

**WANDER GARCIA**

Um dos maiores especialistas em Exames e Concursos do País



PARA

# OAB

## DOCTRINA COMPLETA



### Autores

Wander Garcia  
Arthur Trigueiros  
Bruna Vieira  
Eduardo Dompieri  
Fernando Leal Neto  
Henrique Subi  
Hermes Cramacon  
Luiz Delloro  
Márcio Rodrigues  
Olney Queiroz Assis  
Renan Flumian  
Robinson S. Barreirinhas



SIGA OS AUTORES NO TWITTER PARA  
DICAS E REVISÕES

- ✓ **TODAS DISCIPLINAS DA OAB NUM ÚNICO VOLUME**
- ✓ **DOCTRINA ALTAMENTE SISTEMATIZADA ESCRITA À LUZ DO NOVO CPC**
- ✓ **CAPÍTULO DE PROCESSO CIVIL COM BASE NO NOVO CÓDIGO LEI 13.363/2016**
- ✓ **ÉTICA PROFISSIONAL ATUALIZADA ATÉ A RESOLUÇÃO 07/2016 DO CFOAB**
- ✓ **JURISPRUDÊNCIA RECENTE**
- ✓ **CONTEÚDO 100% FOCADO NA OAB**
- ✓ **BASEADO NA ESTATÍSTICA DO EXAME**

# SUPER-REVISÃO

2017 © Editora Foco

**Coordenador:** Wander Garcia

**Autores:** Wander Garcia, Arthur Trigueiros, Bruna Vieira, Eduardo Dompieri, Fernando Leal Neto, Henrique Subi, Hermes Cramacon, Luiz Dellore, Márcio Rodrigues, Olney Queiroz Assis, Renan Flumian e Robinson Sakiyama Barreirinhas

**Editor:** Roberta Densa

**Direitor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Gerente Editorial:** Paula Tseng

**Equipe Editora Foco:** Georgia Dias

**Capa:** Wilton Carvalho Garcia (WCG Propaganda & Design) e R2 Editorial

**Diagramação:** R2 Editorial

**Impressão miolo e acabamento:** Gráfica EDELBRA

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Super-revisão para OAB / Wander Garcia, coordenador. -- 7. ed.  
-- Indaiatuba, SP : Editora Foco Jurídico, 2017. -- (Coleção super-revisão)

ISBN 978-85-8242-172-7

1. Ordem dos Advogados do Brasil - Exames, questões etc. I. Garcia, Wander. II. Série.

16-07797

CDU-347.965.8(81)(079.1)

---

**Índices para Catálogo Sistemático:**

1. Exames de Ordem : Ordem dos Advogados do Brasil : Direito 347.965.8(81)(079.1)
2. Ordem dos Advogados do Brasil : Exames de Ordem : Direito 347.965.8(81)(079.1)

Impresso no Brasil (01.2017)  
Data de Fechamento (01.2017)

**Direitos Autorais:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora Foco, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

**Atualizações e erratas:** a presente obra é vendida como está, sem garantia de atualização futura. Porém, atualizações voluntárias e erratas são disponibilizadas no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br), na seção *Atualizações*. Esforçamo-nos ao máximo para entregar ao leitor uma obra com a melhor qualidade possível e sem erros técnicos ou de conteúdo. No entanto, nem sempre isso ocorre, seja por motivo de alteração de software, interpretação ou falhas de diagramação e revisão. Sendo assim, disponibilizamos em nosso site a seção mencionada (*Atualizações*), na qual relataremos, com a devida correção, os erros encontrados na obra. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br).



2017

Todos os direitos reservados à  
Editora Foco Ltda

Alameda Júpiter, 578 – Galpão 01 – American Park Distrito Industrial  
CEP 13347-653 – Indaiatuba/SP

E-mail: [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br)

[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

# APRESENTAÇÃO

**A** experiência diz que aquele que quer ser aprovado deve fazer três coisas: a) entender a teoria, b) ler a letra da lei, e c) treinar. As obras da coleção “Como Passar” cumprem muito bem os dois últimos papéis, pois trazem número expressivo de questões comentadas alternativa por alternativa, inclusive com a indicação de dispositivos legais a serem lidos. Porém, só o treinamento e a leitura de lei não são suficientes. É necessário também “entender a teoria”.

Por isso, a presente obra foi concebida exatamente para cumprir esse papel: trazer para você uma Super-Revisão da Teoria, possibilitando uma preparação completa para você atingir seu objetivo, que é a aprovação no exame.

Estudando pelo livro você certamente estará mais preparado para enfrentar o momento decisivo, que é o dia do seu exame.

O livro traz as 19 disciplinas do Exame de Ordem, incluindo capítulo de Ética com as alterações introduzidas pelo Novo Código de Ética e Disciplina e as posteriores Resoluções do Conselho Federal da OAB, além de capítulo com o Novo Direito Processual Civil atualizado pela Lei 13.363/16, Hermenêutica e Filosofia do Direito.

Além disso, ele foi construído com foco exclusivo no Exame de Ordem, a partir de estatísticas deste e das preferências da organizadora.

Tudo isso sem contar que apresenta um conteúdo forte, porém altamente sistematizado, sem prejuízo de trazer a jurisprudência atualizada de interesse para o exame.

Trata-se, assim, da Revisão dos Sonhos de quem vai fazer o Exame de Ordem!

Wander Garcia  
Coordenador

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
<b>1. ÉTICA PROFISSIONAL</b>	<b>13</b>
1. ÉTICA PROFISSIONAL E OS PRINCIPAIS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE REGEM A MATÉRIA	13
2. ADVOCACIA E ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ADVOCACIA	13
3. DA INSCRIÇÃO NA OAB	19
4. DO ESTÁGIO PROFISSIONAL	23
5. MANDATO	24
6. DIREITOS DO ADVOGADO	26
7. SOCIEDADE DE ADVOGADOS	30
8. ADVOGADO EMPREGADO	34
9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	36
10. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS	39
11. INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES	42
12. PROCESSO DISCIPLINAR	44
13. OAB E SUA ESTRUTURA	47
14. ELEIÇÕES E MANDATO NA OAB	48
15. SIGILO PROFISSIONAL	50
16. PUBLICIDADE NA ADVOCACIA	51
<b>2. DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>53</b>
1. INTRODUÇÃO	53
2. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	53
3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	55
4. ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO	58
5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES	59
6. FENÔMENOS QUE OCORREM COM A ENTRADA EM VIGOR DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO	60
7. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	61
8. PODER CONSTITUINTE	63
9. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – ASPECTOS GERAIS	64
10. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	89
11. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	94
12. ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	99
13. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA	116
14. ESTADOS DE EXCEÇÃO	119
15. ORDEM ECONÔMICA	122
16. ORDEM SOCIAL	124
17. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	127
18. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS	129
19. REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	129

<b>3. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</b>	<b>131</b>
1. INTRODUÇÃO.....	131
2. DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNO .....	131
3. FUNDAMENTOS .....	131
4. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL .....	132
5. TRATADO .....	134
6. ESTADO .....	138
7. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS .....	149
8. SER HUMANO .....	158
9. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL .....	162
10. DIREITO COMUNITÁRIO.....	163
11. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) .....	168
<b>4. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO</b>	<b>171</b>
1. INTRODUÇÃO.....	171
2. FONTES .....	171
3. REGRAS DE CONEXÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO .....	172
4. APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO .....	178
5. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL.....	179
6. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA.....	184
7. ORDEM PÚBLICA – ART. 17 DA LINDB .....	186
<b>5. DIREITO EMPRESARIAL</b>	<b>189</b>
1. TEORIA GERAL DO DIREITO EMPRESARIAL .....	189
2. DIREITO SOCIETÁRIO .....	198
3. TÍTULOS DE CRÉDITO.....	210
4. PROPRIEDADE INTELECTUAL .....	221
5. CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	224
6. DIREITO FALIMENTAR.....	230
<b>6. DIREITO DO CONSUMIDOR</b>	<b>241</b>
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	241
2. LEGISLAÇÃO .....	241
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR .....	241
4. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO .....	244
5. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO (DEFEITO).....	248
6. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO (VÍCIO).....	251
7. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE ( <i>DISREGARD OF THE LEGAL ENTITY</i> ) ..	253
8. PRÁTICAS COMERCIAIS .....	254
9. PROTEÇÃO CONTRATUAL .....	257
10. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	261
11. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SNDC .....	262
12. CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO.....	262
13. DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO: INDIVIDUAL E COLETIVA.....	262

<b>7. DIREITO CIVIL</b>	<b>267</b>
1. PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL E LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB.....	267
2. PARTE GERAL.....	275
3. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.....	306
4. DIREITO DOS CONTRATOS.....	317
5. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	336
6. DIREITO DAS COISAS.....	341
7. DIREITO DE FAMÍLIA.....	357
8. DIREITO DAS SUCESSÕES.....	381
<b>8. DIREITO PROCESSUAL CIVIL (NOVO CPC)</b>	<b>389</b>
INTRODUÇÃO: SISTEMA PROCESSUAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015, COM ALTERAÇÕES DA LEI 13.256/2016).....	389
1. TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL (PARTE GERAL DO NCPC).....	389
2. PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	421
3. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS (TÍTULO III DO LIVRO I DA PARTE ESPECIAL DO NCPC).....	440
4. PROCESSO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....	449
5. RECURSOS E PROCESSOS NOS TRIBUNAIS.....	464
6. REVOGAÇÕES E VIGÊNCIA.....	484
7. VISÃO GERAL DO PROCESSO COLETIVO.....	484
<b>9. DIREITO ADMINISTRATIVO</b>	<b>487</b>
1. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO.....	487
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	489
3. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	496
4. ATOS ADMINISTRATIVOS.....	500
5. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	513
6. AGENTES PÚBLICOS.....	525
7. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	546
8. BENS PÚBLICOS.....	552
9. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E NO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	555
10. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	565
11. LICITAÇÃO PÚBLICA.....	572
12. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	594
13. SERVIÇO PÚBLICO.....	599
14. CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	601
<b>10. DIREITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>609</b>
1. INTRODUÇÃO.....	609
2. TRIBUTO – DEFINIÇÃO.....	609
3. ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS.....	610
4. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E SUJEIÇÃO ATIVA.....	615
5. IMUNIDADES.....	617
6. PRINCÍPIOS.....	620
7. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	624

8. VIGÊNCIA, APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	627
9. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, FATO GERADOR E CRÉDITO .....	629
10. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO .....	631
11. SUJEIÇÃO PASSIVA.....	634
12. SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	641
13. IMPOSTOS EM ESPÉCIE.....	647
14. GARANTIAS E PRIVILÉGIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	658
15. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	660
16. AÇÕES TRIBUTÁRIAS .....	661
17. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS.....	664
18. SIMPLES NACIONAL.....	665
<b>11. DIREITO DO TRABALHO INDIVIDUAL E COLETIVO</b> .....	<b>667</b>
PARTE I – DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO .....	667
1. INTRODUÇÃO.....	667
2. DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	671
3. CONTRATO DE TRABALHO.....	672
4. EFEITOS RELACIONADOS AO CONTRATO DE TRABALHO.....	677
5. ASSÉDIO MORAL .....	679
6. SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	679
7. REMUNERAÇÃO E SALÁRIO .....	695
8. DURAÇÃO DO TRABALHO .....	700
9. ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	710
10. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	713
11. ESTABILIDADE ABSOLUTA E ESTABILIDADE PROVISÓRIA/GARANTIA DE EMPREGO.....	721
12. NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO.....	725
13. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS.....	731
PARTE II – DIREITO COLETIVO DO TRABALHO .....	735
1. ASPECTOS GERAIS E PRINCÍPIOS.....	735
2. ORGANIZAÇÃO SINDICAL.....	737
3. CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO .....	741
4. GREVE .....	745
<b>12. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO</b> .....	<b>749</b>
1. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO DO TRABALHO.....	749
2. ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO .....	751
3. ATOS, TERMOS, PRAZOS E NULIDADES PROCESSUAIS .....	758
4. PARTES E PROCURADORES.....	761
5. DISSÍDIO INDIVIDUAL.....	767
6. RECURSOS .....	775
7. EXECUÇÃO.....	792
8. AÇÕES ESPECIAIS .....	799
9. TUTELA PROVISÓRIA.....	804
10. REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO.....	807

<b>13. DIREITO AMBIENTAL</b>	<b>813</b>
1. INTRODUÇÃO.....	813
2. CONCEITOS BÁSICOS.....	814
3. O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	815
4. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	816
5. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL.....	817
6. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (PNMA).....	819
7. LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	820
8. SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO – SNUC.....	823
9. OUTROS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....	824
10. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....	827
11. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL.....	830
12. RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL.....	831
13. LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI 11.105/2005).....	832
14. MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE OU LEI DO PATRIMÔNIO GENÉTICO E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO (LEI 13.123/2015).....	834
<b>14. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>	<b>835</b>
1. TRATAMENTO NA CF, NORMATIVA NO DIREITO INTERNACIONAL, ESTRUTURA, CONCEITOS BÁSICOS E PRINCÍPIOS.....	835
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS I.....	836
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS II – DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA (ASPECTOS GERAIS).....	838
4. DIREITOS FUNDAMENTAIS III – GUARDA E TUTELA.....	839
5. DIREITOS FUNDAMENTAIS IV – DA ADOÇÃO, DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER E DO DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO.....	840
6. PREVENÇÃO E MEDIDAS DE PROTEÇÃO.....	843
7. ATO INFRACIONAL E GARANTIAS PROCESSUAIS.....	845
8. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS I.....	847
9. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS II E REMISSÃO.....	848
10. MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEL E CONSELHO TUTELAR.....	849
11. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	851
12. CRIMES E INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	852
<b>15. DIREITO PENAL</b>	<b>855</b>
PARTE GERAL.....	855
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO PENAL.....	855
2. DIREITO PENAL E SUA CLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS.....	858
3. FONTES DO DIREITO PENAL.....	860
4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	861
5. APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	863
6. TEORIA GERAL DO CRIME.....	866
7. DAS PENAS.....	877
8. CONCURSO DE CRIMES.....	884

9. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA ( <i>SURDIS</i> ) .....	885
10. LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	886
11. EFEITOS DA CONDENAÇÃO E REABILITAÇÃO.....	887
12. MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	888
13. PUNIBILIDADE E SUAS CAUSAS EXTINTIVAS .....	889
PARTE ESPECIAL.....	893
1. CLASSIFICAÇÃO DOCTRINÁRIA DOS CRIMES. INTRODUÇÃO À PARTE ESPECIAL DO CP.....	893
2. CRIMES CONTRA A VIDA.....	894
3. LESÃO CORPORAL.....	901
4. CRIMES DE PERIGO INDIVIDUAL.....	904
5. CRIMES CONTRA A HONRA .....	909
6. CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL.....	914
7. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO .....	918
8. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	929
9. CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO.....	932
10. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA.....	934
11. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	936
LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL.....	939
1. CRIMES HEDIONDOS (LEI 8.072/1990) .....	939
2. LEI DE TORTURA (LEI 9.455/1997).....	941
3. LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006) .....	943
4. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003) .....	946
5. CRIMES DE TRÂNSITO – LEI 9.503/1997 – PRINCIPAIS ASPECTOS.....	949
6. ABUSO DE AUTORIDADE – LEI 4.898/1965.....	956
7. CRIMES CONTRA O CONSUMIDOR – LEI 8.078/1990.....	961
8. CRIMES FALIMENTARES – LEI 11.101/2005.....	967
9. CRIMES AMBIENTAIS – LEI 9.605/1998 .....	970
<b>16. PROCESSO PENAL .....</b>	<b>979</b>
1. LINHAS INTRODUTÓRIAS .....	979
2. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL .....	979
3. INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL.....	980
4. LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO, NO TEMPO E EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS.....	980
5. SISTEMAS (OU TIPOS) PROCESSUAIS PENAIIS .....	982
6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIIS .....	983
7. INQUÉRITO POLICIAL (IP) .....	987
8. AÇÃO PENAL.....	997
9. AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> .....	1006
10. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA .....	1008
11. QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES.....	1018
12. PROVA.....	1022

13. SUJEITOS PROCESSUAIS .....	1035
14. PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA (DE ACORDO COM A LEI 12.403/2011) .....	1039
15. CITAÇÕES E INTIMAÇÕES .....	1055
16. SENTENÇA PENAL.....	1057
17. PROCEDIMENTOS PENAIS .....	1060
18. NULIDADES .....	1068
19. RECURSOS .....	1069
20. AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO.....	1083
21. EXECUÇÃO PENAL.....	1087
BIBLIOGRAFIA.....	1107

## 17. DIREITOS HUMANOS

1109

1. INTRODUÇÃO .....	1109
2. PRINCIPAIS DOCUMENTOS NORMATIVOS DO MARCO ANTIGO DOS DIREITOS HUMANOS .....	1111
3. DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA GERACIONAL.....	1112
4. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS.....	1113
5. CLASSIFICAÇÃO .....	1115
6. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL E MITIGAÇÃO DA SOBERANIA.....	1116
7. DIREITO HUMANITÁRIO .....	1118
8. DIREITO DOS REFUGIADOS.....	1120
9. SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO.....	1122
10. SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO ESPECÍFICA.....	1128
11. SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO.....	1133
12. SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO ESPECÍFICA.....	1159
13. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO.....	1164
14. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL .....	1166

## 18. ÉTICA NA FILOSOFIA DO DIREITO

1173

1. SIGNIFICADO DA PALAVRA ÉTICA .....	1173
2. ÉTICA DOS ANTIGOS (ARETÉ) .....	1173
3. OUTRO MODELO ÉTICO DOS ANTIGOS .....	1175
4. A ÉTICA DE SÓCRATES E A NOÇÃO DE LIBERDADE.....	1177
5. A ÉTICA DE ARISTÓTELES .....	1180
6. ÉTICA ESTOICA.....	1182
7. ÉTICA EM CÍCERO .....	1183
8. AURÉLIO AGOSTINHO (354-430).....	1187
9. BOÉCIO (480-525) .....	1189
10. TOMÁS DE AQUINO .....	1191
11. OS NOMINALISTAS .....	1193
12. IMMANUEL KANT .....	1194

<b>19. HERMENÊUTICA JURÍDICA</b>		<b>1199</b>
I. HERMENÊUTICA .....		1199
1. INTRODUÇÃO.....		1199
II. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO.....		1200
1. CONCEITO.....		1200
III. TEORIAS SUBJETIVISTA E OBJETIVISTA.....		1200
1. PROBLEMÁTICA.....		1200
IV. DILEMA DA HERMENÊUTICA.....		1201
1. TENDÊNCIAS TEÓRICAS .....		1201
V. SUPERANDO O DILEMA.....		1202
1. PRÁTICA DA INTERPRETAÇÃO .....		1202
2. FUNÇÃO SIMBÓLICA DA LINGUAGEM.....		1203
VI. DIMENSÃO DA SINTAXE .....		1203
1. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL.....		1203
2. INTERPRETAÇÃO LÓGICA .....		1204
VII. DIMENSÃO DA SINTAXE .....		1204
1. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.....		1204
VIII. DIMENSÃO DA SEMÂNTICA .....		1205
1. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA.....		1205
2. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO.....		1206
IX. DIMENSÃO DA PRAGMÁTICA .....		1206
1. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E AXIOLÓGICA .....		1206
2. USO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO .....		1206
X. INTERPRETAÇÃO E PODER.....		1207
1. PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.....		1207

# 9. DIREITO ADMINISTRATIVO

Wander Garcia

## 1. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

### 1.1. CONCEITO DE REGIME JURÍDICO

**Regime jurídico** pode ser conceituado como *o conjunto harmônico de princípios e normas que incidem sobre determinada categoria ou instituto de direito*.

No sentido mais amplo possível, há dois grandes regimes jurídicos, o de direito público e o de direito privado.

### 1.2. Direito público e direito privado

Costuma-se dividir o direito objetivo nessas duas grandes espécies. Tal divisão é feita tendo em vista a diferença de **regime jurídico**.

No **regime jurídico de direito público**, vigem dois princípios basilares, quais sejam, o da *supremacia do interesse público sobre o privado* e o da *indisponibilidade do interesse público*.

Pelo princípio da **supremacia do interesse público sobre o privado**, a relação entre o Estado e o particular é *vertical*, ou seja, há uma *hierarquia*. Isso se expressa em institutos como a *desapropriação*, da qual o particular não pode se esquivar, e as *cláusulas exorbitantes*, que permitem ao Poder Público modificar unilateralmente um contrato administrativo, independentemente da concordância do contratado.

Já pelo princípio da **indisponibilidade do interesse público**, o Estado fica obrigado a velar pela proteção incondicional e irrestrita dos bens e interesses do povo. Em virtude desse princípio, o agente público só pode fazer o que a vontade do povo (expressa na lei) permite, obedecendo-se ao *princípio da legalidade*. Além disso, tal princípio vai exigir que em todas as compras estatais se busquem as melhores condições, daí a necessidade de se fazer *licitação*. Os *bens públicos* são, ainda, inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

No **regime jurídico de direito privado**, por sua vez, há dois princípios basilares, quais sejam, o da *igualdade* e o da *autonomia da vontade*.

Pelo **princípio da igualdade**, as pessoas estão numa relação *horizontal*, ou seja, não há uma hierarquia entre elas. Assim, ninguém pode tomar a propriedade do outro à força (*autotutela*). Um contratante não pode mudar unilateralmente um contrato independentemente da vontade da parte contrária.

Não se deve esquecer, todavia, que a igualdade supõe tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, de modo que em algumas situações, como no caso dos incapazes, algumas pessoas poderão ter mais direitos do que outras.

Pelo **princípio da autonomia da vontade**, as pessoas podem fazer tudo o que quiserem, salvo o que a lei proíbe. Assim, diferentemente do que ocorre com os agentes públicos, se não houver proibição legal, os particulares podem agir à vontade. Podem doar bens, podem comprar onde quiserem e o que quiserem.

E **como se sabe** se uma dada situação de fato será regida pelo direito público ou pelo direito privado?

As relações fáticas em que houver o Estado em **qualquer dos polos** serão regidas pelo direito público, salvo quando o Estado estiver se valendo, com a permissão legal, de um instituto de direito privado, como quando emite um cheque ou quando é locatário de um imóvel. No mais, ou seja, quando estiver celebrando um contrato, desapropriando, aplicando sanções ou atuando em suas demais tarefas, estará sendo regido pelos princípios e regras do direito público.

São ramos do Direito Público Interno os Direitos Constitucional, Administrativo, Tributário, Ambiental, Processual do Trabalho, Processual Civil, Processual Penal, Penal, entre outros. São ramos do Direito Público Externo o Direito Internacional Público, que regula as relações entre Estados e organismos internacionais, e o Direito Internacional Privado, que regula as relações entre pessoas ligadas a diferentes Estados.

As **demais relações**, ou seja, as relações entre particulares, ou aquelas em que o Estado atua em pé de igualdade com o particular, são regidas pelo direito privado.

O Direito Administrativo, que nos interessa na presente obra, tem, assim, **natureza jurídica** (também chamada de **taxinomia**) de Direito Público.

### 1.3. Conceito de Direito Administrativo

Vários critérios foram utilizados para tentar conceituar o Direito Administrativo.

O primeiro foi o critério do “Poder” (o direito administrativo regula a autoridade estatal), que se seguiu aos critérios do “Serviço Público” (o direito administrativo regula os **serviços públicos** em geral – **serviços públicos** em sentido amplo, portanto), do “Poder Executivo” (o direito administrativo regula a atividade do Poder Executivo), das “Relações Jurídicas” (o direito administrativo regula as relações entre a Administração e os administrados), “Teleológico” (o direito administrativo regula a atividade do Estado para cumprir os seus fins) e ao critério da “Administração Pública”.

Nesse último critério, o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem a Administração Pública. Trata-se do critério mais adotado entre os juristas.

### 1.4. Atividade administrativa

A Administração Pública tem deveres extremamente importantes para com a sociedade. Tais deveres englobam tarefas de *segurança*, de *fiscalização e controle* de condutas antissociais, de *regulação* e de *oferecimento de serviços essenciais*, como educação, saúde, energia elétrica, água, transporte, de fomento, dentre outros. Para que tais deveres sejam devidamente cumpridos é necessário que haja um regime jurídico diferenciado, um **regime jurídico de direito público**, que tem, conforme já visto, duas grandes marcas: a)

supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) indisponibilidade do interesse público.

Porém, não se pode esquecer que o Poder Público age em **três grandes atividades**, quais sejam: a) *atividade legislativa*, de elaborar leis; b) *atividade administrativa*, de executar direta e concretamente a lei; c) *atividade jurisdicional*, de aplicar a lei, mediante provocação, com o fito de compor conflitos de interesse caracterizados por pretensões resistidas.

A *atividade legislativa* é objeto do Direito Constitucional, destacando-se o tema do “processo legislativo”.

A *atividade jurisdicional* é objeto do Direito Processual (penal, civil, do trabalho etc.).

Já a *atividade administrativa* é objeto do Direito Administrativo. Esse ramo do Direito regula o chamado **regime jurídico administrativo**, que também pode ser definido como *o conjunto harmônico de princípios e normas que regem a Administração Pública, em sua função de realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*.

É importante destacar que o Direito Administrativo rege toda e qualquer atividade da Administração, seja ela do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, já que os dois últimos poderes também exercem (atipicamente) atividades administrativas. Por exemplo, quando exercer o poder disciplinar sobre servidores ou fazer licitação para adquirir bens.

Assim, um membro do Poder Judiciário (magistrado) pratica tanto atos jurisdicionais (ex.: quando exara uma sentença) como atos administrativos (ex.: quando aplica uma advertência ao servidor do fórum).

Enfim, todos os poderes têm sua Administração Pública e, assim, praticam atos administrativos, inclusive o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que apesar de o fazê-lo atipicamente, atua, assim, em atividade administrativa.

### 1.5. Origem do Direito Administrativo

Só é possível falar-se em regime jurídico administrativo com o aparecimento do Estado de Direito, em que a lei passa a valer tanto para os administrados como para o administrador.

Tal se deu com o declínio dos regimes absolutistas, marcados pela vontade incontestável dos soberanos, e que foi perdendo espaço, até se extinguir, após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1796).

Os Estados de Direito, por sua vez, valeram-se da ideia de separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1748), segundo o qual faz-se necessária a distribuição de tarefas entre órgãos distintos para que não haja a perniciosa concentração de poder numa pessoa só. Por outro lado, para que cada órgão que receba um poder não abuse deste, faz-se também necessário que haja um sistema de controle de um poder pelo outro.

A partir do aparecimento desses dois elementos – a) subordinação do Estado à lei (Estado de Direito) e b) divisão de tarefas entre órgãos estatais com sistema de controle de

um pelo outro (Separação de Poderes) – tem-se os pressupostos para existência do Direito Administrativo.

### 1.6. Fontes do Direito Administrativo

Quando se pergunta “quais são as fontes do Direito”, fica sempre a dúvida sobre a qual fonte a indagação se refere. Existem *fontes criadoras* do Direito (legislador, por exemplo). Há *fontes formais* do Direito (a lei, por exemplo). Há *fontes históricas* do Direito (fatos históricos marcantes que deram origem à modificação de uma lei).

As **fontes formais** do Direito podem ser divididas em duas espécies: principais e acessórias.

As **fontes formais principais** são: a lei, a analogia, o costume e os princípios gerais do direito. Como adotamos o sistema romano-germânico, de início, só a lei é fonte formal principal. Apenas em caso de lacuna é que se admite que o aplicador se valha da analogia, do costume e dos princípios gerais, nessa ordem, como fonte formal jurídica (art. 4º da LINDB).

Quanto ao costume, que consiste na **prática reiterada de determinado ato, com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica**, não se confunde com a praxe administrativa que é a prática burocrática rotineira adotada na Administração, sendo que o primeiro é considerado fonte formal e o segundo não é considerado fonte do Direito Administrativo, apesar de se tratar de meio útil para resolver problemas administrativos, desde que atendido o princípio da legalidade.

Para completo entendimento do assunto, é importante destacar que, por lei, deve-se entender norma constitucional, lei ordinária, lei complementar, lei delegada, resolução legislativa, decreto legislativo e medida provisória.

Já as **fontes formais secundárias ou acessórias** são: os decretos, as resoluções administrativas, as instruções normativas, as portarias etc. São acessórias pois guardam obediência a uma fonte principal.

Doutrina e jurisprudência são consideradas, tradicionalmente, como *fontes não formais* ou *fontes indiretas* (mediatas). Isso porque trazem preceitos não vinculantes. São também consideradas *fontes meramente intelectuais* ou *informativas*.

Há de se fazer alguns temperamentos com relação à jurisprudência. Isso porque, apesar de um entendimento reiterado pelos tribunais não ter força de lei, a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu que o Supremo Tribunal Federal poderá, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula, que terá efeito vinculante e incidirá sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia (art. 103-A da CF).

Tais súmulas, ainda que declarativas em relação ao que é Direito, poderão ser consideradas verdadeiras fontes formais, já que têm eficácia *erga omnes*.

### 1.7. Conceito de Administração Pública

O Estado tem três Poderes independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário). Porém, é

por meio da **Administração Pública** que o Estado atua, tratando-se esta do aparelhamento necessário à realização de sua finalidade.

Em sentido **formal**, Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos fins do Governo (que é o comando, a iniciativa).

Em sentido **material**, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.

E em sentido **operacional**, é o desempenho sistemático dos serviços estatais.

O fato é que a Administração é o instrumento de que se vale o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo.

Tal atuação se dará por intermédio de *entidades* (pessoas jurídicas), *órgãos* (centros de decisão) e de *agentes* (pessoas investidas em cargos, empregos e funções).

### 1.8. Sistemas de Controle Jurisdicional da Administração

Acerca do Sistemas de Controle Jurisdicional da Administração há duas espécies: a) o sistema do contencioso administrativo (sistema francês); b) o sistema judiciário (sistema inglês).

O Brasil adotou o segundo, ou seja, o sistema da jurisdição única, de maneira que compete apenas ao Poder Judiciário a jurisdição sobre o controle de atos administrativos postos em disputa.

Na Europa continental, por sua vez, há órgãos independentes e autônomos da própria Administração destinados a efetuar o controle dos atos administrativos. Trata-se da chamada *dualidade de jurisdição* (ou *contencioso administrativo*), em que um órgão exerce a jurisdição sobre os atos administrativos e o Poder Judiciário a exerce sobre os demais atos e fatos jurídicos. Na França, por exemplo, o Conselho de Estado é quem faz esse papel de exercer a jurisdição sobre atos administrativos, ficando o Judiciário responsável pelos demais conflitos de interesse. Quanto ao Conselho de Estado há os chamados tribunais administrativos, que se sujeitam a ele, que funciona como juízo de apelação, de cassação e até de juízo originário e único de determinados litígios administrativos.

Em suma, o Brasil adotou outro sistema, o anglo-americano, em que não existe essa dualidade, cabendo apenas ao Poder Judiciário exercer a jurisdição, de modo que é este que faz todo e qualquer controle jurisdicional sobre atos administrativos.

Como exceção, temos a possibilidade de um ato da Administração vir a ser apreciado por uma corte de arbitragem, mas nos casos taxativamente estabelecidos em lei, que, em verdade, se limitam a tratar de aspectos comerciais e técnicos não relacionados à determinações administrativas que busquem assegurar o interesse público. Por exemplo, o art. 23-A da Lei 8.987/1995 permite o uso de arbitragem em matéria de concessões de serviço público. Isso significa que, caso a Administração modifique o regulamento do serviço a ser prestado pela concessionária, aumentando

os custos desta mas sem um aumento no mesmo patamar na remuneração da concessionária, esta poderá discutir a questão junto a uma corte arbitral, mas limitada à questão da remuneração, não podendo querer que uma corte arbitral discuta se foi de interesse público ou não a modificação no regulamento do serviço, discussão essa que, ressalvado o mérito administrativo, só poderá ser feita no âmbito do Poder Judiciário.

## 2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 2.1. Introdução

Princípios são *normas jurídicas de especial relevância e alta carga valorativa que, além de vincular, servem de vetor interpretativo a todos os destinatários do Direito*.

Os princípios gerais do Direito Administrativo decorrem de dois outros basilares, quais sejam, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público.

### 2.2. Princípios basilares do direito administrativo (supraprincípios ou superprincípios)

O princípio da **supremacia do interesse público sobre o interesse privado**<sup>1</sup> parte da ideia de que o fim do Estado é o bem comum, e não o individual. Assim, deve prevalecer o interesse público, o interesse comum, e não o interesse particular que cada um tem.

Essa supremacia pode ser verificada nas seguintes *prerrogativas* da Administração: a) presunção de legitimidade dos atos administrativos; b) prazos maiores no processo civil; c) prazo prescricional menor contra o Estado; d) imperatividade, exigibilidade, coercibilidade e autoexecutoriedade de boa parte dos atos administrativos, atributos esses que permitem a autotutela da Administração, que não precisa buscar o Poder Judiciário para a imposição de grande parte de seus atos.

A doutrina diferencia a chamada *supremacia estatal geral*, que incide sobre todas as pessoas, da *supremacia estatal especial*, que incide sobre as pessoas com quem o Estado tem relação jurídica específica. A submissão de todos nós às leis de trânsito é um exemplo da supremacia estatal geral. Já a submissão das concessionárias de serviço público às imposições do Poder Concedente é exemplo da supremacia estatal especial.

O princípio da **indisponibilidade do interesse público**, por sua vez, decorre da ideia de República (coisa de todos).

1. Celso Antônio Bandeira de Mello define interesse público como o "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem" (*Curso de Direito Administrativo*, p. 59). Aliás, o interesse público pode ser primário (verdadeiro interesse público) ou secundário, interesse que diz respeito apenas à pessoa jurídica estatal (que não é verdadeiro interesse público), como o interesse de arrecadar mais tributos. Hely Lopes Meirelles, por sua vez, entende por interesse público as "aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressa de seus membros" (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 81).

Ele indica que os interesses públicos não podem ser objeto de disposição, devendo o Poder Público velar por sua proteção e promoção. A ordem jurídica trará o perfil do que é interesse público, cabendo à Administração Pública buscar seu atendimento. Decorrem desse princípio os seguintes: a) princípio da legalidade; b) princípio da isonomia; c) princípio da motivação; d) princípio da publicidade, dentre outros.

Passemos, agora, ao estudo dos demais princípios do Direito Administrativo, que, repita-se, são expressões dos dois acima referidos.

## 2.3. Princípios do Direito Administrativo em espécie

### 2.3.1. Princípio da legalidade

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele pelo qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei determinar ou permitir*.

O princípio da legalidade está **previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

Trata-se de princípio próprio do Estado de Direito. Aliás, o Direito Administrativo nasce justamente com o aparecimento desse tipo de Estado.

O princípio em questão afirma que a atividade administrativa é sublegal, devendo expedir comandos complementares à lei. É muito famosa a frase de Seabra Fagundes a respeito da legalidade: “administrar é aplicar a lei de ofício”.

Na **prática**, isso significa que a Administração Pública não pode fazer coisa alguma sem que haja uma lei prévia dizendo que ela está autorizada ou tem a obrigação de fazê-la.

Recentemente, tomei conhecimento de um **exemplo** interessante: o Prefeito de uma determinada cidade resolveu baixar um ato administrativo determinando que todo o comércio local fechasse aos domingos, sem que houvesse lei alguma na cidade trazendo essa determinação. Tal conduta fere o princípio da legalidade, pois o Prefeito só poderia ter agido se houvesse uma lei municipal nesse sentido.

O Chefe do Poder Executivo tem o poder de regulamentar a lei, e não de fazer a própria lei. Nesse sentido, o art. 84, IV, da CF dispõe que o Presidente da República – e os demais Chefes do Executivo (Prefeito e Governador) – tem competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei. Esses decretos têm por objetivo explicar a lei e dizer como ela deverá ser cumprida.

Ou seja, no Brasil temos *regulamentos de execução de lei*, e não *regulamentos autônomos de lei*.

No exemplo dado, o Prefeito daquela cidade poderia baixar um regulamento para o fim de executar a lei que proíbe o comércio aos domingos, caso a lei existisse (regulamento de execução de lei). Mas não poderia criar a própria proibição do comércio por meio de um decreto (regulamento autônomo de lei).

O princípio da legalidade é tão forte que no Direito brasileiro há pouquíssimas **exceções**.

A primeira exceção diz respeito aos *regulamentos autônomos de lei*. O art. 84, VI, da CF criou duas exceções, em que o Chefe do Executivo poderá, por decreto, fazer algo que somente a lei poderia fazer: a) dispor sobre a organização

e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Um exemplo da situação “a” é um Prefeito, por decreto, transformar uma secretaria municipal em outra secretaria municipal (ex.: transformar a secretaria de administração em secretaria de gestão pública). O que não é possível é extinguir ou criar um órgão público, mas transformar um órgão é plenamente possível.

Um exemplo da situação “b” é um Prefeito, por decreto, extinguir 30 cargos de telefonista da prefeitura, por estarem vagos esses cargos e não haver mais interesse em provê-los, em virtude da tecnologia dos sistemas de telefonia não mais requerer tantos cargos de telefonista numa repartição pública.

A segunda exceção ao princípio da legalidade é a *medida provisória* (art. 62, CF). Com efeito, a medida provisória, apesar de não ser *lei em sentido estrito*, tem *força de lei*.

Assim, é possível que uma medida provisória, mesmo que não haja lei sobre um dado assunto, inove na ordem jurídica e determine algo para a Administração Pública.

Parte da doutrina faz uma diferenciação entre a *legalidade* e a *reserva legal*. Há matérias que podem ser reguladas por lei e por medida provisória, hipótese em que se fala em obediência à legalidade. Há matérias que só podem ser reguladas por lei em sentido formal, hipótese em que se fala em obediência à reserva legal. As matérias mencionadas no parágrafo anterior obedecem ao princípio da reserva legal. Como exemplo, temos o direito penal, matéria que só pode ser regulada por lei, nunca por decreto ou medida provisória (art. 5º, XXXIX, CF).

Vale, também, diferenciar o princípio da legalidade para a Administração, com o **princípio da legalidade para o particular**. O primeiro está previsto no art. 37, *caput*, da CF, ao passo que o segundo, no art. 5º, II, da CF (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). O primeiro dispõe que a Administração só pode fazer o que a lei determinar ou permitir, enquanto que o segundo dispõe que o particular pode fazer o que bem entender, a não ser o que a lei proibir. Portanto, a Administração está amarrada, presa. Ela só pode fazer algo se a lei desamarrar e permitir que esse algo seja feito. Já o particular está livre, podendo fazer o que quiser. Ele só ficará impedido de fazer algo quando vier uma lei proibindo que ele o faça.

Por fim, importante darmos uma palavra sobre o **princípio da juridicidade**. Esse princípio pode ser visto como estágio evolutivo atual do princípio da legalidade, pois exige do administrador público atuação em conformidade não só com a lei, em sentido formal, mas com todo o direito; muito mais do que respeitar a *legalidade estrita*, o que se espera hoje é que o administrador atenda ao *Direito* como um todo, ou seja, busque uma decisão de acordo com a *juridicidade* ou *legitimidade*, daí a ideia de que, mais do que o respeito ao princípio da legalidade, o administrador tem que respeitar o princípio da juridicidade.

### 2.3.2. Princípio da impessoalidade

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe tratamento igualitário às pessoas, respeito à finalidade e também a ideia de que os atos dos agentes públicos devem ser imputados diretamente à Administração Pública e nunca à pessoa do agente*.

O princípio da impessoalidade está **previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

Repare que o princípio tem três comandos: a) *impõe igualdade de tratamento*; b) *impõe respeito ao princípio da finalidade*; c) *impõe neutralidade do agente*, que não pode fazer autopromoção.

Um exemplo de violação ao primeiro comando (“a”) é o agente público, responsável para julgar a concessão de alvarás para construção, dar prioridade aos pedidos de alvará formulados por amigos seus em detrimento das demais pessoas que tiverem pedido o alvará em data anterior.

Um exemplo de violação ao segundo comando (“b”) é o agente público usar um ato que tem uma finalidade legal “X” com o objetivo de atender a uma finalidade “Y”, como ocorre quando se utiliza o ato “remoção” – cuja finalidade é organizar melhor as funções de agentes públicos ou transferir um agente público para outro local, a pedido deste – com a finalidade de punição.

Um exemplo de violação ao terceiro comando (“c”) é um Prefeito determinar a utilização de um símbolo usado na sua campanha eleitoral em todas as obras da prefeitura. Tal situação é expressamente vedada pelo art. 37, § 1º, da CF, que dispõe que a publicidade oficial deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, *símbolos* ou imagens que caracterizem *promoção pessoal*.

O terceiro comando do princípio da impessoalidade também tem outros tipos de reflexo. Um deles é a possibilidade de reconhecer a validade de atos praticados por funcionário público irregularmente investido no cargo ou função sob o fundamento de que tais atos configuram atuação do órgão e não do agente público. Isso ocorre, pois, se todos os atos praticados pela Administração são *imputados* diretamente a esta (o agente público é neutro, ou seja, é um mero órgão da Administração), mesmo os atos praticados por alguém irregularmente investido em função pública poderão ser considerados válidos já que, em última análise, são atos da Administração e podem ser preservados se estiverem de acordo com as demais normas jurídicas.

### 2.3.3. Princípio da moralidade administrativa

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe obediência à ética da Administração, consistente no conjunto de preceitos da moral administrativa, como o dever de honestidade, lealdade, boa-fé e probidade*.

O princípio está **previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

O art. 11 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) juridiciza (torna jurídico) preceitos morais a serem seguidos, como a *honestidade* e a *lealdade* às instituições.

Todavia, a Constituição não determina que a moralidade exigida por seu art. 37, *caput*, esteja juridicizada. Aliás, se assim o fosse, bastaria a exigência de respeito ao princípio da legalidade. A Constituição também não está se referindo à moralidade comum, pois o art. 5º, LXXIII, da CF, ao tratar das hipóteses de cabimento de ação popular, é mais específico no tema e usa a expressão completa, qual seja, “moralidade administrativa”, que é a moralidade no interior da administração e não no bojo da sociedade como um todo.

Assim, quando a Constituição exige, também, respeito à moralidade está impondo o dever de atendimento a moralidade administrativa (e não à moralidade comum), mas não está se referindo a uma moralidade juridicizada<sup>2</sup>, mas a uma moralidade extraída da prática diária da boa administração. Ou seja, está-se exigindo um comportamento com respeito aos padrões éticos de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade. Aliás, nesse sentido é o disposto no art. 2º, parágrafo único, IV da Lei 9.784/1999, no Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal (Decreto 1.171/1994) e na Lei 8.112/1990.

São exemplos de atos que ferem o princípio da moralidade administrativa os seguintes: a) Prefeito e Câmara aumentam a remuneração dos agentes públicos em demasia a fim de se fortalecerem e de inviabilizarem economicamente a gestão posterior; b) Prefeito e Câmara geram grande diminuição de impostos para a gestão seguinte, com a mesma finalidade espúria mencionada; c) desapropriação realizada com o fim de prejudicar um inimigo político; d) uso de cartões corporativos do governo para gastos de ordem pessoal.

Não é necessária lesão ao erário para o desrespeito a esse princípio. Um prefeito que desapropria um imóvel com a finalidade de prejudicar um inimigo político estará sujeito à invalidação dessa desapropriação pela violação ao princípio da moralidade, mesmo que o imóvel fosse necessário mesmo e que não houvesse, então, prejuízo econômico com o ato.

### 2.3.4. Princípio da publicidade

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe ampla divulgação dos atos oficiais, para conhecimento público e início dos efeitos externos*.

O princípio da publicidade está **previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

O conceito apresentado revela que o princípio tem dois grandes **sentidos**: a) garantir que todos tenham conhecimento das coisas que acontecem na Administração Pública;

2. Vale dizer, todavia, que a doutrina *não é pacífica* sobre esse entendimento, ou seja, de que a noção de moralidade administrativa não depende da moralidade juridicizada. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, entende, com base em estudo de Márcio Cammarosano, que “não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa” (*Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed., p. 120). Em outro extremo, Maria Sylvania Zanella Di Pietro entende, fundamentada na lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que “mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (*Direito Administrativo*. 25. ed., p. 79), ou seja, mesmo a imoralidade comum viola o princípio em questão.

b) garantir que os atos oficiais só tenham efeitos externos após sua publicação.

Com isso, os cidadãos em geral poderão exercer sua cidadania, questionando atos governamentais, solicitando o controle destes e até ingressando com ações contra atos que estejam em desacordo com a ordem jurídica. Da mesma forma, o Ministério Público e as demais pessoas legitimadas também terão elementos para fazer esse tipo de controle.

As pessoas individualmente prejudicadas também recebem a proteção do princípio da publicidade. Um exemplo é aquele que recebe uma multa de trânsito. Tal pessoa só terá de pagar a multa se receber uma notificação oficial no prazo previsto em lei. A notificação é, portanto, requisito de eficácia da multa aplicada. O art. 281, parágrafo único, II, da Lei 9.503/1993, dispõe que o auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente se não houver, no prazo máximo de 30 dias, notificação da autuação.

Nesse sentido, é importante reforçar a ideia de que a *publicidade* dos atos oficiais é requisito de *eficácia* dos atos administrativos, e não requisito de *existência* ou de *validade* destes.

Por outro lado, o princípio da publicidade tem **exceções**. Ou seja, há casos em que o interesse público justificará que determinados atos oficiais sejam deixados em sigilo, ainda que temporariamente.

Confira os casos em que se admite o sigilo dos atos oficiais: a) para a defesa da segurança da sociedade e do Estado; b) em investigações policiais; c) para o resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

A Lei 12.527/2011 regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, da CF (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”).

Essa lei se aplica a todos os entes federativos. Por conta dela, houve um movimento muito amplo no sentido de os entes da Administração Pública passarem a divulgar pela internet a remuneração e o subsídio dos agentes públicos, por se tratar de obrigação que decorre dos termos da lei.

Essa lei trata também dos requisitos do pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades estatais (arts. 10 a 14) e também das restrições de acesso à informação (arts. 21 a 31).

Uma regra fundamental da lei dispõe que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” (art. 21).

A lei detalha melhor os casos em que cabe sigilo por motivo de segurança da sociedade e do Estado (art. 23), sigilo esse que varia entre 5, 15 e 25 anos (informações reservada, secreta e ultrassecreta, respectivamente), bem como os casos em que cabe sigilo por motivo de respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, que poderão ter seu acesso restrito pelo prazo máximo de 100 anos (art. 31).

Por fim, vale lembrar que a propaganda oficial não pode caracterizar promoção pessoal (*vide* novamente o art. 37,

§ 1º, CF), devendo ser objetiva e com caráter informativo, educativo ou de orientação social.

### 2.3.5. Princípio da eficiência

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe o dever de a Administração Pública atender satisfatoriamente às necessidades dos administrados, bem como de o administrador público fazer o melhor, como profissional, diante dos meios de que dispõe*.

Para José Afonso da Silva, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros). O ilustre autor completa a afirmação dizendo que o princípio da eficiência “orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”.

O princípio da eficiência está **previsto** no art. 37, *caput*, da CF, por força da EC 19/1998, que o introduziu expressamente na Constituição.

Porém, mesmo antes da EC 19/1998, já se falava na Constituição em controle interno dos Poderes para atender a eficiência (art. 74, II, CF), de modo que o princípio estava no mínimo implícito na redação original da Constituição.

Ocorre que, com a **Reforma do Estado**, ocorrida em 1998, percebeu-se a necessidade de trazer um princípio geral de eficiência. Tal reforma estava preocupada em diminuir o controle de meios (administração burocrática) e focar no controle de fins (administração gerencial), controle este que se volta para os resultados, ou seja, para a eficácia.

Para concretizar o princípio da eficiência, a EC 19/1998 também trouxe para o servidor público mais um requisito para adquirir a estabilidade, qual seja, o de que passe por uma *avaliação especial de desempenho*, sendo que, mesmo depois de adquiri-la, deverá se submeter a *avaliações periódicas de desempenho*, podendo ser exonerado, caso não seja aprovado em qualquer delas (art. 41, § 1º, III, da CF). Para a Administração, a EC em questão trouxe a possibilidade de realização de *contrato de gestão*, aumentando a autonomia dos órgãos e entidades públicos em troca da fixação de metas de desempenho a cumprir (art. 37, § 8º, CF).

### 2.3.6. Princípio da segurança jurídica

#### 2.3.6.1. Considerações gerais

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe a exigência de maior estabilidade nas relações jurídicas de forma a se atender ao interesse público*.

O princípio da segurança jurídica não está **previsto** expressamente na CF. Porém, está implícito no art. 5º, XXXVI, pelo qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No plano infraconstitucional, o princípio está previsto expressamente no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

O princípio da segurança jurídica tem as seguintes **consequências**:

- a) decorre dele o dever de respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF); exemplo de aplicação dessa regra foi a decisão do STF que impediu que nova norma do Ministério da Educação aumentasse os requisitos para a concessão de financiamento estudante pelo FIES em relação a estudantes que já vinham se beneficiando do financiamento (ADPF 341, J. 27.05.2015);
- b) permite a convalidação de atos anuláveis, ou seja, de atos que podem ser repetidos sem o vício que os inquinava;
- c) permite a conversão de atos nulos em atos de outra categoria, na qual serão válidos;
- d) permite a manutenção de atos nulos expedidos há muito tempo, desde que haja excepcionalíssimo interesse público (ex.: loteamento popular antigo feito sem autorização administrativa);
- e) proíbe a aplicação retroativa de nova interpretação por parte da Administração (inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da lei acima referida); tal proibição visa a preservar a boa-fé, a confiança do administrado na Administração;
- f) protege expectativas legítimas de promessas firmes. Ex.: permissão de uso de bem público dada pelo Estado com prazo determinado, que acaba sendo revogada antes do final do prazo; com base no princípio da proteção da confiança, é possível que o permissionário requeira em juízo que continue com a permissão ou que receba indenização pela quebra da confiança;
- g) não gera direito adquirido a regime funcional ou contratual;
- h) “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado” (Súmula 654 do STF);
- i) “os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública em função de interpretação equivocada de lei, não devem ser devolvidos” (STJ, AgRg no Ag 1.423.790, DJ 30.11.2012).

### 2.3.6.2. Coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito

No tema aplicação da lei no tempo é, ainda, importante anotar que a lei nova, apesar de ter efeito imediato e geral, deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º da LINDB). A Constituição, em seu art. 5º, XXXVI, reforça o princípio ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Trata-se do **princípio da irretroatividade da lei**.

A **coisa julgada** pode ser conceituada como a *qualidade da sentença de mérito de o seu comando ser imutável. Isso se dá com o trânsito em julgado da decisão*.

O **direito adquirido** é *aquele que já se incorporou ao patrimônio de seu titular, uma vez que preenchidos, sob a vigência da lei anterior, os requisitos para a aquisição do direito*. Para a LINDB, “consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, § 2º).

O **ato jurídico perfeito** é *aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou* (art. 6º § 1º, da LINDB).

A lei não pode *prejudicar* tais valores, mas pode *beneficiar*. É por isso que a lei penal que beneficia o acusado retroage (art. 5º, XL, da CF) e que a lei tributária também retroage em alguns casos (art. 106 do CTN).

Não se deve confundir *retroatividade* com *aplicabilidade imediata*. A lei não pode atingir, para prejudicar, fatos passados, mas pode ser aplicada de modo imediato para fatos que ocorrerem depois de sua vigência, ainda que relacionados com fatos anteriores.

Dessa forma, tirando as situações de aplicação imediata da lei, não se pode retroagir lei nova para prejudicar direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito.

De qualquer forma, em se tratando de Direito Administrativo, é sempre possível que, respeitadas as hipóteses legais, haja desapropriação de um direito protegido por esses institutos, pagando-se, sempre, indenização prévia, justa em dinheiro.

### 2.3.6.3. Princípio da proteção à confiança legítima

O princípio da segurança jurídica pode ser considerado em dois aspectos: a) no aspecto objetivo, está ligado à irretroatividade das leis e das novas interpretações, e a finalidade é proteger o próprio sistema (endosseguença); b) no aspecto subjetivo, está ligado ao princípio da proteção à confiança legítima.

O princípio da proteção à confiança legítima foi criado pela jurisprudência alemã após a 2ª Guerra Mundial, período em que se buscou uma reação a atos que afetaram repentina e bruscamente os administrados.

De acordo com esse princípio, quando (1) o Estado expede um ato conclusivo capaz de gerar confiança no administrado, (2) levando este a praticar determinada conduta no sentido da expectativa criada pelo Estado, (3) este fica adstrito a manter a sua palavra mesmo se o ato for ilegal, (4) salvo má-fé do administrado.

Um exemplo interessante é a situação em que a administração outorga ao particular uma permissão de serviço público pelo prazo de 4 anos, tratando-se de prazo ideal para a amortização de investimentos pelo permissionário e recebimento de retorno compatível pelo seu trabalho, sendo que, dois anos depois, a permissão vem a ser revogada. Nesse caso, mesmo havendo previsão legal de que a permissão de serviço público é precária, podendo, assim, ser revogada a qualquer tempo independentemente de licitação, o fato é que o particular recebeu um ato conclusivo (permissão) que gerou a confiança legítima de que seria mantido até o final do período de 4 anos (por conta do prazo específico no documento, da necessidade de 4 anos para amortizações e lucros e da inexistência de má-fé pelo particular), devendo o estado manter sua promessa, sua palavra, não revogando a permissão antes do tempo. A aplicação do princípio da confiança fará com que o Estado tenha de voltar atrás na revogação do ato ou tenha essa revogação do ato anulada. Em o Estado demonstrando interesse público na anulação do ato, a aplicação do princípio determinará a condenação

do Estado a pagar indenização pela perda antecipada da permissão pelo particular.

Uma vez violado princípio da proteção à confiança legítima, a correção dessa medida, pode, assim, dar-se por variados instrumentos. Pode ser o caso de anulação do ato que viola o princípio. Pode ser o caso de condenação do Estado no pagamento de indenização. Pode ser o caso de uma medida específica, como é o caso da determinação de nomeação de uma pessoa aprovada num concurso dentro das vagas previstas no edital, pois o STF, nesse tipo de caso, vem dizendo que o princípio da confiança é violado quando o edital prevê certo número de vagas num concurso público, mas os servidores aprovados dentro desse limite não vêm a ser nomeados.

### 2.3.7. Princípio da razoabilidade

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe o dever de agir dentro de um padrão normal, evitando-se negligência e excesso e atuando de forma compatível entre os meios e fins previstos na lei*.

O princípio da razoabilidade não está expresso na Constituição Federal.

Porém, o art. 5º, LXXVIII, da CF, introduzido pela EC 45/2004, introduziu o direito à *razoável* duração do processo judicial e administrativo. A expressão “razoável”, apesar de ligada à questão do processo célere, acaba trazendo à tona o valor da razoabilidade.

Assim, o princípio da razoabilidade continua implícito de modo geral na CF, mas pelo menos está expresso para fins de duração do processo no nosso Texto Maior.

Apesar disso, ele pode ser encontrado exposto em alguns textos infralegais, como o da Constituição do Estado de São Paulo (art. 111) e no art. 2º, *caput*, da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999).

Além do mais, o art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei 9.784/1999 também acaba por tratar do princípio da razoabilidade ao trazer a seguinte obrigação à Administração em seus atos: “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

São **exemplos** de violação ao princípio da razoabilidade os seguintes: a) demissão de um agente público, quando era suficiente uma suspensão; b) cumulação indistinta de todas as sanções por ato de improbidade administrativa, mesmo em casos mais leves, como de violação a princípios da administração; c) requisição administrativa de bens ou serviços em quantidade maior do que a necessária; d) dissolução de passeata pacífica por meio de arma de fogo.

O princípio somente tem **incidência** em relação a atos *discricionários*, não incidindo em relação a atos *vinculados*. Isso porque, quando um ato é vinculado, a Administração só tem uma opção de ato a ser praticado, não havendo que se falar em mais de uma possibilidade e, portanto, que o ato fere a razoabilidade. Porém, quando se tem um ato discricionário, existe mais de uma opção para o administrador, ocasião em que se poderá discutir se a atitude tomada está ou não de acordo com a razoabilidade.

Uma dúvida muito frequente é se o princípio da razoabilidade é sinônimo do **princípio da proporcionalidade**. Essa dúvida ganha ainda mais relevância pelo fato de o art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999 dispor que a Administração deve respeitar a *razoabilidade* e também a *proporcionalidade*.

Há quem defenda que os dois princípios são sinônimos. Outros defendem que um está contido no outro. No caso, a proporcionalidade é medida da razoabilidade.

Na prática, costuma-se usar a expressão “proporcionalidade” para situações que envolvem quantidade. São situações em que se tem um “meio” (por exemplo, a possibilidade de aplicação de mais de um valor de multa) e “fim” (punir e prevenir que alguém cometa a infração). Por exemplo, se uma multa poderia variar de R\$ 100 a R\$ 1.000,00 e acaba sendo fixada em R\$ 1.000,00, pode-se dizer, a depender da gravidade desta, que houve violação ao princípio da proporcionalidade.

A expressão “razoabilidade” acaba sendo utilizada para outras situações que não envolvem questão matemática, mas sim a busca de uma conduta igualitária da Administração. Por exemplo, se um Prefeito, mesmo diante do caos na área da saúde, resolver fazer uma obra para reformar a praça em frente ao hospital, em detrimento de maiores investimentos no próprio serviço de saúde, diz-se que houve violação ao princípio da razoabilidade. Nesse caso, o investimento na praça (que beneficia pessoas que nela brincam e passeiam) é discriminatório e desigual em relação à falta de investimento na saúde (considerando o caos em que se está e que a questão da saúde envolve o valor mais importante de todos, que é a vida)? Na análise dessa relação de congruência o princípio da razoabilidade orientará para a busca da medida mais igualitária e menos discriminatória.

Outras diferenças apontadas são as seguintes: a) quanto à origem, a razoabilidade se desenvolveu no direito anglo-saxônico (na Inglaterra, sob o prisma do devido processo legal em geral, trazido na Magna Carta; nos EUA, sob o prisma do devido processo legal substantivo), ao passo que a proporcionalidade, no direito germânico; b) quanto ao âmbito de incidência, o princípio da proporcionalidade é aplicado quando se está diante de uma relação em que há “meio” e “fim”, ao passo que o da razoabilidade, quando se está diante de uma relação de “critério distintivo” e “medida tomada”, em que se deve buscar a igualdade, ou seja, uma relação de congruência entre o “critério distintivo” e a “medida tomada”; b) quanto ao conteúdo valorativo, a razoabilidade de fundamento nas noções de racionalidade e equilíbrio (mais subjetivas) e a proporcionalidade, nas noções de adequação, necessidade e ponderação (mais objetivas).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o STF, no julgamento do RE 466.343-1, especificou que esse princípio, quando aplicado na restrição a direitos fundamentais, deve levar em conta os seguintes critérios:

- a) adequação: eficácia do meio escolhido;
- b) necessidade: uso do meio menos restritivo ou gravoso para atingir a finalidade, face ao indivíduo paciente;
- c) proporcionalidade em sentido estrito: ponderação entre os benefícios alcançados com o ato e os danos por ele causados.

Quanto à ordem correta de aplicação do princípio, é a seguinte: primeiro analisa-se, de fato, se há colisão de direitos fundamentais; depois descreve-se o conflito identificando os pontos relevantes do caso e, por fim, faz-se o exame, sucessivo, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Outro ponto importante, agora quanto ao princípio da razoabilidade, é que este costuma ser **usado contra** a Administração, mas, muitas vezes, o contrário também acontece.

Isso porque, de um lado, o princípio pode ser visto como um *dever-poder*, ou seja, antes de tudo os poderes públicos só se justificam como instrumento dos deveres públicos, daí porque não se deve agir nunca com excesso (sem razoabilidade) para atingir os deveres existentes. De outro lado, o princípio pode ser visto como um *poder-dever*, de modo que se deve respeitar a decisão discricionária de um agente público desde que ela seja aceitável (razoável), ainda que algumas pessoas não concordem com seu conteúdo.

De qualquer forma, e agora tratando dos dois princípios em tela, o fato é que são instrumentos essenciais na limitação dos excessos e abusos do Estado e devem ser invocados, sob qualquer dos nomes citados, para evitar que isso aconteça ou para fazer cessar ou reparar condutas estatais que desrespeitem esses valores.

### 2.3.8. Princípio da motivação

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe ao administrador público o dever de indicar, prévia ou contemporaneamente, os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão ou o ato, de forma explícita, clara e congruente*.

O princípio da motivação **não está previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

Porém, o princípio pode ser encontrado para as decisões do Poder Judiciário e do Ministério Público (art. 93, IX, da CF c/c art. 129, § 4º, da CF), que devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

Apesar de não haver previsão genérica do princípio da motivação na Constituição Federal, há na legislação infraconstitucional. O art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999 faz referência expressa à motivação como princípio a ser obedecido por toda a Administração Direta e Indireta, de todos os poderes.

O princípio da motivação **decorre** do aparecimento do Estado de Direito, em que a única vontade que impera é a da lei e não a pessoal, de modo que a Administração tem de justificar seus atos. Ele é reforçado pelo princípio da moralidade e pela ampliação do acesso ao Judiciário, que também exigirão a motivação como forma de preservar a probidade administrativa e permitir que as pessoas possam impugnar atos da Administração em juízo.

Uma dúvida muito comum é se a obrigatoriedade de motivação é **regra** ou **exceção**. A pergunta tem pertinência, pois o art. 50 da Lei 9.784/1999 traz um rol de casos em que a motivação é necessária. Com isso, para alguns, ela só seria obrigatória quando a lei determinar.

Porém, não se deve esquecer que a motivação é um princípio e, como tal, é uma norma que tem hierarquia

material em relação a algumas regras, como a prevista no art. 50 da Lei 9.784/1999. Não bastasse isso, o rol de casos em que a motivação é obrigatória é tão amplo que se pode afirmar: a regra é que os atos administrativos que afetem direitos devem ser motivados.

Assim, só não haverá o dever de motivar quando a lei expressamente o dispensar, como é o caso da nomeação e da exoneração para cargo em comissão, que são livres, ou seja, não dependem de motivação por aquele que comete tais atos.

Nos demais casos, a motivação é requisito de validade do ato administrativo atinente à *forma*.

Vale ressaltar, todavia, que, caso se esteja diante de *ato vinculado* e em situação cuja motivação seja óbvia, e ainda haja respeito aos demais requisitos de validade, este poderá ser mantido se demonstrada a ausência de prejuízo. Nessa hipótese, a motivação não deixa de ser obrigatória, podendo o servidor vir a ser responsabilizado por sua ausência, mas o ato pode ser mantido no mundo jurídico, desde que possa ser demonstrado que antecede à lei quanto aos demais aspectos.

Nos *atos discricionários*, por sua vez, a falta de motivação gera sua invalidação, sob pena de se permitir a invenção de motivos em momento posterior. Todavia, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que, excepcionalmente, é possível que um ato discricionário sem motivação possa ser convalidado, desde que a administração promova motivação posterior que demonstre de modo inquestionável o seguinte: a) que o motivo extemporaneamente alegado preexistia; b) que esse motivo era idôneo para justificar o ato; c) que o motivo foi a razão determinante da prática do ato (STJ, AgRg no RMS 40.427-DF).

A **motivação aliunde**, consistente na declaração de concordância com os fundamentos apresentados em outra manifestação anteriormente expedida, é admitida e largamente utilizada na Administração Pública. Ter-se-á por motivação do ato aquela à qual faz referência. Ex.: a autoridade expede um ato adotando como fundamento parecer que o precede.

Vale lembrar que, quando se tratar de decisões de órgãos colegiados ou de decisões orais, a motivação deve constar da respectiva ata ou termo escrito.

### 2.3.9. Princípio da autotutela

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe o dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, e o poder de revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos*.

O princípio da autotutela **não está previsto** expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

Porém o princípio é muito conhecido e está previsto na Súmula 473 do STF e no art. 53 da Lei 9.784/1999.

Perceba-se que, diante de *ilegalidade*, fala-se em dever (ato vinculado) de anular. E que diante de motivo de *conveniência e oportunidade*, fala-se em poder (ato discricionário) de revogar. O nome do princípio remete à ideia de que a Administração agirá sozinha, ou seja, sem ter de levar a questão ao Poder Judiciário.

Um exemplo de aplicação da autotutela consiste em a Administração, tomando ciência da ilegalidade na concessão de uma licença para construir, promover sua anulação de ofício.

Outro exemplo consiste em a Administração, após ter concedido uma autorização para uso de um bem público para que uma comunidade feche uma rua por um dia para realizar uma festa local, revogar a autorização dada por conta da ciência de um fato novo que torna inconveniente a manutenção da autorização outorgada ao particular.

Tanto a anulação como a revogação poderão se dar independentemente de apreciação judicial.

### 2.3.10. Princípio do controle judicial dos atos administrativos

Esse princípio pode ser **conceituado** como *aquele que impõe que todo ato administrativo seja passível de controle por parte do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato discricionário, desde que esse controle se atenha aos aspectos de legalidade, razoabilidade e moralidade.*

Tal controle se justifica tanto pelo fato de estarmos num Estado de Direito como porque existe o **princípio da universalidade da jurisdição**, pelo qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito* (art. 5º, XXXV, CF).

### 2.3.11. Outros princípios

A doutrina também aponta como princípios do Direito Administrativo os seguintes: **finalidade** (impõe à Administração que só pratique atos voltados ao interesse público), **especialidade** (ligado à descentralização administrativa, impõe que as pessoas jurídicas criadas pelo Estado – autarquias, por exemplo – atuem de acordo com a finalidade definida em lei), **controle ou tutela** (ligado ao anterior, impõe que a Administração Direta fiscalize os entes que tiver criado, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades legais), **continuidade** (impõe que os serviços públicos não sejam interrompidos), **responsabilidade do Estado** (impõe responsabilidade objetiva a este) tratando também dos princípios da **hierarquia**, do **interesse público**, da **ampla defesa** e do **contraditório**, entre outros.

## 3. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 3.1. Considerações gerais

Os poderes têm *caráter instrumental*, uma vez que são os meios pelos quais a Administração busca atingir seu fim, qual seja, a proteção e promoção do interesse público.

Por conta disso, a doutrina costuma associar a ideia de poder à de dever, daí porque muitos autores dizem que a Administração tem, na verdade, um *poder-dever* ou um *dever-poder*, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello.

Enfim, os poderes conferidos à Administração só existem com o objetivo de atender seus **deveres** – dever de agir, dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas.

Considerando a importância dos poderes para atender os objetivos da Administração, esses são irrenunciáveis. Ademais, não se pode manejá-los sem que o agente tenha *competência* (ou teremos excesso de poder) ou, ainda que

competente, quando se desvia da finalidade para a qual existe aquele ato (caso de desvio de poder).

### 3.2. Definições de Hely Lopes Meirelles

Hely Lopes Meirelles traz as seguintes definições dos poderes administrativos (*Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 109 a 123):

**a) poder vinculado** – “é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”;

**b) poder discricionário** – “é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”;

**c) poder hierárquico** – “é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”;

**d) poder disciplinar** – “é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”;

**e) poder regulamentar** – “é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei”;

**f) poder de polícia** – “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

### 3.3. Poderes vinculado e discricionário

Repare que a diferença entre o **poder vinculado** e o **poder discricionário** é que, no primeiro, a lei deixa bem *determinados* os elementos e requisitos necessários à prática de um ato, ao passo que, no segundo, a lei confere *margem de escolha* para a Administração quanto à conveniência, a oportunidade e o conteúdo do ato.

No exercício de um ato ou poder vinculado, não será possível ao administrador público fazer apreciações pessoais, subjetivas, uma vez que está muito claro na lei *quando* deve agir e a *forma* desse agir. São atos vinculados os seguintes: concessão de aposentadoria voluntária e multa de trânsito por excesso de velocidade.

No exercício de um ato ou poder discricionário, é dado ao administrador público utilizar critério de conveniência e oportunidade para discernir *quando* deve agir ou a *forma* desse agir. Observe que não existe arbitrariedade ou liberdade total para Administração, mas sim *margem de liberdade* para que essa, no caso concreto, verifique a melhor providência a ser tomada.

Nesse sentido, todo ato discricionário tem uma parte vinculada, em que o agente estará adstrito ao que dispuser a lei. A *competência*, por exemplo, sempre é vinculada, já que a lei sempre determina quem é competente.

No entanto, Hely Lopes Meirelles entende que três requisitos dos atos administrativos são sempre vinculados: