás para desempenho de atividade profissional e funcionamento de estabelecimento comercial, dentre outras, têm feito parte da vida das pessoas, as quais são obrigadas a com elas lidar sem saberem ao certo como funcionam e para que servem.

É por essa razão que se delimitou este estudo a uma breve explanação de alguns dos principais e mais discutidos temas da atualidade em relação ao Estado, iniciando-se pela conceituação do Direito Administrativo, verificando-se, em seguida, a estruturação do Poder Público e sua função no desempenho das atividades administrativas (havidas imersas na concepção contemporânea de parceria com os administrados), ou seja, da gestão da coisa pública, da coisa de todos (*res publica*), como ainda os princípios que as norteiam, observando-se, por fim, as de cunho regulatório quanto ao equilíbrio que buscam entre os interesses públicos e os particulares, tirando-se as conclusões a respeito de sua configuração jurídica na atualidade.

Assim, postas estas breves palavras introdutórias, passa-se aos temas propostos, analisando-os nos tópicos abaixo.

2 A CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Primeiramente, antes de se conceituar o Direito Administrativo, é preciso que se tenha noção do que se deve ter por Direito, aqui entendido como legislado.

O Direito posto (legislado, positivo) é considerado como um objeto do mundo cultural, resultante da vontade e do conhecimento humanos, possibilitando e assegurando o convívio social.

Busca regradar as relações inter-humanas em sociedade, prescrevendo as condutas a serem seguidas para um convívio harmônico e capaz de estabelecer a desejada *felicidade coletiva* (também chamada *prosperidade pública* – ambas as expressões na acepção de J. C. Ataliba Nogueira² –, *bem de todos* – na dicção do art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988 –, *bem-estar coletivo* – na terminologia de Celso Antônio Bandeira de Mello³ – e *bem-comum*⁴), mediante a satisfação das necessidades públicas, dos interesses públicos⁵.

Tais condutas a serem seguidas, cumpre lembrar, são escolhidas conforme os valores existentes em determinada época na consciência social, através da eleição de certos fatos, havidos importantes pelo legislador, aos quais atribui, imputa efeitos. A conjugação deste binômio “fato” e “valor”, segundo uma relação de imputação, de atribuição ditada pelo legislador, é que faz nascer a norma jurídica e, da união lógica desta com outras, é que podemos extrair a definição do próprio Direito.

Com isso, assim que inserida no ordenamento jurídico, a norma validamente produzida passa a integrar o próprio Direito positivo, objeto da Ciência do Direito e que

² ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *O estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1945, p. 114-116 e p. 148-155.

³ “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano XIV, nº 57-58, jan./jun. de 1981, p. 233-239.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35. Bem-comum, como muito bem explica Maria Garcia, fundada na acepção do Papa João XXIII (havida em sua carta encíclica *Pacem in Terris*, no item “58”, 1963), é ...o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana... (Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 2ª tiragem, 2006, XXI), a qual se tem, ainda, à luz dos seus vieses físico e psíquico. E, nesse contexto, “desenvolvimento”, na acepção dada por Dudley Seers, é sua criação, ou melhor, a criação de condições necessárias para a realização do potencial da personalidade humana (“What are we trying to measure?”. *Journal of development studies*. Londres: Frank Cass & Co. Ltd., v. 8, nº 3, abr./jun. de 1972, p. 22-25).

⁵ São, em conceito amplo, tudo aquilo que incumbe ao Estado prestar, em decorrência de uma decisão política, inserida em norma jurídica... (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. “Introdução”. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1997, p. 15; e OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2ª tiragem, 2007, p. 59). Nesse sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 5ª tiragem, 2006, Capítulo I, item “1.3.”, p. 4.

se apresenta como um *sistema*, vez que essa norma jurídica vai se relacionar com as outras que o compõem segundo um princípio unificador⁶.

O Direito posto, assim, aparece sob a forma de linguagem prescritiva, hierarquizada pela fundamentação ou derivação em planos material e formal, o que lhe dá possibilidade dinâmica, autorregulando sua criação e transformação; o sistema do Direito positivo é visto, portanto, como sendo um sistema de linguagem. Ela possui uma hipótese-limite que é a norma hipotética fundamental, axioma que se encontra, por assim dizer, no ápice da “pirâmide” dando legitimação e validade sintática à Constituição⁷.

Nessa dicção, vale lembrar que a Ciência do Direito também aparece como um sistema, vertido em linguagem descritiva do Direito posto (eminentemente técnica). Resta como uma metalinguagem, ou seja, linguagem de sobrenível, que explica, descreve outra linguagem⁸.

Daí, sendo o Direito posto um sistema, uno e indivisível por natureza, a sua divisão em áreas como Direito Privado e Direito Público, e a subdivisão deste em, *v. g.*, Constitucional, Tributário, Financeiro, Previdenciário e Administrativo, decorrem apenas de fins metodológico-educacionais, enquanto um recurso utilizado pela Ciência do Direito para explicá-lo didaticamente em “partes” menores, subdividindo-o, assim, em variados e distintos regimes jurídicos, conjuntos sistematizados de regras e princípios que vão reger os seus diferentes ramos, com seus respectivos contornos.

Nesse contexto é que surge o ramo do Direito Administrativo, subárea do Direito Público, cuja conceituação passa pela identificação do regime jurídico que o define, ou seja, pelo conjunto sistematizado de regras e princípios que vão lhe dar características próprias para fins de estudo.

Diante disso, o Direito Administrativo pode ser conceituado como o ramo do direito posto (legislado, positivado) que disciplina o comportamento da Administração Pública, ou melhor, que visa a reger as relações jurídicas do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, quando no exercício de função administrativa, ou seja, no desempenho de atividade administrativa, sob normas e princípios dela próprios e específicos, para atendimento de certos deveres por meio de correspondentes poderes.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1993, p. 83. Para esse autor, a coerência é que preside o sistema como elo de união, admitindo-se a existência de antinomias, as quais são superadas pela logicidade, reinante a dirimi-las.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2000, p. 133-136.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2000, p. 133-136.

Desse modo, para se entender melhor essa conceituação do que vem a ser o Direito Administrativo e para que ele realmente serve nessa contemporânea concepção de parceria com o setor privado⁹, decorre a necessidade de se averiguar o que é a Administração Pública e no que consiste a função que lhe é atribuída no exercício do Poder.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA FUNÇÃO

Cabe esclarecer que o Estado brasileiro, quando no exercício do Poder emanado do povo (com fundamento na idéia de soberania popular haurida de Jean-Jacques Rousseau¹⁰, à luz do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) para atender às necessidades públicas e, assim, promover o bem-comum, desempenha suas atividades segundo formas distintas (modos diferentes de manifestação do Poder), ditas funções públicas ou estatais, as quais, em nosso Direito estão estabelecidas de acordo com as disposições da Constituição (no seu art. 2º, quanto às legislativa, administrativa e judicial, e demais disposições esparsas para a função política, ou dita também de governo).

Além das três funções estatais características do modelo elaborado por Montesquieu¹¹, extrai-se também, como salientado, a chamada função política ou de governo¹², sendo ora todas abaixo explicadas em breves linhas ante o modelo constitucional brasileiro.

A função legislativa tem seu exercício expressado por intermédio do ato legislativo, consistindo na produção de normas jurídicas *in abstracto*, as quais inovam inicialmente no ordenamento jurídico, ou seja, com fundamento direto e imediato na Constituição.

⁹ Para aprofundar-se sobre a conceituação do Direito Administrativo e sua serventia, vide: OLIVEIRA, Fernando Andrade de. "Conceituação do direito administrativo". *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 121, jul./set. de 1975, p. 16-57.

¹⁰ *O Contrato Social*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo : L&PM Editores, 2007.

¹¹ *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Dentre as várias passagens dessa obra, ressalta-se o seu Livro Décimo Primeiro, "Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição", inserto nas págs. 165 a 196, especialmente o Capítulo IV, p. 166, e o Cap. VI, p. 167-168.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 36-37.

Já a função judiciária consubstancia-se em virtude da aplicação das normas jurídicas para julgamento, solução de conflitos (lides) em casos concretos de forma definitiva e imutável, ou seja, sob a autoridade da coisa julgada.

A sua vez, a função administrativa, ou executiva, resulta da aplicação de normas jurídicas (constitucionais ou infraconstitucionais), via de regra a casos concretos, para organização do Estado (ou quem lhe faça às vezes), sob controle judicial.

Por derradeiro, a função política, ou de governo, é identificada pelo desempenho de atividades estatais, por parte do Executivo (Administração Pública, em seu sentido amplo-subjetivo) e do Legislativo¹³, que não têm quaisquer características semelhantes às outras funções, como, *exempli gratia*, a iniciativa de Leis pelo Chefe Executivo, o veto à sua criação, bem como a declaração de estado de sítio (e de defesa no Brasil) e o *impeachment*, salientando-se serem atos de gestão suprema e geral do Estado ou resolução de questões públicas que envolvem decisões eminentemente políticas (como a definição das políticas públicas, sempre de alta indagação), os quais, contudo, não refogem de um controle jurisdicional.

O Estado, quando no exercício de função administrativa, recebe a nomenclatura genérica de Administração Pública (sentido estrito-subjetivo da expressão), cuja conformação é dada, em regra, de forma hierarquizada, subdividida em órgãos qualificados como unidades dotadas de competências públicas, atribuições públicas, ou seja, uma rede, um plexo de funções, de deveres de satisfazer os interesses públicos (interesses da coletividade juridicizados¹⁴), com poderes instrumentais, para tanto estipulados legalmente¹⁵.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 48-49.

¹⁴ Os interesses da coletividade, para serem havidos como interesses públicos, precisam não apenas estar previstos em lei, como também caracterizarem-se enquanto primários, segundo a classificação de Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, vol. I – “I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa”, 3ª ed., 1974, p. 226-227), ou seja, enquanto a dimensão pública dos interesses individuais havidos em sociedade. A seu turno, os interesses titulados individualmente pelo Estado, tal qual uma pessoa jurídica qualquer, são ditos, à luz dessa mesma classificação, secundários e, por via de consequência, não se qualificam, em si, como interesses públicos; esses interesses secundários somente irão galgar a condição de públicos quando coincidirem com a realização dos primários, não os extrapolando e apenas os instrumentalizando. Fora dessa dimensão dos interesses primários, os interesses secundários do Estado resvalam para a ilicitude e, por decorrência, para a arbitrariedade.

¹⁵ Competência pública é o “... círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 144). E sobre a diferença entre o exercício de função no direito público e no direito privado, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “A motivação dos atos da

O exercício desses deveres instrumentalizados por meio de correlatos poderes para a satisfação das necessidades públicas em promoção do bem-comum (função administrativa) é o que se tem por atividade administrativa (Administração Pública em seu sentido estrito-objetivo, ou simplesmente “administração pública” – expressão grafada em letras minúsculas), a qual envolve as atividades de fomento, de polícia administrativa (limitativa do exercício da liberdade e propriedade privadas), intervenção e serviço público, precedido ou não por obra pública¹⁶.

Quanto aos órgãos públicos administrativos, é importante saber que se constituem por um conjunto de competências (havidas como plexo de funções) e que eles não têm vontades, mas ações, condutas determinadas por lei e executadas por seus agentes públicos (veículo de sua expressão), além de serem partes da pessoa jurídica estatal, sem qualquer personalidade jurídica¹⁷.

Por isso, as relações interorgânicas são relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências (os órgãos não têm personalidade jurídica para constituírem relações). Os agentes têm o dever, além do direito subjetivo, de fazer valer suas competências, expressando-as inclusive contra indevidas intromissões (até de outros órgãos).

Já sobre as competências públicas de que imbuída a Administração Pública, convém observar que não são para sua auto-satisfação, dos seus agentes ou seus órgãos, como também os poderes juridicamente postos que lhe são inerentes afiguram-se sempre limitados ao necessário e suficiente para o estrito cumprimento do dever de atendimento

administração pública como princípio fundamental do Estado de Direito”. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, nº 87, 1º semestre de 2003, p. 15-16.

¹⁶ Especificamente sobre as acepções ampla e estrita, objetiva (funcional ou material) e subjetiva (formal ou orgânica) de Administração Pública, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 44-53; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. revista e atualizada, 2009, p. 43-44. Nesse contexto, vem a pêlo a lição de Lúcia Valle Figueiredo, fundada nos ensinamentos de Bartolomé Fiorini, de que, enquanto os interesses públicos correspondem ao conteúdo e objeto da atividade administrativa, em seus diferentes graus de extensão, especificidade e regimes jurídicos, os fins públicos, vistos como metas a serem perseguidas pelo Estado de maneira especial, ou seja, sob regime jurídico-administrativo, correspondem ao seu conceito teleológico (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 2008, p. 35-37). Entende-se, nesse contexto, os fins públicos em maior grau de abstração, correspondendo, em última análise, às políticas públicas de determinado setor ou setores da vida em sociedade.

¹⁷ Para uma breve leitura sobre a teoria dos órgãos públicos, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 10ª Ed., 2003, p. 7-10. Quanto ao conceito legal de órgão público, extrai-se, para fins da Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que é “...a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta” (*sic*; art. 1º, § 2º, da Lei ordinária nº 9.784/99).

ao interesse público, sendo proibidos os excessos, normalmente caracterizados por limitações ilegais da liberdade e do patrimônio dos particulares, corrigíveis de ofício quer pela autoridade superior, quer pela própria autoridade de quem emanou o ato, como também por provocação do particular ou pelo Judiciário.

Suas características essenciais consistem em seu *exercício ser obrigatório*, ou seja, não ficar ao arbítrio do agente público, serem *irrenunciáveis* por ele, o qual não pode delas abrir mão – nunca se perde a titularidade –, além de revelarem-se *imodificáveis (improrrogáveis)* pela sua vontade – não podem ser aumentadas ou diminuídas, senão por lei –, *imprescritíveis* – não importa o tempo em que não haja casos para seu exercício, sempre permanecem existindo – e *intransferíveis (inderrogáveis)* – não podem ser objeto de transação, afigurando-se como bens fora do comércio, vez que instituídas em benefício do interesse público.

Cabe apenas delegação do seu exercício em hipóteses legais, sempre com possibilidade de retomada dele. A delegação parcial é admitida (art. 12, Lei nº 9.784/99) quando conveniente e não houver impedimento legal, especificando-se, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 9.784/99, as matérias e poderes delegados, duração e limites, permitida a revogabilidade a qualquer tempo (§ 2º deste artigo). O art. 13, I a III, da Lei nº 9.784/99, especifica que não pode ser objeto de delegação (*indelegabilidade*) a edição de atos normativos, a decisão de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. Nessa última hipótese de competência administrativa exclusiva do órgão, tem-se a característica da *privatividade*, mais comum nas competências tributárias.

A avocação é tida como absorção eventual, relacionada a matéria específica, da competência pública legalmente atribuída à autoridade hierárquico-inferior, por parte da hierárquico-superior. Tal possibilidade, como não poderia deixar de ser, somente é válida se também prevista pelo ordenamento jurídico. Admite-se, atualmente, de forma temporária (art. 15, da Lei nº 9.784/99), em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados¹⁸.

Estabelecidas, dessa forma, as noções elementares a respeito do que se deve entender por Administração Pública e o desempenho de sua função, passa-se ao estudo

¹⁸ A delegação e a avocação também estão previstas na Lei ordinária paulista nº 10.177/98 (art. 19), a qual dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

dos princípios que norteiam a atividade administrativa para, ao depois, ver-se o modo como se estrutura e os sujeitos que a compõem.

4 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Nesse instante, calha analisar de forma um pouco mais detida e extensa, ante sua grande relevância, quais os primados que regem a atividade administrativa à luz do Direito Administrativo brasileiro. Antes, porém, torna-se necessário definir o que se toma como um princípio aplicável a esse ramo do Direito.

Com efeito, por princípio tem-se aquilo sobre o que se baseia ou inicia algo. No caso, um princípio de Direito Administrativo será uma proposição de cunho jurídico que serve de base, de infraestrutura, de orientação vetora interpretativa para uma uniformidade de sentido e, assim, conferir-se validade ao agir administrativo, mediante o estabelecimento de uma lógica sistêmico-normativa¹⁹.

Sua previsão pode ser expressa, tanto pela Constituição Federal como pela legislação esparsa, ou de forma implícita, reconhecida, haurida da logicidade do próprio sistema jurídico.

Os princípios podem ser, ainda, onivalentes ou universais (valem para todas as áreas do conhecimento – ex.: princípio da não-contradição), plurivalentes ou regionais (valem para um grupo de ciências – ex.: princípio da causalidade, que rege as ciências naturais) e os monovalentes (valem para um só campo do conhecimento – ex.: princípio da legalidade, que rege o Direito) gerais (valem para um ramo de uma dada ciência – ex.: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que rege o Direito Público) e específicos (valem para uma parte de um ramo de uma dada ciência – ex.: princípio da continuidade do serviço público, que rege o Direito Administrativo)²⁰.

¹⁹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio “...é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 942-943).

²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. revista e atualizada, 2009, p. 6.

Dentre os princípios do Direito Administrativo, alguns são próprios e outros são pertencentes a outras áreas de Direito Público. Quanto aos que se encontram para ele em patamar superior de importância, têm-se como de maior realce o da *supremacia do interesse público sobre o privado* (dito também princípio da *finalidade pública*²¹) e o da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos* (dito, simplesmente, princípio do *interesse público*²²), pois havidos enquanto verdadeiros *sobreprincípios* que encartam, encampam a conflituosa relação entre as prerrogativas da Administração Pública e os direitos dos administrados, embate sobre o qual se funda o Direito Administrativo. Nessa sua condição de sobreprincípios, fazem por, primordialmente, influenciar, orientar o sentido dos demais a si subordinados²³.

O sobreprincípio da *supremacia do interesse público* sobre o privado tem sua influência verificada em vários dispositivos constitucionais, dentre os quais se extraem como exemplos os que versam sobre função social da propriedade, defesa do consumidor ou do meio ambiente (incisos III, V e VI, do art. 170, a configurarem *subprincípios* seus inclusive), desapropriação e requisição (art. 5º, XXIV e XXV).

A supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado enfatiza o desempenho da função administrativa, ou seja, do imperioso cumprimento de um dever legal, com o emprego de poder jurídico (ou seja, previsto em norma jurídica) correlato (correspondente) e de cunho instrumental, para o atendimento de um interesse público, isto é, determinado segundo finalidade legal expressa (fim público).

Como seus *subprincípios* diretos, estão as *posições de privilégio e de supremacia que a Administração Pública exerce nas suas relações com o particular* a fim de resguardar o interesse público envolvido. Diante disso, sua observância sistêmica, no âmbito do Direito Administrativo, prescreve a exigibilidade dos atos administrativos e sua auto-executoriedade (quando prevista por lei ou houver urgência na tutela de um

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 59 e 61.

²² *Ibidem*, p. 61-62. Tal princípio encontra-se assim previsto expressamente no art. 2º, *caput* (sob a denominação de *interesse público*) e especificado no parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/99, ao ler-se sobre a necessidade de “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei*” (*sic*).

²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro vê no *princípio da legalidade* essa característica de sobreprincípio de Direito Administrativo, juntamente com o da supremacia do interesse público sobre o particular, ao qual o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração estaria apenas ligado (*Ibidem*, p. 56, 58 e 61-62). Todavia adota-se, para efeitos deste estudo, sobre os princípios administrativos, o entendimento e a sistematização ofertada por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 55-58 e 69-87).

interesse público em risco de perecimento), além da sua revogabilidade quando inoportunos ou inconvenientes e a sua invalidação ao se virem viciados (primado da autotutela).

A seu turno, a *indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração* significa que a atividade administrativa é subordinada à lei e que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, não pode deles descuidar, vez que tem o dever jurídico de atendê-los. Assim, o interesse da coletividade (do povo) somente poderá ser chamado de público, se, e somente se, estiver previsto e estipulado pelo ordenamento jurídico, a refletir uma eleição, uma escolha e priorização de política pública a ser atendida, a cargo da Administração Pública, de forma privilegiada ante o exercício da função administrativa (relação “dever-poder”), a atividade administrativa.

Decorrem como seus subprincípios, de conseguinte: a) a legalidade, implicando, em consequência, os da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado (contraponto da legalidade, visto como forma de proteção aos direitos dos administrados contra a atividade administrativa); b) a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e o da continuidade do serviço público (art. 22, *caput*, do CDC); c) o controle administrativo, dito ainda autotutela ou tutela²⁴; d) a isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração perante a lei; e) a publicidade; f) a inalienabilidade dos direitos relativos aos interesses públicos (como consequência, inclusive, da mesma característica das competências públicas, já explicadas antes); g) o controle jurisdicional dos atos administrativos; e h) a hierarquia.

É de bom tom observar que, em âmbito legal, muitos dos princípios, inclusive os constitucionais administrativos, estão explicitados no art. 2º, *caput*, da Lei federal nº 9.784/99. São elencados nesse dispositivo de lei: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No que tange à Administração Pública, é de se ter que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, arrolou explicitamente cinco dos princípios a ela diretamente relacionados, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (sendo que este foi introduzido neste rol pela Emenda

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, todavia, diferencia a tutela (ou, como por ela dito, controle) da autotutela, relacionando aquela à Administração indireta e esta à Administração direta (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 64).

Constitucional nº 19/98). A Constituição Estadual Paulista, no seu art. 111, acrescentou a este rol constitucional federal os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público, lembrando-se que o da eficiência somente passou a constar na sua relação apenas a partir da Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006.

Vistos todos esses princípios que acima se mencionou, quer expressos ou implícitos (ou ditos reconhecidos) no ordenamento jurídico, segue-se, agora, explicando-se sucintamente os mais relevantes, segundo corte metodológico estabelecido para o estudo em tela.

Começa-se com o primado da *legalidade* que possui contexto diferente no Direito Público quando em comparação com o Direito Privado. Enquanto no ramo privado do Direito, ou seja, nas relações entre particulares, seu comando é de que tudo pode ser feito, desde que não haja proibição na ordem jurídica²⁵, distintamente, no ramo público, isto é, nas relações com o Estado, esse comando impõe que a Administração Pública só deva agir quando houver previsão em norma jurídica, justamente por ser defluência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos por parte dela. Assim, a atividade administrativa ressaí como sendo de expedição de comandos integrativos, complementares à lei (aqui enquanto a ordem jurídica havida como um todo, em seu contexto sistemático), e segundo ela.

A *atividade integrativa* da lei pela Administração Pública se dá mediante o emprego do raciocínio por *analogia*, quando da solução de questões a si entregues (de pleitos a si levados em processos administrativos), ou por meio do exercício de *competência discricionária*.

A integração por *analogia*, segundo Lúcia Valle Figueiredo devidamente fundamentada nos ensinamentos de Juan Francisco Linares, é possível no Direito Administrativo e deve existir nos casos de *leis de individuação estreita* (insuficiente), *faltante* ou *incompleta*, ante a explicitação de norma ou normas jurídicas preexistentes e expressas, utilizando-se, como diretriz desse raciocínio, de princípio ou princípios gerais

²⁵ O art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, disciplina que “...ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (*sic*). Com efeito, também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, estipula em seu art. 4º que “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei” (*sic*).

do Direito aplicáveis ao caso, com a ressalva de que essa integração não implique imposições ou sanções²⁶.

Já a integração por meio do exercício de *competência discricionária* consiste, basicamente, na atividade administrativa segundo a qual o Administrador, ao tomar uma decisão para um caso concreto, deve escolher a melhor (princípio da eficiência) dentre as várias legalmente possíveis, à luz dos critérios de conveniência e oportunidade.

A legalidade é uma garantia do administrado contra eventuais abusos da Administração Pública, a qual, repita-se, só age segundo a lei. Sua previsão constitucional é explícita nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV. É por esse último dispositivo que os decretos administrativos não podem, via de regra, inovar na ordem jurídica brasileira. Há, também constitucionalmente previstas, restrições ao princípio da legalidade, as quais são consubstanciadas nas Medidas Provisórias (art. 62 e seus §§) e nas decretações do “estado de defesa” (art. 136) e do “estado de sítio” (arts. 137 a 139).

Nesse contexto, o princípio da *finalidade* apresenta-se como inerente ao da legalidade, como dentro dele, tendo fundamento constitucional nas mesmas previsões deste, justamente porque o fim a ser perseguido obrigatoriamente pela Administração Pública somente é aquilatado no ordenamento jurídico²⁷.

Por essa razão, quando o fim perseguido pela atividade administrativa não é o legal ou, embora até seja de interesse público, não é o estipulado pela lei para o ato, tem-se a ocorrência de “desvio de finalidade” e a sua subsequente possível invalidação, conforme garantia prevista, inclusive, no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988.

De outro lado, o primado da *razoabilidade* implica que a Administração ao agir, ao atuar no exercício de competência discricionária, tem que se fundar em critérios racionais, coerentes na busca de seus fins, na execução dos deveres de satisfação dos interesses públicos, primários. Condutas desarrazoadas, de consequência, são invalidáveis, pois desatendem, em última análise, à finalidade legal, à necessidade pública, ao interesse público. Havendo, assim, violação à razoabilidade, tem-se violação à finalidade do ato (pois é uma constante lógica internomativa, em termos sintáticos).

Funda-se, por isso, nos mesmos dispositivos constitucionais previstos para a finalidade e, de conseguinte, para a legalidade, sendo sindicável, controlável

²⁶ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 2008, p. 43-46.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 106.

judicialmente, pois conduta desarrazoada é aquela que extrapola os limites da lei e da competência discricionária (segundo critérios de conveniência e oportunidade).

A *proporcionalidade*, por sua vez, é o princípio que se configura como um aspecto específico do da razoabilidade, ao significar que as competências administrativas (deveres cujo cumprimento é instrumentalizado por poderes legais) só podem ser exercidas validamente na *medida do razoável e adequado*, qual seja, na exata dimensão e força próprias e necessárias para cumprimento do interesse público a que presas. O excesso ou a falta no agir administrativo resvalam para a ilegalidade e a ilogicidade, sem atendimento à finalidade jurídica, restando passíveis de correção judicial.

Decompõe-se em três elementos principiológicos: *adequação*, *necessidade* – ou também dita “*exigibilidade*”, “*caminho mais suave*” e “*menor ingerência possível*” – e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *propriamente dita* – ou, dita ainda, “*da justa medida*”.

O princípio da adequação é visto como a medida correta para atender o interesse público almejado pela norma posta, isto é, como a medida apropriada para buscá-lo; implica, noutros termos, que o modo e o meio escolhidos sejam eficientes para atingir o fim almejado, colimado.

O primado da necessidade traz, sob a óptica do administrado, a idéia de que este, o particular, tem direito às menores restrições possíveis, ou seja, às restrições mínimas necessárias, estritamente imperiosas à sua esfera jurídica de liberdade e propriedade para o resguardo do interesse público envolvido na atividade administrativa, determinando que, se há um meio menos danoso para se atingir determinado fim, deve ser escolhido, sendo sempre subsidiário o mais gravoso.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, é o princípio que encerra a idéia de que as maneiras, os meios encontrados para atendimento da finalidade pública havida na norma jurídica têm que ser exatos, sem excessos ou faltas, ou seja, nas medidas certas, sob pena de se revelarem desvantajosas em termos de custo benefício; em outras palavras, estabelece que deve haver correspondência entre o fim a ser alcançado pela disposição normativa e o meio empregue para tal, de modo que não fira o núcleo essencial de direitos fundamentais.

A previsão constitucional da proporcionalidade está, pois, nos mesmos dispositivos antes citados para a legalidade, a finalidade e a própria razoabilidade.

O princípio da *motivação* implica o dever de a Administração justificar seus atos demonstrando seus motivos, razões, fundamentos de fato e de direito. Impõe que também mostre a correspondência, a lógica da ligação entre as questões de fato com as soluções por si encontradas e adotadas para conferir-se, quando preciso, sua pertinência à norma usada como seu fundamento jurídico (mormente em casos de discricionariedade).

Deve ser, por isso, anterior ou concomitante à atividade administrativa, sob pena de, sendo posterior, ter sua invalidação decretada por falta de segurança e certeza jurídicas, vez que não se pode saber ao certo, com ela sendo em momento ulterior, se foi dada apenas como uma desculpa ou uma forma de encobrir e justificar uma conduta praticada originalmente em desvio de finalidade legal.

Sob essa óptica, a motivação é vista como um direito político do cidadão ao esclarecimento sobre o agir da Administração e um direito individual do povo contra as suas arbitrariedades e ilegalidades, inclusive com o auxílio do Judiciário, motivos estes pelos quais seu fundamento constitucional se verifica implícito no art. 1º, II (que indica a cidadania como um dos fundamentos da República) e no seu parágrafo único (pelo qual todo poder emana do povo), além do art. 5º, XXXV (princípio da jurisdição universal ou inafastabilidade do controle judicial). Explicitamente, possui respaldo constitucional no art. 93, X, no que tange às decisões administrativas dos tribunais.

O primado do *controle*, também chamado de *autotutela* ou *tutela*, traduz a possibilidade de a Administração Direta rever seus próprios atos, revogando os inconvenientes e inoportunos ou declarando sua invalidade²⁸, como também influir sobre a Administração indireta, dando-lhe conformidade e adequação aos seus fins, seus objetivos públicos, afastando desvios e homogeneizando-a em relação à atuação geral do Estado (suas políticas públicas)²⁹.

Tal controle exercido pela Administração direta, convém mencionar, dá-se não apenas em relação às condutas comissivas dos agentes públicos que as praticam, mas

²⁸ O Supremo Tribunal Federal possui duas súmulas sobre o tema. A Súmula nº 346 dispõe que “*A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*” (sic). A sua vez, a Súmula nº 473 estabelece que “*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*” (sic).

²⁹ O art. 19 do Decreto-lei nº 200/67, na esfera federal, endossa essa idéia ao prescrever, com certa imprecisão terminológica, que todas as entidades da Administração indireta, e órgãos da Administração direta, são controlados (“supervisionados”) pelo Ministério a que relacionados, ou pela Presidência da República, se a ela vinculados diretamente.

também quanto às omissivas, porquanto, como visto, o Estado não pode omitir-se quando o comando normativo impõe uma determinada atividade administrativa.

Essa realidade é decorrente, mais remotamente, do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração (dito princípio do interesse público) e, mais proximamente, dos seus subprincípios da *obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e continuidade do serviço público* (sendo esta derivação daquele, prevista no art. 22, *caput*, do CDC), vez que são verdadeiros deveres inseridos na função administrativa³⁰.

Nesse diapasão, se ocorrer algum prejuízo ao particular na sua esfera jurídica de direitos em virtude de alguma conduta administrativa, quer omissiva ou comissiva, o princípio da *responsabilidade do Estado*, decorrente da legalidade, obriga que o dano seja reparado, independentemente da conduta afigurar-se lícita ou ilícita (art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988).

O dever de indenizar danos, inclusive nas hipóteses de condutas lícitas, é consequência também do princípio da *isonomia* ou *igualdade dos administrados em face da Administração*, pois um ou alguns não podem ser prejudicados em favor da coletividade.

Desse princípio se extrai o bom senso de que o Estado não pode favorecer ou prejudicar alguém em detrimento ou benefício de outrem, ainda que este seja a coletividade, impondo um tratamento de equilíbrio, igualitário de oportunidades (inclusive para fruição dos bens, mediante licitações, dos cargos, por intermédio de concursos, e dos serviços públicos) em que reine a *impessoalidade* como outro princípio a ser obedecido.

A impessoalidade, *em relação aos administrados*, significa, como dito, que a Administração tem que tratar a todos sem favoritismos ou perseguições, compondo o próprio princípio da igualdade, principalmente diante do que previsto constitucionalmente no art. 37, “caput”, II (quanto ao ingresso em cargo, função ou emprego públicos ser dependente de concurso a garantir igualdade de oportunidades para acesso), XXI (no que tange à licitação pública para celebração de contratos administrativos, também proporcionando igualdade de chances para participar), e art.

³⁰ Também a *legalidade* é um dos princípios que fundamenta o dever de o Estado não se omitir frente à norma jurídica.

175, (no que também se refere à licitação para concessões e permissões de serviço público, permitindo igualdade de condições em participação).

Já em relação aos administradores, implica não se autopromoverem, à custa do erário público, fazendo propaganda de si próprios como se informação pública de interesse geral ou coletivo fosse. Esse princípio obriga que os agentes públicos não se utilizem, não se aproveitem do dever de o Estado dar publicidade à atividade administrativa (publicidade institucional) em favor da sua imagem pessoal, em abominável propaganda com o dinheiro público³¹.

É o princípio da impessoalidade que impede que o princípio da *publicidade* acabe sendo desvirtuado para fundamentar verdadeiras propagandas de cunho eleitoral com verba pública, sob a desculpa de se cumprir o dever constitucional de a Administração Pública prestar informações de cunho coletivo e geral aos administrados (art. 5º, XXXIII). As atividades administrativas, portanto, devem ser divulgadas como sendo do Estado e não de tal ou qual administrador público.

A publicidade deve ser vista, no âmbito do Direito Administrativo e conforme prevista no art. 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988, como o dever de transparência dos atos administrativos, não sendo, de conseguinte, admissível qualquer atividade secreta por parte da Administração Pública, cuja divulgação por meio da Imprensa oficial é medida imperiosa para seu atendimento válido.

Além do direito a informações de cunho coletivo e geral aos administrados (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988), estes também têm o direito a informações de cunho pessoal, especificadamente por meio de certidão (art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal de 1988), havidas em bancos de dados governamentais ou de âmbito público, inclusive de consumo (art. 43, e seus §§, do CDC, também quanto a cadastros de restrição ao crédito), com sua correção, se o caso, garantida por intermédio da impetração de “*habeas data*” (art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988), sendo que o sigilo só é admitido por razões de segurança à sociedade e ao Estado.

Cabem, ainda, breves comentários sobre alguns outros princípios de cunho constitucional e geral do Direito que têm forte relação com o Direito Administrativo. Dentre tais, os princípios constitucionais do *devido processo legal* e da *ampla defesa* (art.

³¹ Há que se diferenciar a questão da publicidade institucional da propaganda, sendo que esta fere o princípio da impessoalidade por implicar autopromoção da pessoa do administrador.

5º, LIV e LV, respectivamente) merecem referência, pois sua inobservância por parte da Administração, ainda que em parte, desencadeia a nulidade da ação administrativa.

O devido processo legal deve ser verificado tanto em relação ao seu aspecto material (“*substantive due process*”), como quanto ao seu viés formal (“*procedural due process*”), ou seja, aferido tanto quanto aos fins a serem buscados como quanto aos meios empregues para a veiculação das decisões do Estado no exercício da função administrativa.

A *moralidade administrativa* prevista no art. 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988, implica uma menção aos valores morais incorporados nas normas jurídicas e revela a necessidade de uma atuação ética dos agentes da Administração, com a invalidação do ato que eventualmente a viole podendo se dar diretamente por meio de ação popular (nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, é bem jurídico autonomamente tutelável).

Compreende os princípios da *lealdade* e *boa-fé*, mediante um comportamento sem malícia e que facilite o exercício dos direitos dos cidadãos, vez que atentar contra a probidade é crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, V, da Constituição Federal de 1988), resultando, para os demais, as sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

O princípio do *controle judicial dos atos administrativos* decorre do da universalidade de jurisdição ou inafastabilidade do controle judicial, previsto constitucionalmente no Brasil pelo art. 5º, XXXV. Só ao Poder Judiciário é que cabe resolver definitivamente conflitos entre a Administração e os administrados, não podendo, sua apreciação, sequer dele ser excluída pela lei.

Já o princípio da *boa administração pública* traz como uma das suas facetas, o subprincípio da *eficiência*, previsto no art. 37 “caput”, Constituição Federal de 1988, e no art. 41, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, também dita de Nice³²,

³² Com efeito, sua redação restou assim vazada em seus itens “1” a “4”: “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, . o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, . a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a

pois lá proclamada em 07 (sete) de dezembro de 2000. Significa ter a atividade administrativa mais convergente, congruente, oportuna e adequada aos fins legais (sempre de interesse público), por meios e ocasiões melhores para tanto, sendo sua observância vinculante quando do exercício de competência discricionária.

Por derradeiro, tem-se o princípio da *segurança jurídica*, o qual é da essência do Direito e que compõe suas diretrizes mestras, permeando institutos como os da prescrição, decadência, preclusão (esfera processual), usucapião, irretroatividade da lei e do direito adquirido. Encerra a necessidade de estabilidade, certeza e segurança nas relações jurídicas.

A conjugação dos primados da *segurança jurídica*, *boa-fé* e *lealdade* impõe que orientações dadas pela Administração em certa matéria só possam ser alteradas mediante prévia e pública notícia, quando para sancionar, agravar situações dos administrados ou negar-lhes prestações, ou mesmo sequer possam ser alteradas, quando tomadas em decisões contenciosas, havidas em última instância de processo administrativo, que impliquem ampliação dos direitos deles (coisa julgada administrativa)³³.

5 ESTRUTURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUJEITOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Feitos os comentários acima sobre os mais relevantes princípios sobre os quais a atividade administrativa é desempenhada, ora passa-se à análise de como a Administração Pública se estrutura.

Ela o faz desempenhando seus misteres diretamente, pelo Estado, ou indiretamente, por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-la, quais sejam, as empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

Diz-se que, quando as atividades administrativas são desenvolvidas diretamente pelo Estado, dentro da sua estrutura, ou seja, por meio dos seus órgãos, ocorre o fenômeno

possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua” (sic).

³³ Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, a *definitividade* e *irrevogabilidade* da decisão ampliadora de direitos do administrado, tomada em última instância de processo administrativo contencioso, como também a *irretratabilidade* da Administração, somente poderiam ser superadas, com alteração do que decidido, em ulterior processo administrativo revisional (*Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 3ª tir., 2003, p. 44).

da *centralização da Administração*. Ao contrário, quando são transferidas, em seu exercício, aos entes, às pessoas acima referidas ou a particulares, está-se diante da *descentralização da Administração*.

Mas, embora se tenha a centralização como atividade administrativa exercida pelo Estado diretamente, isso não quer dizer que seja exercida por um mesmo órgão. Em verdade, ela se verifica distribuída ao longo da cadeia hierarquizada de órgãos que compõem a Administração Pública, cada qual com uma atribuição de competência distinta, dando origem ao que se chama de *desconcentração*.

A desconcentração (distribuição interna, pelos órgãos, das competências), pode acontecer em razão da *matéria* (e. g., segundo um assunto que diga respeito ao Ministério da Justiça, da Saúde, etc.), do *grau* (hierarquia) e do *território* (v. g., em delegacias regionais da saúde, do trabalho, etc.).

Dentre as principais diferenças existentes entre descentralização e desconcentração, tem-se que enquanto na primeira se lida com pessoas jurídicas diversas, rompe-se com a unidade administrativa, não há hierarquia com a Administração Central e verifica-se uma relação de coordenação (controle) entre esta e a outra pessoa (sendo que o controle ocorre apenas quando previsto em lei e para os atos nela indicados), na segunda hipótese (desconcentração) trabalha-se com órgãos de uma mesma pessoa jurídica em que se mantém a unidade administrativa, de forma hierarquizada, numa relação de subordinação com presunção do poder de controle.

A hierarquia, princípio defluente do da indisponibilidade dos interesses públicos por parte do Estado, saliente-se, é inerente à estruturação escalonada da *Administração Pública Direta*, conferindo vínculo aos órgãos e aos seus agentes públicos³⁴. Dentre os poderes do hierarca estão os de *comando* (determinações gerais – instruções – ou específicas – ordens – sobre o modo de efetuar os serviços, de desempenhar as atividades), de *fiscalização* (inspeção dos órgãos e agentes públicos), de *revisão* (para alterar ou suprimir, segundo a lei, as decisões dos inferiores por revogação – se inconveniente ou inoportuno – ou por invalidação – ante algum vício constatado –), de *punição* (por aplicação de sanções legais aos faltosos), de *solução de controvérsias e*

³⁴ Hierarquia, por definição é o “... vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 150).

conflitos positivos (quando mais de um se diz competente) ou *negativos* (quando ninguém se diz competente) *de competência*, e de sua *delegação* ou *avocação* (sempre segundo a lei).

A estruturação da *Administração Pública Indireta*, a seu turno, envolve a criação das chamadas *figuras da Administração Indireta* (as empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e fundações governamentais) e *entidades paralelas* ou ditas *paraestatais* (consórcios públicos, sociedades de propósito específico - SPE, OS - organizações sociais e OSCIP - organizações da sociedade civil de interesse público).

Mais abaixo, segue-se demonstrando as principais características dos retro-referidos entes da Administração Indireta, deixando-se de comentar sobre as entidades paralelas em virtude do corte didático-metodológico dado ao estudo em tela.

Antes, porém, consigna-se que há grande polêmica quanto às fundações governamentais, porquanto a doutrina e jurisprudência vacilam a respeito da sua natureza, da sua compostura jurídica³⁵. Aqui, adota-se o entendimento predominante de que as *fundações governamentais*, criadas para o desempenho de atividades de cunho social, podem ser tanto de regime jurídico *de direito público* (quando, então, afiguram-se como espécies de autarquia, com o mesmo regime jurídico e, assim, sendo ditas *fundações autárquicas*), como *de direito privado* (em verdade, um regime jurídico híbrido e especial, com prevalência de normas de direito privado, assemelhando-se ao das empresas públicas e sociedades de economia mista).

Quanto à *autonomia administrativa e financeira*, esta é mais ampla para as autarquias e para as fundações governamentais públicas (fundações autárquicas), vez que titulares das atividades que desempenham, sendo em menor grau para as fundações governamentais privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas, principalmente quando autorizatárias, permissionárias ou concessionárias públicas, pois que, em tais hipóteses, apenas desempenham as atividades administrativas, restando a titularidade com os terceiros da Administração Direta ou Indireta. Claro que essa

³⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em postura doutrinária divergente da de Celso Antônio Bandeira de Mello – para quem somente são de direito público (*Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, p. 185-186) –, assevera que ao a lei autorizar a criação da fundação (nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988), ela pode fazê-lo atribuindo-lhe uma *personalidade de direito privado* para desempenho de atividades de relevo social e sem fins lucrativos (art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/67), segundo a norma prevista pelo art. 62, parágrafo único, do Código Civil, malgrado a maioria do capital continue sendo público (natureza jurídica híbrida) (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 403-411).

“autonomia” é sempre relativa e circunscrita aos termos da lei de sua respectiva criação, porquanto não pode implicar, jamais, ausência de tutela, de fiscalização da Administração Direta (inclusive acionária) e da população (controle social).

Quanto à *criação*³⁶, enquanto as autarquias o são por lei específica, com atribuição de competências administrativas próprias, os demais entes dependem de autorização legal também específica para tanto, sendo importante explicar-se que lei complementar define as áreas de atuação das fundações governamentais (públicas ou privadas) e que a personalidade jurídica, para estas, as sociedades de economia mista e empresas públicas, cria-se através da transcrição escritural pública de constituição no registro, como também, para as últimas duas, por meio de desapropriações de ações de sociedade privada ou subscrição de ações de sociedades anônimas de capital particular. E quanto à *extinção*, esta se dá igualmente ao que ocorre com a criação, isto é, à luz do paralelismo de forma e hierarquia deste ato jurídico³⁷.

No que tange ao *capital social*, nas autarquias, empresas públicas e fundações governamentais públicas ele é integralmente estatal e sob a gestão pública, sendo que, em relação às sociedades de economia mista, embora a sua gestão também seja pública, ele é misto (público e particular), com a maioria votante sendo pública. No caso das fundações governamentais privadas, o capital pode ser inteiramente público ou semipúblico (e, nesse caso, também semiprivado), e os respectivos bens são havidos como privados, sob gestão dos órgãos dirigentes da entidade (previstos em seu estatuto), ressalvadas eventuais restrições ou impedimentos a respeito na lei autorizadora da sua criação.

A *forma constitutiva* das sociedades de economia mista é somente de sociedade anônima (S.A.), restando lembrar que, por vedação legal, não podem ser sócias umas das outras. Já as empresas públicas aceitam ser constituídas sob qualquer forma (S.A., Ltda.), com o capital estatal que as compõe podendo ser proveniente tanto da Administração Direta quanto da Indireta.

A *responsabilidade perante terceiros* para as autarquias, as fundações governamentais (públicas ou privadas) e para as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos (ou atividades públicas em geral) e/ou

³⁶ Vide o art. 37, XIX, da CF, c/c os incisos I e II, do art. 114, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

³⁷ Vide, especificamente quanto às fundações governamentais: GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. revista e atualizada, 2009, p. 332.

realizadoras de obras públicas (sob um regime jurídico prevalente de direito público), é claramente *objetiva* (ou seja, dependendo apenas da prova do nexo de causa entre o dano e a conduta danosa) para as *condutas comissivas* (art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988), sendo que para as *omissivas*, há que se analisar dolo ou se o serviço funcionou mal, tardiamente ou se sequer existiu, ou seja, a dita *faute de service* do direito francês (modalidade publicizada da culpa), restando, em todos os casos, a responsabilidade da Administração Direta de forma subsidiária. Também se aplica a elas a teoria da responsabilidade *objetiva*, segundo uma relação risco-proveito, ante atividades de guarda de bens ou pessoas perigosas, ou em outras hipóteses quando o Estado, ainda que não seja o autor do dano, acabou concorrendo para o seu surgimento de forma mediata com uma ação positiva sua (e. g., explosão de paiol de munição das Forças Armadas), bem como nas demais hipóteses de “culpa presumida”, em que há necessidade de prova, por parte do Estado, de que nela não incidiu³⁸.

Para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica (sob um regime jurídico prevalente de direito privado), sua responsabilidade é *subjetiva*, ou seja, dependendo da prova de dolo ou culpa quanto ao dano causado, sendo de se mencionar a possibilidade de falirem, sem qualquer respaldo subsidiário do Estado, a fim de que não realizem concorrência desleal com os demais particulares (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988).

Por fim, os *agentes públicos* das autarquias e fundações governamentais públicas submetem-se ao regime jurídico estatutário ou sob as normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Já os demais entes, têm seus agentes afetados, via de regra, pelas normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Há, ainda, que se realizarem algumas breves considerações sobre as *autarquias especiais*, ou *sob regime especial*, e as ditas *agências executivas* (arts. 51 e 52, da Lei 9.649/98), deixando-se para o tópico seguinte a discussão sobre o papel regulatório das autarquias especiais.

As *autarquias especiais*, ou *de regime especial*, nos dias de hoje, por essa designação, não dizem mais respeito exclusivamente às universidades e seu acentuado teor de independência administrativa em relação ao controle exercido pela Administração

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2007, item “85”, p. 218-219.

Direta, mas também às chamadas *agências regulatórias*, cujo regime especial traz como traço característico e marcante a nomeação dos seus dirigentes, com mandato a prazo certo, pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado.

De outro lado, a designação “*agência executiva*”, nos termos dos arts. 51 e 52, da Lei nº 9.649/98, é a qualificação dada por ato do Presidente da República para as autarquias ou fundações governamentais públicas que tenham plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento (não havendo definição legal do que isso venha a ser) e que hajam celebrado contrato de gestão (também de teor indefinido até que sobrevenha a lei preconizada no § 8º do art. 37 da Constituição Federal de 1988) com o respectivo Ministério supervisor (leia-se União Federal, vez que o “Ministério supervisor” é seu órgão e, de conseguinte, sem personalidade jurídica para contratar).

Tal contrato de gestão visa a dar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira à denominada agência executiva, com menos controle e mediante o incentivo de regulares transferências financeiras em contrapartida ao atingimento das metas de eficiência estipuladas. Ocorre que, como o objeto desse “contrato” é matéria afeta à lei, fica esvaziada qualquer possibilidade de sua celebração válida.

A única caracterização válida para essas agências executivas, portanto, decorre da Lei nº 9.648/98, a qual lhes conferiu ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar, mediante a criação do inciso XXIV e do parágrafo único junto ao art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Terminadas essas rápidas ponderações a respeito das entidades da Administração Pública Indireta, segue-se para o tópico seguinte em que se estudará a atividade regulatória e seu desempenho no Brasil, inclusive pelas agências regulatórias.

6 REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS: DEFINIÇÃO, CLASSIFICAÇÃO E SUA DIFERENCIAÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO

Definir e classificar regulação administrativa, diferenciando-a de regulamentação nos ajustes com o Estado, para extrair-se seu conceito concertado e exercício sinérgico-associativo neste âmbito, é a tarefa necessária para se concluir sobre como ela se configura em nosso País, sobre quais os modos negociados existentes para se reger as

forças dos agentes envolvidos nos pactos administrativos, capazes de contribuir para a potenciação das prestações de serviços públicos, precedidas ou não de obras, de sorte a estas apresentarem a maior adequação possível aos interesses públicos por si versados.

Para tanto, o estudo da regulação administrativa concertada que aqui se cuida toma em consideração o modelo teórico trazido da doutrina francesa sobre o contrato administrativo³⁹, vez que encerra um corte metodológico que permite uma exposição e análise clara dos vários atos (a serem regulados) que o compõem.

A regulação administrativa concertada, em seu sentido lato, tem sido referida pela hodierna expressão “governança”, segundo uma transposição conceitual da dita “governança corporativa”, em nível local, regional, nacional e internacional (“global governance”), externando a idéia de um método ou mecanismo de regulação de conflitos ou problemas, mediante a obtenção de soluções mutuamente satisfatórias e vinculantes aos pólos de atuação, segundo negociação ou cooperação, pois que nenhum deles se revela independente o suficiente para impô-las e também, de outro lado, para delas prescindir⁴⁰.

A diferenciação entre regulação administrativa e regulamentação aplicada aos chamados contratos administrativos (ato regulamentar) não é apenas terminológica⁴¹.

No diapasão dessas premissas supra-estabelecidas, entende-se por regulação administrativa a atividade em exercício de função administrativa que conforma a atividade particular aos interesses públicos, englobando o conjunto das normas jurídicas (de modo geral) e controles administrativos⁴², divergindo do que se tem por autorregulação⁴³.

³⁹ A respeito, vide: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios...*, vol. I – Introdução, 3ª ed., 2007, p. 671-673; et “Contrato de direito público ou administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 88, abr./jun. de 1967, p. 31.

⁴⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 273-277.

⁴¹ A respeito do conceito de regulação e as várias acepções em que empregue o vocábulo, vide ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Teoria da regulação”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006, p. 119 e 123.

⁴² Vide QUEIROZ, João Eduardo Lopes. “Principais aspectos jurídicos da privatização”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006, p. 80. Sobre o sentido mais abrangente das atividades regulatórias, tem-se MEDAUAR, Odete. “Regulação e auto-regulação”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr./jun. de 2002, p. 123-128, especificamente p. 124-127.

⁴³ Segundo ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Teoria da regulação”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ,

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a regulação administrativa alcança as atividades de certo conteúdo econômico, quer de ordem pública, quer de ordem privada, como também as atividades sociais (traz regras de conduta e controle, bem como a proteção de interesses públicos mediante uma organização econômico-social⁴⁴).

Edmir Netto de Araújo distingue a atividade de regulação administrativa da de regulamentação, afirmando que a primeira, genericamente, contém a segunda, pois regramento geral para submissão às leis – cunho normatizador geral –, enquanto que regumentação encerra maior especificidade, principalmente quanto à competência e ao modo de tratamento da matéria versada⁴⁵.

A par de tais orientações, nos ajustes públicos, as atividades de regulação administrativa são as limitações aos direitos de propriedade e de liberdade (“poder de polícia”, ou como também dito nesse setor por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, regulação propriamente dita⁴⁶), pautando o agir privado em decorrência direta da lei (*supremacia geral da Administração*), enquanto que as atividades regulamentares decorrem diretamente desse vínculo jurídico específico (manifestação da chamada *supremacia especial* ou *relação especial de sujeição*⁴⁷). As ações regulatórias pactuais, saliente-se, estão também diretamente voltadas à implantação e concretização das políticas públicas setoriais⁴⁸.

João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006, p. 127.

⁴⁴ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2005, p. 205-206.

⁴⁵ “A aparente autonomia das agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre *et alii*. *Agências reguladoras*. MORAES, Alexandre de (Org.). São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

⁴⁶ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2005, p. 193.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2007, item “15” e nota de rodapé nº 18, p. 344-345.

⁴⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Agências reguladoras e entidades similares”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006, p. 374; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 204; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2009, p. 353; e AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. “Observações sobre agências reguladoras de serviço público”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003, p. 2.

Juarez Freitas afirma que regulação é tarefa, dever de Estado e não de governo, independente, autônomo e duradouro, sem favoritismos, partidarismos ou tendências governamentais, sendo vista como a tarefa magna das agências regulatórias⁴⁹.

É de se ponderar que as agências regulatórias, segundo sua atual conformação jurídica, exercem a ambas as atividades (regulação administrativa e regulamentação) no âmbito dos pactos públicos⁵⁰.

Com efeito, as agências reguladoras caracterizam-se, como dito anteriormente, pelo fato de a nomeação dos seus dirigentes se dar pelo Presidente da República, sob a aprovação do Senado, com mandato a prazo certo, que não pode ser, segundo entendimento que ora se adota, superior ao do próprio Presidente para não ferir a liberdade política do sucessor.

Outro fator que lhes conformam é a circunstância de visarem a disciplinar e controlar certas atividades, como os serviços públicos propriamente ditos (sendo exemplo a ANEEL – antes DNAEE –, ANATEL, ANTT, ANTAQ), as de fomento e fiscalização de atividade privada (como exemplo tem-se a ANCINE e a CVM - Comissão de Valores Mobiliários, pois também é autarquia sob regime especial, sem receber, todavia, o nome de “agência”), as exercitáveis para promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (*e. g.*, a ANP), as do Estado facultadas ao particular (*v. g.*, quanto à saúde: ANVISA e ANS) e o uso de bem público (por exemplo, a ANA).

Também são qualificadas quanto ao fato de o mandato dos seus dirigentes ser fixo, somente o perdendo em casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou por processo administrativo disciplinar (arts. 5º, 6º e 9º, da Lei nº 9.986/00).

Suas atividades regulatórias e de fiscalização são de ordem técnica, na forma da lei, ou no caso de permissões e concessões, consonantes às determinações da competência do poder concedente, segundo imperiosas razoabilidade e proporcionalidade.

⁴⁹ “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2006, p. 715. *Idem*. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2009, p. 264-269 e 349-354.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2005, p. 192-193.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁵¹, ao comentar sobre as agências setoriais de regulação administrativa, afirma exercerem amplo “poder normativo”⁵², havido de várias legislações, junto com o fiscalizatório, sancionatório e de dirimção de conflitos, vendo uma tripla regulação, qual seja, a “regulação de monopólios” (minimizadora dos efeitos das forças setoriais de mercado), a “regulação para a competição” (que busca a manutenção da concorrência) e a “regulação social” (a qual visa à universalização dos serviços).

Feitas tais observações sobre a *atividade regulatória* e seu desempenho pelas agências regulatórias, chega-se ao momento de se obterem as conclusões a respeito dos seus modos, das formas com as quais deve se apresentar no Direito pátrio para cumprir seu objetivo de harmonizar as relações entre o Estado e o setor privado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do que se expôs ao longo deste estudo, com supedâneo na crítica desenvolvida sobre o Direito Administrativo, a Administração Pública e sua função, como também os princípios administrativos, a estruturação da Administração Pública e os sujeitos de Direito Administrativo, conclui-se que a regulação administrativa, para as relações ditas contratual-administrativas (no âmbito dos chamados contratos administrativos e entre as prestadoras de serviços públicos⁵³), é indelegável, pois obrigatória (dever-poder da Administração), sendo voltada à organização econômico-social e ao estabelecimento de regras de conduta e controle, enquanto manifestação da supremacia geral da Administração Pública.

⁵¹ “A arbitragem e a administração pública”. In: PUCCL, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 158-159. Nessa mesma linha: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. “Observações sobre agências reguladoras de serviço público”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003, p. 2.

⁵² Dever-poder de fiel execução da lei, na dicção constitucional do art. 84, IV, sem inovação primária na ordem jurídica, consistindo, noutros casos, em meras disposições de supremacia especial.

⁵³ MODESTO, Paulo. “Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, ‘serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et alii*. *Parcerias público-privadas*. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 469-470. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2005, p. 192-193.

A expressão “regulação” tem sido utilizada para designar um direito elaborado pelas agências, haurido de modo negociado entre o Estado e o particular interessado (malgrado pouco desenvolvido no Brasil), revelando a substituição da tradicional regulação estatal pelas “regulações sociais”⁵⁴.

Ante esse contexto regulatório estatal (e não simplesmente governamental), obtém-se que as atividades regulatórias não devem ser desempenhadas conjuntamente com as de Poder contratante, regulamentares; regulador deve ser apenas regulador, e não contratante-regulamentador.

De consequência, pelo fato de as agências regulatórias misturarem ambas as atividades de regulador e contratante público (regulamentador), no modelo legal brasileiro do século XXI, possuem apenas autonomia nominal.

Outra conclusão a que se chega também é sobre a necessidade da criação da carreira de agente regulador dentro da Administração, inclusive quanto às autarquias⁵⁵, de sorte a alcançar-se a sinergia não apenas entre o Estado e o particular, mas também entre os reguladores, o que ainda precisa ser desenvolvido⁵⁶.

E tal sinergia, para ocorrer entre os reguladores (agências regulatórias, Tribunais de Contas e controladores internos, *v. g.*) e entre eles e os demais pólos de atuação nos pactos administrativos, necessita da intensificação da participação popular e do controle social na regulação (com maior cidadania ativa a ser desenhada como condição de validade no processo da atividade regulatória concertada), mediante, *e. g.*, novos mecanismos, como câmaras arbitrais internas a promoverem debates sobre questões objeto de regulação, além dos tradicionais de consultas e audiências públicas (a serem também havidas como condições de validade da regulação administrativa concertada, isto é, sob pena de nulidade)⁵⁷, trazidos pelo art. 48, da Lei Complementar nº 101/2000, consoante as alterações da Lei Complementar nº 131/2009, de modo que as regras

⁵⁴ *Ibidem*, p. 204. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2002, p. 131.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2009, p. 261-264.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 261 e 263. Como exemplo da falta de sinergia entre os reguladores vide: SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. “Conflito de competências regulatórias entre entes federativos: o caso do gás natural liquefeito”. *Interesse público*. Sapucaia do Sul (Grande Porto Alegre): Notadez, ano 8, nº 37, mai./jun. de 2006, p. 13-27.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2009, p. 358, item “IV”. Sobre as audiências públicas e seu regime jurídico, ver: MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

regulatórias e, igualmente, regulamentares ganhem maior legitimidade social e, de conseguinte, maior aceitabilidade na tomada de decisões para superação dos impasses e conflitos.

Com isso, agasalha-se a idéia do diálogo, e não da imposição, que se *deve* ter nos denominados contratos entre o Estado e os particulares, à luz de uma regulação impregnada das noções de Administração concertada⁵⁸ e segundo princípios específicos de atuação.

Daí extrai-se, em suma final, a noção de *regulação administrativa pactual concertada*, a qual de forma alguma elimina ou mitiga o poder de a Administração impor, em última hipótese, a organização econômico-social e as medidas de conduta e controle para a fiscalização, solução de conflitos e repressão de posturas indesejáveis (expressão da supremacia geral), mas incorpora a idéia de diálogo prévio com os diversos pólos de atuação nos pactos administrativos para uma melhor aceitabilidade das referidas imposições regulatórias.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003, p. 146. Nesse mesmo diapasão, sobre a necessidade das empresas e organizações não-governamentais em geral tomarem a iniciativa e assumirem algumas funções governamentais para a solução de problemas comuns à sociedade, vide: HEIDEMANN, Francisco G. “Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento”. In: HEIDEMANN, Francisco G. *et alii. Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1ª ed., 2009, p. 32-33.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, vol. I – “I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa”, 3ª ed., 1974.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Teoria da regulação”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. “Observações sobre agências reguladoras de serviço público”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. “A aparente autonomia das agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre *et alii*. *Agências reguladoras*. MORAES, Alexandre de (Org.). São Paulo: Atlas, 2002.
- ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *O estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1945.
- BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 5ª tiragem, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 10ª Ed., 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 3ª tir., 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2009.

FREITAS, Juarez. “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2006.

GARCIA, Maria. Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 2ª tiragem, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. revista e atualizada, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A arbitragem e a administração pública”. In: PUCCI, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

HEIDEMANN, Francisco G. “Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento”. In: HEIDEMANN, Francisco G. *et alii*. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1ª ed., 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEDAUAR, Odete. “Regulação e auto-regulação”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr./jun. de 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “A motivação dos atos da administração pública como princípio fundamental do Estado de Direito”. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, nº 87, 1º semestre de 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano XIV, nº 57-58, jan./jun. de 1981.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed., 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. “Contrato de direito público ou administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 88, abr./jun. de 1967.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MODESTO, Paulo. “Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, ‘serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et alii*. *Parcerias público-privadas*. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003.

NOGUEIRA, J. C. Ataliba (José Carlos de Ataliba). *O estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1945.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. “Conceituação do direito administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 121, jul./set. de 1975.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2ª tiragem, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1997.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. “Principais aspectos jurídicos da privatização”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006, respectivamente em p. 149-169.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo : L&PM Editores, 2007.

SEERS, Dudley. “What are we trying to measure?”. *Journal of development studies*. Londres: Frank Cass & Co. Ltd., v. 8, nº 3, abr./jun. de 1972.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Agências reguladoras e entidades similares”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. III, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. “Conflito de competências regulatórias entre entes federativos: o caso do gás natural liquefeito”. *Interesse público*. Sapucaia do Sul (Grande Porto Alegre): Notadez, ano 8, nº 37, mai./jun. de 2006.