

# Apontamentos sobre as Funções Estatais

André Luiz Freire<sup>1</sup>

## I Introdução

O estudo das funções do Estado brasileiro é extremamente importante, pois revela a diversidade de regime jurídico de cada atividade. Apesar disso, a doutrina não tem se preocupado em fazer uma distinção mais acurada entre elas.

Como regra, os processualistas somente se preocupam em definir a função jurisdicional, sem se preocupar muito com as demais funções. Também os administrativistas atuam desse modo. A conduta desses doutrinadores até é compreensível, já que a preocupação deles não é a de fazer essa comparação, mas, basicamente, a de discorrer sobre as normas de direito processual e administrativo.

Em realidade, cabe à doutrina de direito constitucional tratar de forma pormenorizada do tema. Como regra, os constitucionalistas fazem alusão a conceitos *materiais* das funções estatais e, em seguida, cuidam apenas dos órgãos que exercem ditas funções. Ao se abrir um livro de direito constitucional, verifica-se a existência de um pequeno capítulo sobre as funções estatais e, depois, capítulos mais extensos sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas dificilmente há um estudo sobre o *regime jurídico* das funções estatais, sejam quais forem os órgãos que as exerçam.

Mas, se o tema é tão importante, por que razão a doutrina brasileira não fez um estudo mais aprofundado das funções estatais? Por que apenas são feitas considerações isoladas de cada uma das funções estatais e dos órgãos que as levam a cabo?

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP

Ao que parece, a resposta é a seguinte: trata-se de uma empreitada muito difícil, a qual demanda um grande conhecimento acerca do direito brasileiro e um bom esforço de análise. Até mesmo por isso, um trabalho de tal porte exige do jurista certo tempo de estudo e de reflexão.

Em virtude dessas dificuldades, o estudo que será feito aqui não é pretensioso. Por força das dificuldades levantadas acima, serão feitos meros *apontamentos sobre as funções estatais*. Pretende-se aqui somente iniciar uma reflexão acerca do assunto. Não se quer exaurir o tema, nem dar respostas que sejam definitivas, absolutas. Muito pelo contrário, deseja-se apenas iniciar um debate.

## 2 Definição<sup>2</sup> de função e sua importância para o direito público

O conceito de *função* não está restrito a um determinado subdomínio do direito; ele faz parte da teoria geral do direito. Pode-se dizer que se trata de um daqueles conceitos fundamentais a que faz alusão Lourival Vilanova.<sup>3</sup>

Isso significa que o conceito de função não se encontra apenas no direito público. Institutos tradicionalmente tratados pelo direito privado, como a propriedade e o contrato, estão, por assim dizer, *funcionalizados*.<sup>4</sup>

Embora também existam funções no direito privado, essa noção<sup>5</sup> não é central nesse ramo do direito. Aqui, o princípio fundamental é o da *autonomia privada*.

Por outro lado, a idéia de função é *nuclear* no direito público. Tem ela a mesma força da autonomia da vontade<sup>6</sup> no direito privado.<sup>7</sup> Toda atividade do Estado se traduz em funções.

<sup>2</sup> Por definição, entende-se, aqui, a indicação da significação de uma palavra. Assim, o sujeito, ao definir, aponta qual o conceito do termo *definiendum* e, com isso, traça um limite à realidade. Cf. GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004, p. 35 ss.

<sup>3</sup> “Conceito fundamental é aquele sem o qual não é possível ordenamento jurídico. O mero conceito geral (*Allgemeiner Begriff*) se encontra nos subdomínios do direito, mas dele se pode prescindir. O conceito fundamental (*Grundbegriff*), este é *condição da possibilidade do direito positivo e da Ciência do Direito positivo*, para dizermos em léxico bem kantiano. Assim, temos os conceitos de norma, de fato jurídico, de sujeito-de-direito, de relação jurídica, de objeto, de fonte técnica ou formal (modo de produção de normas), de hipótese fática, de efeito jurídico, de causalidade jurídica, de norma primária e de norma secundária, de direito subjetivo e de dever subjetivo (dever jurídico): todos esses conceitos pertencem ao nível da *Teoria Geral do Direito*.” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238-239).

<sup>4</sup> A Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXIII, prescreve que “a propriedade atenderá a sua função social”. O art. 421 do Código Civil de 2002 dispõe que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sobre o tema, cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 365 ss.

<sup>5</sup> Neste estudo, os vocábulos *conceito* e *noção* serão utilizados indistintamente, com o mesmo sentido.

<sup>6</sup> Francisco Amaral (op. cit., p. 347) diferencia a *autonomia privada* da *autonomia da vontade*. Neste estudo, confere-se o mesmo significado a ambas expressões.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que, no direito público, “não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de *função*, de dever de atendimento do interesse público” (*Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27).

Santi Romano explica que as “funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.<sup>8</sup> Como se pode notar, aquele que exerce função está munido de certos poderes, a serem utilizados com o objetivo de satisfazer um interesse alheio.

No caso da função pública, dispõe o Estado de um *poder extroverso*,<sup>9</sup> ou seja, o poder de modificar, *unilateralmente*, a situação jurídica de terceiros. Assim, o Estado-legislador pode impor aos indivíduos o cumprimento de certas obrigações, independentemente da vontade desses. O Estado-juiz poderá determinar que um sujeito pague a outro uma dada quantia, sob pena de execução forçada. A Administração, por sua vez, dispõe de meios para desapropriar bens dos particulares.

Entretanto, é importantíssimo frisar que o poder estatal atribuído pelo direito positivo *só existe e se justifica porque existem interesses públicos a serem necessariamente perseguidos*.<sup>10</sup> O Estado, por estar *juridicamente obrigado* a atingir finalidades públicas, somente poderá se utilizar desse poder extroverso na exata medida em que ele for útil para atingir o fim.

Essa é a razão pela qual Ruy Cirne Lima frisou que a relação de administração é aquela que “se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” e que na “administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.<sup>11</sup>

Percebe-se, portanto, que o “poder” não é o núcleo do conceito de função. Como já se assinalou, o exercício do poder consiste num verdadeiro *dever jurídico*. Há a obrigação jurídica de prover um interesse alheio; os poderes servem apenas para cumprir esse desiderato. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Segue-se que tais poderes são *instrumentais: servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não ‘poderes’, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

<sup>8</sup> ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 144.

<sup>9</sup> Renato Alessi, ao tratar das diferenças entre negócio jurídico e *provvedimento amministrativo*, escreve que no negócio jurídico o poder exercido pelo sujeito “*resulta limitado en su contenido a la esfera jurídica de los declarantes: poder introverso, por decirlo así*”. Por outro lado, aponta o jurista italiano que, no âmbito do *provvedimento amministrativo*, “*como ejercicio del poder soberano del Estado personificado en la autoridad administrativa, es el ejercicio de un poder cuyo contenido es más amplio, extendiéndose a modificaciones unilateralmente producidas en las esferas jurídicas de otros: poder extroverso, en este caso*” (ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 252).

<sup>10</sup> O interesse público não é algo místico, que possa ser alegado indistintamente, como justificativa para condutas arbitrárias do Estado. Muito pelo contrário, o interesse público está especificado na Constituição e nas leis. Portanto, é algo de identificação objetiva.

<sup>11</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 51-52.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de ‘poder’.”<sup>12</sup>

Por conseguinte, o núcleo do conceito de função não é o poder, mas sim o *dever* e a *finalidade*. Fica evidente que o direito público não tem, ao contrário do que possa parecer inicialmente, uma índole autoritária; o objetivo não é o de melhor aparelhar o Estado de poderes cada vez mais desmensurados. Pelo contrário, o direito público procura justamente disciplinar o exercício do poder estatal, a fim de que sejam *protegidos e concretizados os direitos fundamentais assegurados na Constituição*.

Diante do exposto, pode-se dizer que *função consiste no dever jurídico que alguém tem de utilizar determinados poderes com o objetivo de atingir uma finalidade em prol de um interesse alheio*. Há *função estatal* quando o dever de exercer tais poderes for atribuído pelo direito ao Estado, e quando a finalidade buscada for o interesse da coletividade devidamente especificado na ordem jurídica. Na lição de Renato Alessi, “*el poder estatal, considerado como dirigido a estas finalidades de interés colectivo, y en cuanto objeto de un deber juridico en relación con su aplicación, constituye una función estatal*”.<sup>13</sup>

Esse conceito se afasta um pouco daquele sentido mencionado por Jorge Miranda de função estatal como fim, tarefa ou incumbência, relativa a determinada necessidade coletiva (função de segurança, de controle, de proteção ao meio ambiente, de justiça etc.).<sup>14</sup> Essa noção de função tem um sentido estático, relacionando-se com a idéia de competência (enquanto conjunto de atribuições conferidas a alguém pela ordem jurídica).

O conceito dado aqui se vincula mais ao segundo significado dado pelo autor, qual seja, o de função como *atividade*. Há o manejo pelo Estado de poderes, a fim de se satisfazer o interesse público. Isso pressupõe uma atividade. A função, nesse sentido, é dinâmica.

Para Jorge Miranda, a função como atividade se define por meio das estruturas e das formas dos atos e atividades estatais “e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-público”.<sup>15</sup>

Com efeito, o exercício obrigatório do poder estatal resulta em atos jurídicos (lei, sentença, ato administrativo), os quais são produzidos com base num dado procedimento previsto na ordem jurídica. A “vontade” estatal é formada por meio do processo,<sup>16</sup> porque o Estado exerce função.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 95.

<sup>13</sup> ALESSI, Renato. Op. cit., p. 6.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 230.

<sup>15</sup> Idem, p. 231.

<sup>16</sup> Neste estudo, não se fará qualquer diferença entre *processo* e *procedimento*.

Aliás, o *modo de produção dos atos jurídicos* é uma das mais marcantes diferenças entre a atividade privada e a estatal.<sup>17</sup> O Estado tem o dever de agir com base nas normas jurídicas que compõem o direito positivo. São elas que fixam os fins a serem buscados e estabelecem as formas e o conteúdo da ação estatal.<sup>18</sup> Assim, por exemplo, sempre que o agir dos agentes públicos se desviar dos fins previstos na ordem jurídica, o ato será inválido por *desvio de finalidade*. O exercício da função demanda conformidade ao direito.

Seria possível ainda citar outras decorrências do conceito de função, como, por exemplo, o dever de agir com razoabilidade. Não se admite o uso irracional de poderes, porquanto não servem para a satisfação do interesse buscado. Na mesma linha, o agente deverá pautar suas ações pelo princípio da proporcionalidade.

O que importa ressaltar, nesse ponto, é que a afirmação de que o Estado exerce função não é algo desprovido de consequências para o direito público. Muito pelo contrário: é a partir disso que se percebe que as normas jurídico-públicas estipulam *deveres* do Estado para com os membros do corpo social, tendo em vista os *fins previstos na Lei Maior*. Logo, toda sua atividade se destina a *perseguir e alcançar* as finalidades de interesse coletivo (sintetizado na ideia de concretização dos direitos fundamentais) previstas na Constituição.<sup>19</sup> Em última análise, é para isso que o Estado existe e se justifica.

### 3 O princípio da separação dos poderes

As normas de direito público têm como objeto o exercício das funções estatais. Entretanto, apontar quais são as funções estatais depende do que dispõe o direito positivo de cada Estado.

De modo geral, pode-se dizer que os diversos sistemas jurídicos organizaram o exercício do poder político a partir da teoria da separação dos poderes formulada por Montesquieu.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> “A formação do querer do Estado não pode ser disciplinada de modo idêntico ao dos particulares. Uma vontade submetida a fins (a do Estado) e outra livre (a dos particulares) são instrumentadas diversamente. A livre tem seu canal de expressão: o indivíduo. A vontade funcional é canalizada no processo, do qual o agente é apenas um elemento. Não houvesse processo para a formação da vontade funcional, ela seria idêntica à da vontade livre: centrada no agente.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93).

<sup>18</sup> Ao diferenciar a atividade privada da ação administrativa, Renato Alessi (op. cit., p. 246-247) ensina que o exercício do poder conferido à Administração, por ter que se dirigir à satisfação do interesse público, possui uma limitação maior do que aquele levado a cabo pelos particulares. Essa limitação é maior tanto pelo aspecto formal (normas de competência) como pelo aspecto substancial (determinações mais ou menos precisas do interesse a satisfazer mediante o poder atribuído ao sujeito). Decorre disso uma exigência de legalidade mais forte para as manifestações do poder da Administração do que aquelas privadas.

<sup>19</sup> Como decorrência disso, a interpretação dos textos normativos voltados para exercício das funções estatais deverá se voltar para a concretização dos direitos fundamentais, e não para puro e simples fortalecimento dos poderes do Estado, como algo que se justifique por si só.

<sup>20</sup> Segundo a doutrina, Montesquieu não foi o primeiro a tratar das diversas funções estatais. Alguns autores costumam indicar Aristóteles como o primeiro a tratar do tema (*A política*), o qual teria escrito

Esse autor, buscando um governo moderado, que garantisse a liberdade política,<sup>21</sup> propôs uma separação dos poderes. Montesquieu partiu da premissa de que todo homem que tem o poder tende a abusar dele. Para evitar esse abuso, é preciso que o poder contenha o poder. Logo, mister se faz dividir o exercício do poder, atribuindo as funções a órgãos distintos.<sup>22</sup>

O filósofo identificou três espécies de poderes: o poder legislativo, o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, e o “poder executivo das que dependem do direito civil”. Nas suas palavras:

“Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”<sup>23</sup>

O poder legislativo seria conferido “tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo”.<sup>24</sup> O poder executivo ficaria nas mãos do monar-

---

que a atividade estatal estaria dividida em três tipos de atos: deliberações sobre os assuntos de interesse comum, organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. Celso Ribeiro Bastos entende que o valor da descoberta de Aristóteles é muito relativo. “Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida. Durante esse imenso lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais” (*Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 342).

Também se aponta, como antecedente histórico de Montesquieu, a obra *Defensor pacis*, de Marsílio Pádua, publicada em 1324. Tal autor chegou a estabelecer uma distinção entre o poder legislativo e o poder executivo. Aliás, até mesmo Maquiavel, em *O príncipe*, teria feito – segundo informa Dalmo de Abreu Dallari – menção a uma separação das funções legislativas (Parlamento), executivas (Rei) e judiciárias, existente na França do início do século XVI. “É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 183).

Mas o antecedente mais próximo de Montesquieu é a obra *Segundo tratado sobre o governo*, de Locke, no século XVI. Este filósofo inglês teria sido o primeiro a sistematizar doutrinariamente uma separação dos poderes, indicando a existência de quatro funções: legislativa (que caberia ao Parlamento), executiva (a ser desempenhada pelo Rei), sendo que dentro desse último havia ainda a função federativa (relativa às relações externas). Por fim, havia uma quarta função, que também estava nas mãos do Rei, concernente ao poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras. Ele não cogitou de uma função jurisdicional.

<sup>21</sup> Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 65.

<sup>22</sup> “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157).

<sup>23</sup> Op. cit., p. 156-157.

<sup>24</sup> Idem, p. 159.

ca.<sup>25</sup> Já o poder de julgar caberia aos juízes, mas esses nada mais seriam do que “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.<sup>26</sup>

Ressalte-se que, segundo Montesquieu, esses poderes, “pelo movimento necessário das coisas”, são obrigados a “caminhar de acordo”.<sup>27</sup>

Em apertada síntese, essa é a teoria exposta pelo Barão de La Brède no famoso Capítulo IV do Livro XI de sua obra fundamental.

Tenha ou não querido este resultado,<sup>28</sup> o fato é que Montesquieu influenciou sobremaneira os homens das Revoluções Americana e Francesa. À época do Estado liberal, a teoria se tornou um verdadeiro dogma; uma verdadeira bandeira em defesa das liberdades. Uma amostra clara disso pode ser vista na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, elaborada na França, em 1789, a qual previa, em seu art. 16, que toda sociedade que não tenha uma separação dos poderes determinada não possui Constituição.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu sofreu inúmeras críticas ao longo do tempo, seja quanto à teoria em si, seja em relação à interpretação mistificadora feita pela doutrina, seja no que se refere à sua adequação à realidade atual.<sup>29</sup>

Em relação a este último aspecto, costuma-se apontar que, com o advento do Estado social, passou ele a intervir em setores que antes (à época do Estado liberal) não atuava. Com o alargamento da atuação estatal, exigiu-se uma legislação cada vez mais complexa, havendo a necessidade de uma maior comunicação entre o Poder Legislativo e o Executivo. De outro lado, o Poder Executivo não poderia aguardar o lento processo legislativo para dar respostas urgentes às demandas sociais. Tal estado de coisas seria incompatível com a teoria de Montesquieu.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> “O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrado por um do que por muitos” (Ibidem).

<sup>26</sup> Idem, p. 160.

<sup>27</sup> “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo” (Idem, p. 161).

<sup>28</sup> Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner (op. cit., p. 61) fazem a seguinte observação: “O método comanda um projeto. Mas qual? Para alguns, Montesquieu – apesar de suas nostalgias feudais – toma resolutamente partido pelo liberalismo; para outros, o Barão de La Brède tornou-se objeto de uma recuperação revolucionária por causa de um mal-entendido: destinado a preservar os privilégios da nobreza, sua teoria política e jurídica foi desviada de seu significado a fim de ser posta a serviço da ‘causa do povo’, ou, pelo menos, do Terceiro Estado burguês.”

<sup>29</sup> Acerca do tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31 ss.

<sup>30</sup> Vide DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 186. Paulo Bonavides aponta que a partir do momento em “que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contrassensos

Com efeito, a complexidade da realidade atual impede a aplicação da teoria da separação dos poderes, nos exatos termos formulados por Montesquieu. Aliás, nem poderia ser diferente, tendo em vista que o Barão de La Brède escreveu num outro contexto histórico, diferente do atual, com o objetivo de “descrever”<sup>31</sup> o sistema inglês de sua época.

Ainda, a doutrina tem apontado que várias instituições não se enquadram na clássica separação feita pelo filósofo francês. É o caso, no Brasil, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas<sup>32</sup> e, em outros países, dos Tribunais Constitucionais (os quais não se encontram vinculados a qualquer Poder).

Se, de um lado, tais argumentos têm procedência, de outro, não se pode deixar de reconhecer os grandes méritos de Montesquieu. Segundo Celso Ribeiro Bastos, a principal contribuição do filósofo francês foi a de assinalar que às funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos, ou seja, “à *divisão funcional* deve corresponder uma *divisão orgânica*”.<sup>33</sup>

Nas palavras precisas de Clèmerson Merlin Clève:

“Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como **idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organiza-**

---

na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada”. Mais à frente, Bonavides conclui: “Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos e das ideias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas” (*Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146-147).

<sup>31</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mesmo não estando plenamente consolidado o parlamentarismo, já havia, na Inglaterra do século XVIII, um governo de gabinete ligado ao Parlamento; o Rei tinha um papel secundário. A teórica “descrição” da Constituição inglesa feita por Montesquieu teria sido um artifício destinado a recomendar, com as cautelas que o momento demandava, uma separação do exercício do poder como remédio contra o absolutismo e como garantia da liberdade política. “Em verdade, se esse foi o intento, sua realização foi extremamente hábil. Primeiro porque evitou a objeção da censura, que viria certamente se de modo ostensivo pregasse instituições novas para a França, em vez de fazê-lo sob a capa de uma descrição de instituições estrangeiras. Segundo porque com esse artifício deu outra força à receita, mostrando-a aplicada por uma grande potência, força que não teria se apoiada apenas em sua opinião. Terceiro porque, é preciso não esquecê-lo, era, na França do século XVIII, a Grã-Bretanha o país da moda, a Meca para qual se voltava a opinião ilustrada” (*Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61).

<sup>32</sup> Marçal Justen Filho entende que, “no Brasil, é evidente a existência de cinco Poderes, na medida em que nem o Ministério Público nem o Tribunal de Contas podem ser reputados como integrados em um dos outros três Poderes” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26). No mesmo sentido, cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 343.



**ção do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado.**

[...] A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo (grifou-se).<sup>34</sup>

Sem dúvida, o fracionamento do exercício do poder estatal é mecanismo importantíssimo para preservar os direitos fundamentais, na medida em que são criados instrumentos que procuram impedir o exercício abusivo do poder. Essa é a principal lição a ser aprendida com Montesquieu.

Vale ainda acrescentar que aquele fracionamento também é importante na busca de uma maior eficiência do Estado. Essa *divisão do trabalho* deverá ser apta a permitir que o Estado cumpra o seu dever de concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Desse modo, o direito positivo de cada Estado deverá prever uma divisão das funções estatais (e não do poder, que é uno),<sup>35</sup> atribuindo-as, como atividade característica e normal, a órgãos distintos. Também é importante a existência de um sistema de controle recíproco, para que o “poder freie o poder”.<sup>36</sup>

Note-se que não é necessário que se siga uma linha necessariamente inspirada em Montesquieu (separando as funções em legislativa, executiva e jurisdicional). Inclusive, alguns autores procuraram (como será visto no tópico seguinte) se afastar da divisão criada pelo autor francês. O importante é que essa separação de funções se destine a garantir e realizar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

## 4 Outras propostas de divisão das funções estatais

Neste tópico, serão sumariadas algumas propostas de divisão das funções estatais que se afastam do modelo inspirado em Montesquieu.

<sup>34</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 44. Os grifos não constam no original.

<sup>35</sup> “O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagonicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o direito. Logo, não pode ser dividido” (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 30).

<sup>36</sup> Na clássica (e ainda válida) lição de Montesquieu (op. cit., p. 156): “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele: vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites”. A fim de que “não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

O primeiro autor que merece destaque é Otto Mayer,<sup>37</sup> que é apontado pela doutrina em geral como sendo o pai do direito administrativo alemão. O jurista, que escreveu ao final do século XIX e início do século XX, indicou seis *funções estatais* (frise-se que o autor não utilizou esse vocábulo, mas tão-somente o termo *atividade*).

Depois de citar a legislação, a justiça e a administração como sendo atividades que se destinam a atingir os fins do Estado, Mayer discorre sobre o governo. Segundo ele, o governo compreendia toda atividade estatal. Aos poucos, as funções acima foram se desprendendo, uma por vez, do governo. Primeiramente, a justiça; depois, a legislação; e, por fim, a administração. O governo, então, passou a significar a alta direção, que cabe ao príncipe e seus auxiliares, influenciando sobre todas as atividades materiais do Estado.

Pela legislação, o Estado, ao exercer o seu poder soberano por meio do corpo representativo, cria regras de direito (que para Mayer são regras gerais e obrigatórias). Assim, quando faltar um desses dois elementos (corpo representativo e regra de direito), não haverá legislação.<sup>38</sup>

A justiça, por seu turno, é a atividade conferida aos tribunais encarregados de aplicar o direito civil e penal, com o objetivo de manter a ordem jurídica. Compreende não só a jurisdição propriamente dita, mas também a jurisdição voluntária (na medida em que essa também contribui para a manutenção da ordem jurídica). Caso falte um desses elementos, não haverá justiça, mas, sim, administração.

Dentro dessa linha, Otto Mayer escreve que seria possível chegar à conclusão de que a administração é uma atividade residual (o que não é legislação, nem justiça). Todavia, o próprio autor aponta que existe um elemento positivo no conceito que é necessário captar. Nesse ponto, chega ele às atividades auxiliares de direito constitucional e àquelas que saem da esfera da ordem jurídica estatal.

As atividades auxiliares de direito constitucional são aquelas destinadas a pôr em movimento a Constituição. É o caso da convocação e dissolução da assembléia.

Já as atividades que estão fora da ordem jurídica do Estado são as que não estão submetidas à regra de direito editada pelo corpo representativo. Como exemplo, convém mencionar as relações diplomáticas, a guerra e as ordenanças de urgência.

<sup>37</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. I, p. 3-16.

<sup>38</sup> Como exemplo, Otto Mayer (op. cit., p. 7) cita o caso da lei formal e material. Quando se tratar de lei apenas formal, ou seja, ato individual sob a forma de lei votada pelo Poder Legislativo, trata-se de atividade que pertence à administração, por faltar a característica *regra de direito*. Por outro lado, em se tratando de lei material, isto é, quando se tratar de regra de direito editada pelo príncipe (ex.: ordenança), haverá administração, por faltar a manifestação do corpo representativo.

Por fim, chega Otto Mayer à atividade administrativa. Segundo ele, o que caracteriza essa função é o fato de que ela, ao contrário das demais, está submetida à ordem jurídica. Há, aqui, uma exigência de legalidade no agir administrativo.<sup>39</sup>

Outro autor que também procurou dar um tratamento diverso à matéria da separação das funções estatais foi Hans Kelsen.<sup>40</sup> Segundo o autor, uma dicotomia de funções é a base da tradicional divisão tricotômica. Em verdade, as funções do Estado são duas: a de criar o direito e a de aplicá-lo. Assim, pela função legislativa, seriam criadas normas gerais. A aplicação dessas, por sua vez, é feita tanto pelos órgãos administrativos, como pelos judiciários.

Em suma, para Kelsen, as duas funções estatais acima referidas são idênticas às duas funções essenciais do direito positivo. A diferença, na execução das normas gerais, reside apenas nos órgãos encarregados da tarefa de produzir as normas individuais: ora serão judiciais, ora executivos (administrativos).<sup>41</sup>

É interessante também trazer o posicionamento de Francis-Paul Bénéoit,<sup>42</sup> o qual critica duramente a doutrina francesa de sua época que toma a teoria de Montesquieu como uma análise científica do direito positivo. Segundo Bénéoit aponta, a teoria daquele filósofo é apenas uma “visão do espírito” que não foi consagrada pelo direito positivo francês, não podendo ser tomada como uma ciência elaborada com base na realidade jurídica.<sup>43</sup>

Bénéoit vê no Estado a existência de duas personalidades jurídicas. Na primeira, denominada Estado-Nação, estão as missões de criação do direito interno e de determinação da política geral do país, as quais estão submetidas a um regime

<sup>39</sup> “*La administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico. Podremos dispensarnos de agregar la condición de que debe ser una actividad separada de la legislación y de la jurisdicción; eso está suficientemente especificado con las palabras ‘bajo su orden jurídico’.* En efecto, en la legislación tal como la entendemos, el Estado se encuentra *sobre* este orden jurídico; en la justicia, todo se hace *por* este orden jurídico. En cuanto a la administración, su dependencia respecto del orden jurídico *bajo* el cual ella actúa, es menos estricta y más variada” (MAYER, Otto. Op. cit., p. 15).

<sup>40</sup> “Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada. Esse é o processo por meio do qual o Direito ou, o que redundo no mesmo, o Estado, se regenera continuamente. A doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 364-369).

<sup>41</sup> Op. cit., p. 368-369.

<sup>42</sup> BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 27-52.

<sup>43</sup> “*Il faut donc débarrasser la science juridique française de la marque profonde qu’y ont laissée la pensée de Montesquieu et celle des hommes de la Révolution. Certes, les uns comme les autres ont permis un progrès dans l’aménagement de nos institutions politiques et administratives, mais il ne faut pas commettre l’erreur de prendre pour vérités scientifiques des idées qui ne pouvaient avoir pour objet que de faire progresser l’élaboration du droit: l’art de la création du droit est une chose, qui relève du législateur et des juges, et est soumise aux idéologies qui influent leurs choix: la science du droit en est une autre, qui ne peut reposer que sur l’analyse objective des situations consacrées par le droit positif*” (Op. cit., p. 34).

de direito constitucional. A segunda personalidade, chamada de Estado-Coletividade consiste nas missões de prestação de serviços à população, polícia e gestão dos bens públicos. O traço que caracteriza o Estado-Coletividade é a sua subordinação aos ditames do Estado-Nação, havendo um controle jurisdicional tendente a assegurar essa submissão.

Dentro do Estado-Nação, Bénóit identifica as funções<sup>44</sup> parlamentar e governamental. Esta última, por sua vez, está dividida em função governamental geral e função de elaboração de decretos. No âmbito do Estado-Coletividade, o jurista francês entende existir a função administrativa, a judiciária, a de defesa e a de ensino, sendo possível ainda cogitar de outras funções, notadamente uma função de pesquisa. Como se pode perceber, as diversas funções (que não são somente três) se distribuem dentro do Estado-Nação e do Estado-Coletividade, conforme sejam ou não subordinadas.

O último autor a ser mencionado neste tópico é Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,<sup>45</sup> para quem existem apenas duas funções: administrativa e jurisdicional.

A função administrativa diz respeito à realização ou integração da ordem social, buscando criar novas utilidades sociais e melhorar as existentes. Isso é feito por meio de duas faculdades distintas e que são momentos sucessivos dessa integração: a ação legislativa e a executiva.

Assim, a integração da ordem social se dá por meio de normas gerais (ação legislativa), bem como por atos jurídicos e materiais (ação executiva). “Consideram, na verdade, os fins utilitários do Estado-poder, de gerência dos seus negócios, mediante programa de ação e sua efetivação, e, por isso, se pode denominar dita função de administrativa ante o significado desta expressão.”<sup>46</sup>

Já a função jurisdicional tem um objeto distinto da administrativa, qual seja, a de manter a ordem jurídica ameaçada ou violada. Tem um caráter predominantemente contemplativo, na medida em que atua no presente, mas voltada para o passado.

Na lição do jurista, embora ambas procurem o bem comum, tais funções alcançam essa finalidade de modo distinto, por processos diferentes. Na função administrativa, tanto ação legislativa como executiva se exteriorizam de modo direto

<sup>44</sup> Para Bénóit (op. cit., p. 40), função é um conjunto de missões exercidas segundo um mesmo regime. Assim, entende ele que a função deverá resultar na repartição das missões entre os órgãos e o regime aplicável a seu exercício. Nesse regime, há que se analisar as regras de competência e o sistema de controle.

<sup>45</sup> “Concluindo, é de se reconhecer que o poder público uno se vale de duas faculdades distintas, ou, se se quiser, para empregar expressão tradicional, se exterioriza através de dois poderes fundamentais: o político, de integração da ordem jurídica, mediante o seu estabelecimento e sua atuação; e o jurídico, de reintegração dessa ordem jurídica, mediante o seu asseguramento e a fixação de um sentido normativo dela. Substituiu-se, assim, a concepção trina por uma dual dos poderes básicos do Estado” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I, p. 24-33).

<sup>46</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 24.

pela coletividade, enquanto na função jurisdicional tal exteriorização é indireta, pelas partes em litígio.

Ainda, na ação legislativa e executiva, o Estado pratica atos jurídicos como parte, de forma espontânea. Na função jurisdicional, o Estado atua como terceiro, substituindo a atividade das partes litigantes.

O direito é encarado, em cada uma das funções, de modo distinto. Para a função administrativa, serve ele de instrumento para a realização da utilidade pública, ao passo que a função jurisdicional tem o direito como objeto. A prudência é a virtude que preside a ação administrativa (legislativa e executiva), sendo a justiça a virtude da ação jurisdicional.<sup>47</sup>

Como se pôde perceber ao longo deste tópico, há os que veem a existência de mais de três funções estatais e também existem aqueles que diminuem o número dessas funções. A lição que se pode retirar do exposto é que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu não é uma verdade imutável, correspondente à “essência” das coisas. Muito pelo contrário, já se assinalou (tópico 2) que os exatos termos de tal teoria, criada num momento histórico determinado, não têm uma correspondência com a realidade atual.

Os ensinamentos deixados pelos autores citados acima dão uma boa amostra de que, conforme seja o ponto de vista adotado, a classificação das funções estatais poderá ser bastante distinta da tradicional tripartição.

Se isso é verdadeiro, então, se questiona: convém afastar a teoria de Montesquieu e adotar uma das classificações acima expostas?

Neste ponto, vale lembrar que uma classificação não é verdadeira ou falsa. Ela é útil ou inútil, conforme sejam os objetivos buscados. Para a dogmática jurídica, o que importa é buscar as características conferidas pelo ordenamento jurídico a certa atividade estatal. A atividade intelectual de classificar as funções somente poderá ser feita com base nos dados oferecidos pelo direito positivo. Será somente a partir da análise da ordem jurídica que será possível isolar as funções em categorias distintas, *cada qual correspondendo a um regime jurídico específico*.

As teorias dos juristas acima citados têm méritos extraordinários e, em várias ocasiões, será possível retirar dos autores valiosas lições. Porém, percebe-se que a Constituição de 1988 se *inspirou* em Montesquieu ao separar juridicamente as funções estatais.<sup>48</sup> Isso fica evidente, aliás, quando se lê o art. 2º da Lei Maior.<sup>49</sup>

Portanto, é possível distinguir, no direito brasileiro, as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. Além dessas, pode-se cogitar de outra, denominada

<sup>47</sup> Op. cit., p. 26-27.

<sup>48</sup> É interessante observar que, mesmo quando se lê as obras dos autores citados acima, que procuram afastar a doutrina de Montesquieu, o leitor intuitivamente busca identificar, dentro da teoria daqueles juristas renomados, a localização das três tradicionais atividades de legislação, administração e jurisdição. Isso mostra a marca profunda deixada pelo pensamento do filósofo francês.

<sup>49</sup> Isso fica evidente quando se lê o art. 2º da Lei Maior, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

função de governo (ou política). Frise-se que tal distinção é possível porque o sistema constitucional brasileiro traz regimes jurídicos específicos para tais funções estatais.

Mas o que se entende por função legislativa, administrativa, jurisdicional e política? A resposta para tal pergunta demanda, antes, a eleição de um critério que seja capaz de distinguir, de forma útil, as funções. Já se assinalou que, para o direito, o que importa são os caracteres que a ordem jurídica conferiu a cada função. Ou seja, o critério adequado é o *formal* (ou *jurídico*).

Todavia, os juristas nem sempre adotam esse critério para distinguir as funções estatais. A eleição de um critério diverso do formal, por vezes, leva a conclusões que não se coadunam com o ordenamento jurídico.<sup>50</sup> O estudo desses critérios será o objeto do próximo tópico.

## 5 Critérios adotados para conceituar as funções estatais

Como já se ressaltou, a doutrina tem se utilizado de diversos critérios para conceituar as funções estatais. É possível sistematizar esses critérios em três tipos: subjetivo (ou orgânico), material (ou substancial) ou formal (ou jurídico).<sup>51</sup> Convém tratar de cada um em itens específicos.

### 5.1 Critério subjetivo (ou orgânico)

Pelo critério subjetivo, a função é determinada pela natureza do órgão que a exerce. Assim, a função legislativa é aquela levada a cabo pelo Poder Legislativo; a jurisdicional, pelo Poder Judiciário; a administrativa, pelo Poder Executivo.

Segundo Fernando Andrade de Oliveira, a expressão *critério orgânico* é mais técnica e elucidativa do que *critério subjetivo*. Isso porque o Estado e as pessoas jurídicas autônomas que compõem a sua organização (União, Estados-membros,

<sup>50</sup> Basta lembrar da discussão acerca da natureza jurisdicional ou administrativa da atribuição dos Tribunais de Contas de julgar as contas dos administradores públicos (art. 71, II, da Constituição). Parte da doutrina, fundada num critério puramente material, acaba por vezes a conferir a essa atividade das Cortes de Contas uma índole jurisdicional. Ao se seguir essa linha, chega-se à conclusão de que o Poder Judiciário não pode controlar as decisões dos Tribunais de Contas em relação a essa específica competência.

Em realidade, no direito positivo brasileiro, não há ato que não possa ser objeto de controle jurisdicional, tendo em vista o que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Esse tema será novamente abordado em outro tópico.

<sup>51</sup> Em contraposição ao critério subjetivo há o critério objetivo. Este leva em consideração não o sujeito que executa a função, mas sim os aspectos concernentes à própria atividade, o seu objeto. Quando os caracteres forem de índole substancial, o critério objetivo será material ou substancial. Se as características da atividade forem dadas pela ordem jurídica, então o critério objetivo será denominado de formal ou jurídico. Logo, ao lado do critério subjetivo, há o critério objetivo, o qual se divide em material (ou substancial) e formal (ou jurídico). Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 32.

Províncias, Regiões, Municípios etc.) têm competência para exercer simultaneamente mais de uma das funções estatais, “de modo que a identificação de cada uma somente poderá ser feita, pelo critério ora exposto, com base nos órgãos de que emanem”.<sup>52</sup>

O critério orgânico teria a vantagem de facilitar a tarefa de identificação das funções. Para tanto, basta isolar o órgão que a executa. A função é legislativa porque o órgão que a executa é o Poder Legislativo. A atividade desempenhada pelo Poder Judiciário é, em virtude disso, jurisdicional. Do mesmo modo, se o órgão faz parte da estrutura do Poder Executivo, então a função é administrativa.

Porém, ao lado dessa aparente vantagem, há um inconveniente que sugere o afastamento desse critério. É que os Poderes citados exercem, atipicamente, atividades que, materialmente, pertencem a outros órgãos.

O Poder Legislativo e o Poder Judiciário necessitam de bens necessários para exercer as suas funções típicas. Para tanto, realizam licitações e celebram contratos, tal como o Poder Executivo. Do mesmo modo, aqueles órgãos possuem um quadro próprio de servidores públicos, cabendo-lhes admiti-los, sancioná-los, pagá-los etc. Enfim, os Poderes Legislativo e Judiciário exercem atos próprios da função administrativa.

Ainda, os defensores do critério objetivo-material costumam apontar que o Poder Legislativo, ao processar e julgar certas autoridades por crime de responsabilidade, exerce função jurisdicional. O Poder Executivo também exerceria essa função quando do julgamento de recursos hierárquicos, por exemplo.

Igualmente, o Poder Executivo, ao editar regulamentos, atua no exercício de função legislativa, na medida em que cria regras jurídicas gerais e abstratas. Poder-se-ia dizer que o Poder Judiciário também atua desse modo quando os Tribunais criam os seus respectivos regimentos internos.

Os casos mencionados já deixam antever que o critério subjetivo não é útil, já que os Poderes nem sempre exercem exclusivamente as atividades materiais que lhes dão o nome. O Legislativo não exerce apenas função legislativa. O mesmo ocorre com os demais Poderes.

Mas o que confirma a inutilidade do critério orgânico é que, com base nele, o jurista não consegue isolar situações que têm efeitos jurídicos distintos. O fato de certas tarefas pertencerem a um órgão específico não significa que elas estejam submetidas a um mesmo regime jurídico. O exercício da função administrativa por todos os Poderes é um exemplo marcante disso.<sup>53</sup> Como bem apontou Gordillo:

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 113.

<sup>53</sup> Héctor Jorge Escola escreve que o critério subjetivo, “*aparecido en las etapas iniciales de los estudios jurídico-administrativos, ha perdido su real validez, puesto que si bien es cierto que el Poder Ejecutivo es el que de manera mayoritaria lleva a cabo tal función, no lo es menos que también los otros poderes participan, en algún grado, en la realización de la actividad administrativa. Aquella directa asimilación de la función administrativa con el Poder Ejecutivo no es, pues, exacta*” (ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Reimp. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 13).

*“No puede afirmarse que los actos de tipo administrativo de los poderes Legislativo y Judicial ‘están al margen del régimen jurídico administrativo,’ a menos que se entienda por tal, sólo y exclusivamente, las normas positivas que son de aplicación a la administración central. Por lo menos en el derecho administrativo argentino, son sus principios los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes.*

*No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: no porque haya un régimen jurídico básico de la función pública de la administración pública nacional (central) y otro semejante para el personal de la justicia nacional, p. ej., podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.”<sup>54</sup>*

A observação do autor argentino pode ser integralmente aplicada ao direito brasileiro. Aliás, isso fica claro quando se lê o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988. Esse dispositivo constitucional prescreve que a “administração pública direta e indireta de **qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em suma, o critério orgânico não é útil. Logo, deve ser afastado.

## 5.2 Critério material (ou substancial)

O critério material é aquele que procura identificar na própria atividade desempenhada os caracteres materiais que diferenciam as funções estatais. Não é mais o órgão que determina a natureza da função, mas a sua própria substância.<sup>55</sup>

A função legislativa seria a atividade que tem como objeto a criação de normas jurídicas gerais e abstratas. O seu exercício, na lição de Seabra Fagundes,

<sup>54</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I, p. IX-4.

<sup>55</sup> Fernando Andrade de Oliveira (op. cit., p. 115) aduz o seguinte acerca de tal critério: “A maior virtude da teoria da divisão do poder público certamente consiste na distribuição das suas diferentes funções entre órgãos separados, independentes e especializados – salvo raras exceções – como garantia contra o arbítrio dos agentes estatais. Daí decorre a manifesta necessidade da especificação de cada uma dessas funções *segundo a sua natureza*. Por isso os cientistas da Política e do Direito têm dedicado o seu esforço e a sua inteligência para definir a legislação, a jurisdição e a administração por sua *substância*, ou melhor, pelas suas características materiais. O que agora interessa é distinguir cada órgão *por seu objeto*, isto pela especificação do conteúdo da função que deva exercer, a permitir a preponderância de um princípio inverso daquele indicado pelo critério antes exposto, subjetivo ou orgânico. Ou seja, serão legislativos, jurisdicionais ou administrativos e, em consequência, localizados nos diferentes setores estruturais do Estado – Poder Legislativo, Judiciário e Executivo – os órgãos destinados ao desempenho, respectivamente, da função legislativa, jurisdicional e administrativa, considerada cada uma sob o aspecto material. O desejável, em suma, é que a *função determine a classificação e a distribuição do órgão*” (grifos do autor).



“constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal”.<sup>56</sup>

Pela função jurisdicional, cabe ao Estado aplicar o direito positivo aos casos concretos. Assim, diante de um conflito de interesse que lhe seja submetido, o Estado deverá dizer o direito, executar a regra legal. Alguns acrescentam que se trata de decisão com força de caso julgado.

Já a função administrativa seria a atividade concreta e prática, tendente a satisfazer de forma direta e imediata os interesses coletivos confiados ao Estado. Segundo Héctor Jorge Escola (que opta pelo critério material), a diferença existente entre a função administrativa e as funções legislativa e jurisdicional consiste no fato de que a primeira será concreta, imediata e contínua, além de se tratar de atividade prática, normalmente espontânea e que procura a realização dos fins estatais.<sup>57</sup>

Segundo Riccardo Guastini, as funções do Estado, nesse sentido material, estão dispostas de forma hierárquica. As funções jurisdicional e administrativa pressupõem, aqui, normas jurídicas a aplicar, razão pela qual pressupõem a função legislativa; são, pois, secundárias e subordinadas à função legislativa.<sup>58</sup>

Diogo Freitas do Amaral, depois de asseverar que administração e justiça são atividades secundárias, executivas e subordinadas à lei, escreve que a diferença entre elas reside no fato de que a última tem como objetivo julgar, enquanto a outra consiste em gerir. “A justiça visa aplicar o direito aos casos concretos, a administração pública visa prosseguir interesses gerais da coletividade.”<sup>59</sup>

É correta a observação de Gordillo de que os conceitos materiais, embora deem uma idéia do que sejam tais atividades, são imprecisos.<sup>60</sup> Isso porque, no exercício da função administrativa são praticados atos que, materialmente, fazem parte de outra função. Assim, os regulamentos editados pela Administração veiculam normas gerais e abstratas (atividade materialmente legislativa). Do mesmo modo, os órgãos que exercem função administrativa também realizam atividade materialmente jurisdicional (ex.: decisões relativas a recursos hierárquicos, julgamento das contas dos administradores públicos pelos Tribunais de Contas etc.).

Acrescente-se que a classificação da atividade jurisdicional como secundária em relação à legislativa também não é livre de críticas, pelo menos quando se toma como parâmetro o sistema brasileiro. Isso porque, nem sempre o Poder

<sup>56</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6.

<sup>57</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*, p. 14.

<sup>58</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas: UNAM, 2001, p. 61.

<sup>59</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48.

<sup>60</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. IX-6.

Judiciário, em sua atividade típica, aplica a lei editada no exercício da função legislativa; faz-se referência, aqui, ao controle de constitucionalidade das leis. Não se pode, nesse caso, dizer que a função jurisdicional é subordinada à legislativa.

Justamente em vista desses argumentos, o critério material também não é útil. Há atos materialmente legislativos que não possuem o mesmo regime jurídico das leis editadas pelo Poder Legislativo. Do mesmo modo, não se pode dizer que o ato de julgar, no âmbito da Administração Pública, tenha o mesmo valor formal e força jurídica do julgamento feito pelos Tribunais Judiciais.<sup>61</sup>

Em síntese, o critério material não permite ao jurista identificar quais são as consequências jurídicas específicas decorrentes do exercício de cada função. Pior, ele pode levar a confusões desnecessárias.<sup>62</sup>

É interessante notar que, a fim de superar os inconvenientes gerados pelos critérios subjetivo e material, Gordillo procurou uni-los, formando um *critério misto*,<sup>63</sup> por ele denominado de *orgânico-material*.

Com base em tal critério, o jurista argentino define a função legislativa como sendo “*el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso*”.<sup>64</sup> Já na função jurisdicional haveria a produção de uma decisão com força de verdade legal acerca de controvérsias entre as partes, feita por um órgão imparcial e independente.<sup>65</sup> Por fim, a função administrativa seria toda atividade que realizam os órgãos administrativos e a que executam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos respectivamente os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais.<sup>66</sup>

Apesar de Gordillo ter tentado dar um conceito subjetivo-material de função administrativa, percebe-se que ele adota, em última análise, um *critério residual*.<sup>67</sup> Ou seja, é administração tudo o que não for legislação e jurisdição.

Caso se adotem as lições do jurista argentino, não seria possível separar atos que, pelo direito brasileiro, têm regimes jurídicos distintos. Assim, a decretação do estado de sítio (que não é função legislativa e tampouco jurisdicional), por

<sup>61</sup> Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 23), o valor formal da sentença reside no seu trânsito em julgado, tendo, como consequência, “a força jurídica consistente no estabelecimento da coisa julgada”.

<sup>62</sup> Como no já citado caso da função jurisdicional dos Tribunais de Contas.

<sup>63</sup> “*Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material positivo y puro para conceptualizar cada una de las funciones: es necesario buscar un criterio mixto, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás*” (GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. IX-8).

<sup>64</sup> Op. cit., p. IX-11.

<sup>65</sup> Op. cit., p. IX-13.

<sup>66</sup> Op. cit., p. IX-32.

<sup>67</sup> A mesma crítica é feita por outros autores. Héctor Jorge Escola (op. cit., p. 14) – depois observar que a concepção de Gordillo parte do pressuposto de que não é possível apreender o conteúdo específico da função administrativa – escreve que ela apresenta todos os defeitos de uma definição por exclusão. No Brasil, cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

exemplo, não tem o mesmo regime jurídico dos atos administrativos. Todavia, ambos estariam, na linha defendida por Gordillo, dentro da função administrativa. Isso já mostra que um critério residual para definir a função administrativa também não é útil.

### 5.3 Critério formal (ou jurídico)

Como foi possível perceber, os critérios acima citados são insuficientes para se identificar o regime jurídico relativo a cada uma das funções estatais. Para tanto, deve-se utilizar um critério formal (ou jurídico), isto é, caberá ao cientista do direito verificar quais foram as características que a ordem jurídico-positiva conferiu às atividades estatais.

Como bem ressaltou Rafael Entrena Cuesta,

*“lo importante será no tanto la identidad objetiva de la actividad desplegada por los distintos Poderes, sino el tratamiento jurídico de tal actividad; de suerte que para definir o describir a la Administración pública lo decisivo será el tratamiento que de ésta y de sus actos nos venga ofrecido por el Derecho, al que se halle sometida”.*<sup>68</sup>

Com efeito, qualquer indagação acerca das funções que não tenha respaldo no ordenamento jurídico será metajurídica. “Interessa ou pode interessar a outro campo de estudo, de pesquisa ou de conhecimento, mas não ao direito.”<sup>69</sup>

Como as funções dependem dos caracteres que o direito positivo lhes atribui, então se conclui que não existe um número certo de funções estatais, bem como um conceito universal de cada uma delas.<sup>70</sup> Há que se observar o sistema jurídico-positivo de cada Estado, examinando quais são as funções existentes e o regime jurídico de cada qual. Logo, não se pode buscar no direito francês, por exemplo, os elementos necessários para caracterizar as funções do Estado brasileiro. Para empreender tal tarefa, mister se faz analisar o sistema constitucional do Brasil.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>71</sup> (que adota o critério formal) aponta a existência de quatro funções no direito brasileiro, quais sejam: legislativa, jurisdicional, administrativa e política (ou de governo).

<sup>68</sup> CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Tecnos, 1995, t. I, p. 27.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.

<sup>70</sup> Embora não exista um número certo e um conceito universal das funções estatais, pode-se asseverar que, de modo geral, as características e o número de funções em cada Estado se aproximam. Assim, há uma semelhança entre função administrativa no direito brasileiro e no direito argentino, por exemplo. Tal fenômeno se explica, dentre outros fatores, pelo fato de os diversos sistemas jurídicos terem se inspirado em Montesquieu quanto ao tema. Ademais, é natural que o povo de um Estado, antes de elaborar sua Constituição, analise outros sistemas jurídicos e, com isso, absorva algumas das ideias adotadas por outros povos.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 35-37.

A função legislativa é aquela que o Estado, e somente ele, exerce por meio de normas gerais, normalmente abstratas, que têm a característica de inovar originariamente na ordem jurídica, ou seja, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Por função jurisdicional, entende-se a atividade que o Estado, e somente ele, realiza por meio de decisões que findam controvérsias com força de coisa julgada.

Já a função administrativa seria aquela que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce no seio de uma estrutura e regime hierárquicos, caracterizada por ser desempenhada, no direito brasileiro, por meio de comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Por fim, haveria uma série de atos<sup>72</sup> que – por não serem comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos numa relação hierárquica – integrariam uma outra função, denominada função política (ou de governo). Note-se que o jurista tem o cuidado de deixar bem claro que não se trata daqueles atos políticos ou de governo que, na Europa, não eram suscetíveis de controle jurisdicional.

De fato, existem no direito brasileiro – tal como apontou Celso Antônio Bandeira de Mello – quatro funções estatais. No tópico seguinte, se indicará o conceito dessas funções, elaborado a partir do critério formal.

## 6 As funções estatais no direito brasileiro

Neste tópico, serão conceituadas, sob o ponto de vista formal, as funções do Estado brasileiro. Pode-se verificar a existência, no direito positivo, de quatro funções: legislativa, jurisdicional, administrativa e política.

### 6.1 Função legislativa

Quando se questiona acerca do conceito de função legislativa, a primeira ideia que vem a mente é que, por meio dela, o Estado edita *leis*. Em outras palavras, é intuitivo pensar que a função legislativa é aquela que tem, como resultado, a produção da lei. Mas a questão que se coloca agora é a seguinte: qual é o significado do termo *lei*?

A primeira resposta que se dá a essa pergunta é de que a lei consiste no instrumento que veicula normas *gerais* e *abstratas* criadas pelo órgão representativo

<sup>72</sup> Tais atos seriam os seguintes: iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, a destituição de determinadas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*), a declaração de estado de sítio e de defesa, a decretação de calamidade pública e a declaração de guerra (Idem, p. 36).

do povo. Em verdade, essa concepção vê a lei sob o ponto de vista material. Como se deseja obter um conceito de função legislativa a partir de um critério formal, então essa ideia não pode ser adotada.

Mas ainda que tais caracteres (generalidade e abstração) fossem inicialmente considerados necessários (a partir do critério material), convém salientar que atualmente eles têm sido questionados. Isso porque alguns doutrinadores apontam que tal noção se liga muito mais a uma *dada* concepção de lei, vinculada ao Estado liberal, que não mais vigora.

Segundo Gustavo Zagrebelsky, a generalidade consistia na essência da lei no Estado liberal de direito, na medida em que era um instrumento de realização de seus postulados fundamentais, como a moderação do poder, a separação dos poderes e a igualdade formal.<sup>73</sup>

Assim, uma lei com conteúdo geral evitava os excessos; o uso do poder era, por assim dizer, “regulado”. Ainda, a não-individualização dos destinatários da norma apartava a função legislativa das funções jurisdicional e administrativa, cujos atos se dirigiam a sujeitos individualizados. Por fim, a generalidade da lei era uma garantia de imparcialidade na atuação do Estado.

Quanto à abstração, ela garantia a certeza do direito e, portanto, a estabilidade da ordem jurídica. Por meio da abstração, era possível prever as condutas dos atores sociais.

Esse Estado legislativo era, por sua vez, homogêneo. Isso porque as leis eram elaboradas e representavam os interesses da classe burguesa. Tratava-se de uma sociedade monoclasse. Justamente por isso, a lei era um elemento de unidade da ordem jurídica, a única fonte legítima de criação do direito. Tudo era reconduzido à lei, que tudo deveria prever. O Código, aliás, era a maior expressão dessa característica da ordem jurídica do século XIX.

Como se pode perceber, a lei ocupava, na sociedade liberal do século XIX, um lugar de destaque, pois assegurava os ideais de uma determinada classe social: a burguesia.

Entretanto, com a emergência do Estado social, houve um aumento do número de leis. Ademais, o Estado passou a atuar cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos diversos da lei. A “sociedade técnica”, por sua vez, exigia respostas mais rápidas.<sup>74</sup>

Por outro lado, a lei não representava mais os interesses apenas da classe burguesa. O processo legislativo demandava um maior compromisso político dos diversos grupos sociais representados no Parlamento. Como consequência, as leis se tornaram cada vez mais setoriais e ocasionais, o que vai de encontro às características de generalidade e abstração.

<sup>73</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1998, p. 29.

<sup>74</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Mérlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 51-53.

### Na lição de Gustavo Zagrebelsky:

*“La época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, ‘de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción’, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe intención ‘regulativa’ en sentido propio: en lugar de normas, medidas.*

*Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características ‘clásicas’ de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el ‘mercado de las leyes’.”<sup>75</sup>*

Como se pode perceber, mesmo sob o ponto de vista material, as características de generalidade e abstração já não são requisitos necessários para a configuração de um ato como “lei”. Não se pretende, aqui, afirmar que tais notas desapareceram. Também não se está aqui defendendo o seu afastamento. Muito pelo contrário, elas ainda estão e deverão estar presentes na maioria das normas legais, na medida em que procuram assegurar a observância ao princípio da isonomia.

O que se quer é apenas salientar que a “lei” não terá sempre tais características. Portanto, a lei (enquanto resultado do exercício da função legislativa) não pode ser definida pela generalidade e abstração,<sup>76</sup> pelo seu conteúdo. É preciso captar, na Constituição, um elemento capaz de defini-la juridicamente.

Nesse sentido, a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acerca do *valor formal* e da *força jurídica* dos atos jurídicos é fundamental. Segundo o jurista, o valor formal da lei é o de se impor, imediatamente, de modo superior a qualquer manifestação do Estado, a todas as autoridades estatais e aos demais membros da sociedade; ela se impõe sem a necessidade de se apoiar em qualquer norma anterior, salvo as prescrições constitucionais. Logo, sua força jurídica será a de “inovar, de maneira absoluta, a ordem jurídica, derrogando a anterior, dentro da estrutura constitucional vigente”.<sup>77</sup>

Então, percebe-se que somente a lei tem a força jurídica de inovar *originariamente* a ordem jurídica. Ressalte-se que não é qualquer tipo de inovação – pois, em última análise, qualquer ato inferior à lei (como um regulamento, por exemplo) também inova, ou seja, tem força criativa –, mas somente a inovação *em caráter originário, primário*.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 37.

<sup>76</sup> “No Estado contemporâneo, por exemplo, nem sempre a lei será genérica e abstrata. Inúmeras deliberações do parlamento, afinal, com forma e força de lei, não dispõem desses atributos. E tal é o caso, por exemplo, das já referidas *leis-objetivo*, ou *leis-instrumento*, ou, ainda, *leis-medida*” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 65).

<sup>77</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 23.

<sup>78</sup> Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 7.

Isso significa, por exemplo, que no direito brasileiro a lei é o único instrumento apto a criar direitos e obrigações para os indivíduos. Na fórmula do art. 5º, II, da Constituição de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em síntese, o limite da lei se encontra apenas na Constituição.

Assim, pode-se dizer que *lei é o ato jurídico diretamente infraconstitucional capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica.*

É importante frisar que a Constituição de 1988 não utilizou o termo *lei* num único sentido. Há vários dispositivos que conferem ao termo *lei* um significado não coincidente com a lei ordinária. Como exemplo, cite-se o art. 5º, XXXV, o qual prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse dispositivo, o vocábulo *lei* quer significar qualquer norma jurídica. Em vista disso, é preciso fixar um critério objetivo que permita identificar o que pode ser entendido por “lei” no direito brasileiro.

Seguindo as lições de Clèmerson Merlin Clève, pode-se dizer que são *leis* (no sentido específico de resultado do exercício da função legislativa) todas as espécies normativas previstas no art. 59 da Lei Maior,<sup>79</sup> com exceção das emendas constitucionais.<sup>80</sup> Nas palavras do jurista paranaense:

“Explicando melhor: no campo do direito interno, excetuados o direito internacional incorporado e os atos normativos anteriores recepcionados pela nova ordem constitucional (decreto-lei não revogado, por exemplo), apenas as emanações normativas em *forma* de lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução (de uma das Casas ou do próprio Congresso), podem, originariamente, inovar a ordem jurídica.

Todos possuem, igualmente, força de lei.”<sup>81</sup>

Desse modo, não apenas as leis complementares, ordinárias e delegadas são, para a Constituição, *leis* (atos legislativos).<sup>82</sup> Os decretos legislativos, as resoluções e as medidas provisórias também o são. Ressalte-se ainda que os tratados

<sup>79</sup> “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.”

<sup>80</sup> “A Emenda Constitucional consiste em lei constitucional; uma vez promulgada integra a Constituição como norma superprimária” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 68).

<sup>81</sup> CLÈVE, Clèmerson Mérlin. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>82</sup> Até o momento, como se espera ter deixado claro, o termo *lei* foi utilizado no sentido de resultado do exercício da função legislativa. Entretanto, como o vocábulo tem um significado ambíguo, será adotado, a partir de agora, a expressão *ato legislativo* para designar aquele significado de lei que foi empregado.

internacionais, quando incorporados ao direito interno, também inovam originariamente a ordem jurídica.<sup>83</sup>

A partir disso, percebe-se que somente o Estado pode exercer função legislativa. Não há possibilidade de uma pessoa privada realizar essa atividade. No sistema constitucional brasileiro, a legislação é *atividade característica e normal* do Poder Legislativo federal (Congresso Nacional), estadual (Assembleias Legislativas), distrital (Câmara Legislativa) e municipal (Câmaras Municipais). Todavia, ela também é atribuída ao Poder Executivo (leis delegadas e medidas provisórias).

O cabimento de uma ou outra espécie legislativa dependerá, basicamente, do campo próprio reservado pela Constituição para cada uma delas. É evidente que o Senado Federal não pode, por exemplo, editar uma resolução para estabelecer os requisitos necessários para o exercício de certa profissão (art. 5º, XIII). Tal ato legislativo tem pressupostos formais e materiais específicos para a sua válida edição.

O mesmo pode ser dito em relação à medida provisória. Além de só poder ser editada quando se estiver perante situações urgentes e relevantes, não poderá ela tratar de certas matérias previstas no art. 62, § 1º, da Constituição de 1988. Todavia, observados tais requisitos de ordem formal e material, as medidas provisórias editadas pelo Chefe do Poder Executivo inovam originariamente a ordem jurídica. Em razão disso, devem ser incluídas na categoria dos atos jurídico-legislativos.

Se, eventualmente, um dos atos legislativos citados for produzido em desconformidade (formal ou material) com as normas constitucionais, o Poder Judiciário deverá declarar, mediante provocação, a inconstitucionalidade do citado ato. Frise-se que, no direito brasileiro, esse controle de constitucionalidade poderá ser concentrado ou difuso; mas sempre caberá ao Poder Judiciário.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que a *função legislativa, sob o ponto de vista formal, é aquela em que o Estado (e somente ele) edita atos jurídicos, diretamente fundados na Constituição, aptos a inovar originariamente a ordem jurídica e sujeitos ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.*

## 6.2 Função jurisdicional

Costuma-se definir a jurisdição como sendo a atividade do Estado por meio da qual ele resolve conflitos de interesses com força de coisa julgada. Essa noção, embora indique o modo normal (e talvez predominante) de exercício da função jurisdicional, não é suficiente para caracterizar, pelo aspecto formal, tal atividade estatal.

<sup>83</sup> Como regra, os tratados internacionais regularmente incorporados ao direito interno (cf. art. 49, I, e art. 84, VIII, da Lei Maior) têm o *status* de lei ordinária. Contudo, quando se tratar de tratado sobre direitos humanos aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos seus respectivos membros, será ele equivalente a uma emenda constitucional (art. 5º, § 3º).



Em primeiro lugar, nem sempre se pode dizer que há um conflito de interesses, ou seja, uma lide. Assim, no âmbito da jurisdição voluntária, nem sempre haverá uma pretensão resistida. Uma separação consensual de um casal com filhos menores é um bom exemplo disso. Não há, aqui, qualquer controvérsia deduzida na demanda levada ao Poder Judiciário; o juiz homologa o acordo feito previamente, desde que presentes certos requisitos mínimos para tanto.<sup>84</sup>

Questiona-se ainda sobre a aplicabilidade do conceito de lide no âmbito do direito processual penal. Rogério Lauria Tucci, por exemplo, considera irrelevante se falar em lide no processo penal, já que “se mostra suficiente a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, a norma penal material”.<sup>85</sup> Sem dúvida, não parece muito adequado falar, no processo penal, em pretensão resistida.

Também não se pode aplicar o conceito de lide ao processo objetivo relativo ao controle abstrato de constitucionalidade. Não há, aqui, qualquer resistência à pretensão de alguém. O autor da ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, não busca a tutela de eventual direito subjetivo; procura, em realidade, defender a Constituição.<sup>86</sup> Tanto não se trata de defesa de direito subjetivo que, uma vez instaurado o processo, não pode o autor desistir da ação; ele não tem essa disponibilidade.<sup>87</sup>

O que se pretende ressaltar nesse momento é que simplesmente afirmar que a função jurisdicional se destina a resolver conflitos de interesses não ajuda muito sob o ponto de vista jurídico. Pelo contrário, em certos casos, pode até dificultar o estudo (como, por exemplo, aplicar o conceito de lide ao processo penal). Logo, não há que se incluir tal ideia no conceito de jurisdição.

<sup>84</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, na jurisdição voluntária sempre existirá uma situação conflituosa. No caso da separação judicial consensual, o conflito é prévio ao processo judicial, qual seja, o conflito matrimonial. “É inegável que, conquanto não exposto *conflito* algum na petição inicial do processo de separação judicial, é sempre um conflito que lhe dá causa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 341). Sob o ponto de vista *sociológico*, isso é verdadeiro. Todavia, em termos *jurídicos* isso é irrelevante, já que o processo judicial é realizado sem que exista qualquer litígio (pretensão resistida) entre as partes.

<sup>85</sup> “Ademais, e como também logo adiante será igualmente explicitado, é a *pretensão*, na realidade, uma declaração de vontade impositiva, formulada em face de outrem, a fim de obter-se a satisfação de um interesse, e, portanto, somente verificável concretamente, isto é, como fato da vida, ocorrente entre duas ou mais pessoas, com efetiva atuação (‘exigência de subordinação de interesse de outrem ao próprio’, na necessariamente lembrada e insuperada formulação de CARNELUTTI) de uma das partes e negação da outra. E isso, obviamente, como explicitado ao final do parágrafo anterior, não acontece em âmbito penal” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35).

<sup>86</sup> Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior são claros a esse respeito, quando apontam que “as partes da ação direta de inconstitucionalidade não as imbuem de pretensões subjetivas, de interesses próprios, mas de um objetivo: a defesa da Constituição” (*Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38).

<sup>87</sup> Nos termos do art. 5º da Lei nº 9.868/99: “Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.”

Em segundo lugar, também não se pode asseverar que a característica formal da jurisdição reside especificamente na coisa julgada. Isso porque a coisa julgada apenas incide sobre as sentenças de *mérito* decorrentes do processo de conhecimento. Não se pode falar em coisa julgada material nas sentenças em processos cautelares, por exemplo. Ovídio A. Baptista da Silva assim resume as objeções feitas à teoria que vê na coisa julgada a nota característica da jurisdição:

“1. considerando-se como ato jurisdicional apenas o processo chamado declarativo, onde haja a produção de coisa julgada, ficariam excluídos da jurisdição todo o processo executivo e a jurisdição voluntária. E, embora quanto a esta última, haja predominância de opiniões que a considerem realmente atividade de natureza administrativa, quanto ao processo de execução há consenso geral sobre sua jurisdicionalidade; 2. além dessas limitações que, por si sós, já seriam capazes de invalidar a doutrina, ainda poderíamos lembrar que, no próprio processo declarativo (de conhecimento), há inúmeros exemplos de processos onde a sentença não é apta a produzir coisa julgada, como é o caso do processo cautelar.”<sup>88</sup>

Ainda, saliente-se que a doutrina tem discutido acerca da *relativização da coisa julgada*. Há casos excepcionais em que se admite, mesmo depois de transcorrido o prazo da ação rescisória, a desconstituição do julgado quando ele estiver fundado em lei declarada posteriormente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>89</sup>

Não há dúvidas de que somente as decisões judiciais podem ser dotadas da força de coisa julgada. Entretanto, nem todas as sentenças terão essa força. Em razão disso, não se pode afirmar que a função jurisdicional difere das outras simplesmente em razão de suas decisões serem dotadas de coisa julgada, já que há atividade jurisdicional em situações em que a decisão final não é dotada dessa característica.

O fenômeno da coisa julgada, em verdade, representa o grau máximo de uma nota formal das decisões judiciais: a sua *definitividade*, isto é, a “imunização dos efeitos dos atos já realizados”.<sup>90</sup> A decisão judicial passa, seguindo a lição de Luiz Guilherme Marinoni, por um “processo de recrudescimento”, o qual está presente, inclusive, no âmbito da jurisdição voluntária.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.

<sup>89</sup> Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170 ss.

<sup>90</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 333-334.

<sup>91</sup> “O ato de decisão – que na área do direito processual civil não se identifica apenas com a sentença de processo de conhecimento – passa por um processo de recrudescimento, que tem a sua expressão máxima, no campo do direito, no fenômeno da coisa julgada.” Mais à frente, ao tratar da jurisdição voluntária, Marinoni escreve o seguinte: “O que é essencial para a decisão jurisdicional é a sua potencialidade à estabilidade, ou seja, o ato de poder deve ser dotado da capacidade de se tornar estável,

Assim, todos os atos jurisdicionais são dotados de *definitividade*. Ocorre apenas que, em relação a alguns deles (a sentença de mérito), há a coisa julgada; nos demais, embora não exista coisa julgada, também há imunização dos efeitos da decisão, ainda que em menor grau. Mas, como bem anota Cândido Rangel Dinamarco, “por menor que seja a intensidade do grau de imunidade concedido a um ato jurisdicional, sempre é exclusivamente o Poder Judiciário quem poderá neutralizá-lo, ou desconstituí-lo”.<sup>92</sup>

O ato jurisdicional decorrerá sempre de um processo para tal fim, em que há a participação de diversos sujeitos (advogados, Ministério Público, auxiliares do juízo etc.), e que é disciplinado por normas de direito processual (civil<sup>93</sup> e penal). Tal processo será conduzido sempre no âmbito de um órgão específico: o *Poder Judiciário*.

Esse é outro dado formal importantíssimo para a caracterização da função jurisdicional no direito brasileiro. De acordo com a Constituição de 1988, apenas o Poder Judiciário pode exercer a função jurisdicional. Tal interpretação decorre da leitura do art. 5º, XXXV da Lei Maior, que prescreve o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (grifou-se).

Assim, não se concorda com quem afirma que o Poder Legislativo, nos processos de *impeachment* (art. 52, I e II), e os Tribunais de Contas, ao julgar as contas dos administradores públicos (art. 71, II), também exercem função jurisdicional. Em realidade, tal entendimento decorre de uma visão material das funções do Estado, a qual se rejeita neste trabalho.

O art. 5º, XXXV, faz parte do rol dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (Título II, Capítulo I, da Constituição). Como é sabido, as normas dessa natureza devem ser interpretadas de modo a se garantir a sua máxima eficácia. Portanto, não se pode dizer que aquelas situações em que o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas “julgam” sejam equivalentes a exercício (autorizado pela Constituição) de função jurisdicional, pois isso implica dizer que tais decisões gozam (formal e materialmente) do atributo da definitividade, não podendo ser alteradas pelo Poder Judiciário. Ora, tal postura leva a uma redução da eficácia do art. 5º, XXXV, já que aqueles que tivessem seus direitos violados nos processos realizados em ambos os órgãos não poderiam acorrer ao Poder Judiciário para ver tutelado o seu direito.

No caso, o Poder Judiciário não poderá sindicá-lo o mérito das decisões daqueles órgãos. Mas se forem violados os direitos daqueles que forem submetidos a julgamento pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, o Judiciário (uma

---

pois é da natureza do poder o recrudescimento das decisões. Ora, as decisões da ‘jurisdição voluntária’ passam pelo fenômeno do recrudescimento, embora não estejam sujeitas à coisa julgada material” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 195-198).

<sup>92</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 334-335.

<sup>93</sup> Dentro do processo civil, insere-se o processo do trabalho.

vez provocado) deverá desconstituir as decisões exaradas por aqueles órgãos que estejam em desconformidade com a ordem jurídica.<sup>94</sup>

Então, é um aspecto importante da função jurisdicional o fato de que somente os órgãos inseridos na estrutura do Poder Judiciário poderão exercer a atividade jurisdicional.<sup>95</sup> Aliás, ressalte-se que, atualmente, nem todos os órgãos do Poder Judiciário citados no art. 92 da Constituição emitem atos jurisdicionais, pois o Conselho Nacional de Justiça tem uma competência tão-somente administrativa.<sup>96</sup>

É importante salientar que, ao se afirmar que a função jurisdicional cabe tão-só ao Poder Judiciário, não se está fazendo opção pelo critério subjetivo. Isso porque não se está, aqui, asseverando que a função é jurisdicional por ser exercida pelo Poder Judiciário. O constituinte poderia ter atribuído tal função a outros órgãos, tal como o fez em relação à função legislativa. Mas, por uma opção política, atribuiu tal função, com exclusividade, apenas ao Poder Judiciário. Serão tão-só as decisões desse órgão, no exercício da função jurisdicional, que terão o atributo da definitividade; tais atos não são controláveis, a não ser por ele próprio, conforme as regras processuais específicas. E, mesmo assim, não se trata de controle hierárquico.

Fica, aliás, marcada uma diferença entre a função administrativa e a função jurisdicional. Isso porque os atos administrativos (inclusive os editados pelo Poder Judiciário) são controláveis hierárquica e externamente pelo Tribunal de Contas, o que já não ocorre quando se tratar de ato jurisdicional.<sup>97</sup>

Desse modo, quando se afirma que a função jurisdicional compete, no Brasil, apenas ao Poder Judiciário, recorre-se a um dado do direito positivo. A função jurisdicional somente é exercida pelo Poder Judiciário *porque a Constituição assim determina*. O critério é, pois, formal, e não subjetivo.

Em vista do exposto, conceitua-se a *função jurisdicional como sendo a atividade exercida pelo Poder Judiciário (e somente por ele) em que são editados atos jurídicos com o atributo da definitividade*.

<sup>94</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 33-34, nota de rodapé nº 5.

<sup>95</sup> “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juizes do Trabalho; V – os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juizes Militares; VII – os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.” O inciso I-A foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

<sup>96</sup> É o que prevê o art. 103-B, § 4º, da Constituição, *in verbis*: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.”

<sup>97</sup> Na lição de Paulo Modesto: “Os órgãos jurisdicionais, por exemplo, no exercício da função que lhes é própria, não produzem atos semelhantes [aos da função administrativa] nem estão sujeitos a qualquer relação de hierarquia formal. A sentença, uma vez proferida, produza ou não coisa julgada, não permanece à disposição do magistrado, ressalvadas as hipóteses de autorização expressa da lei, apenas podendo ser modificada mediante o processo judicial a que todo ato expressivo do poder público está sujeito” (MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 5. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 jul. 2006).

### 6.3 Função administrativa

A doutrina costuma asseverar que a função administrativa é a atividade estatal de mais difícil configuração. Essa dificuldade decorre do fato de que a função administrativa congrega, sob o ponto de vista material, uma série de atividades heterogêneas.<sup>98</sup> A Administração Pública emite regulamentos para a fiel execução de leis, presta serviços públicos à sociedade, exerce atividade financeira, gera os bens públicos, intervém na ordem econômica, limita a liberdade e a propriedade das pessoas, celebra contratos com terceiros, contrata pessoal, dentre outras atividades.

Essa heterogeneidade tem, de certo modo, uma explicação histórica. Como já foi visto no tópico 3 deste estudo, Otto Mayer ensina que a administração foi a última das atividades estatais a se desprender do governo.<sup>99</sup> Depois de conceituar positivamente a legislação e a justiça, Mayer conclui que a noção de atividade administrativa “*parece estar delimitada negativamente: administración debe ser toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia*”.<sup>100</sup>

Ao tratar do tema, Garrido Falla escreve que “*el poder ejecutivo es justamente lo que queda en manos de aquel monarca*”. Em vista disso, conclui o jurista espanhol que daí resulta o caráter residual do poder executivo e que isso deve ser levado em consideração para que se possa compreender “*el tipo de funciones que le corresponden*”.<sup>101</sup>

Aliás, para Garrido Falla, a explicação de Otto Mayer citada acima contribuiu muito para que a maioria da doutrina alemã formulasse um conceito residual de função administrativa.<sup>102</sup>

Entretanto, é importante frisar que Otto Mayer inseriu em seu conceito de administração um elemento positivo, qual seja, *a submissão à ordem jurídica, à lei*. Isso significa que o agir da Administração deverá se pautar pela *legalidade*. Desse modo, o autor alemão diferenciou, a partir de um critério formal, a administração das demais atividades estatais.<sup>103</sup> Nesse sentido, foi grande a contribuição desse autor alemão.

A feliz lição de Otto Mayer é, com as adaptações necessárias ao momento histórico atual, válida para o direito brasileiro. A função administrativa é ainda uma atividade submetida às normas legais.

<sup>98</sup> Segundo Renato Alessi (*Instituciones de derecho administrativo*, p. 247), uma das peculiaridades da atividade administrativa “*radica en la gran heterogeneidad, tanto bajo el aspecto de la posición jurídica asumida por la Administración, como bajo el de la función del acto y el de la estructura del mismo*”. A natureza heterogênea do atuar administrativo também é assinalada por Rafael Entrena Cuesta (*Curso de derecho administrativo*, p. 29).

<sup>99</sup> Mas vale salientar que, na lição de Otto Mayer (*Derecho administrativo alemán*, p. 4), a administração não veio para substituir o governo, mas sim para designar um novo ramo da atividade estatal.

<sup>100</sup> Idem, p. 10.

<sup>101</sup> FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Madri: Tecnos, 1994, v. I, p. 39.

<sup>102</sup> Ibidem, nota de rodapé 20.

<sup>103</sup> MAYER, Otto. Op. cit., p. 15.

Com efeito, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, a Administração Pública brasileira deverá agir em conformidade com o *princípio da legalidade*. Ademais, o art. 5º, II, da Lei Maior estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei. Convém lembrar ainda do art. 84, IV, que atribui ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir decretos e regulamentos para a *fiel execução de leis*.

Desse modo, a Administração não tem liberdade para agir. Ela depende sempre de autorização legal para tanto. Na precisa lição de Michel Stassinopoulos, “*la loi n’est pas seulement la limite de l’acte administratif, mais sa condition et sa base*”.<sup>104</sup>

O princípio da legalidade administrativa importa, portanto, o *dever da Administração de atuar em conformidade (formal e material) com as normas jurídicas veiculadas por meio de lei (ato legislativo)*. Assim, os atos administrativos que lhe seguirem não poderão ultrapassar os limites traçados pelas normas legais.<sup>105</sup> Como se pode perceber, Renato Alessi tem total razão quando assevera que a atividade administrativa consiste na emanação de atos de produção jurídica *complementares* à lei.<sup>106</sup>

Convém salientar que parcela da doutrina pretende substituir o termo *legalidade* por *juridicidade*.<sup>107</sup> Com isso, o princípio da legalidade seria entendido em sentido amplo, representando a submissão da atividade administrativa a todo o direito (principalmente à Constituição), e não só à lei.

Romeu Felipe Bacellar Filho critica essa concepção de legalidade em sentido amplo (ou juridicidade). Para o autor, a ideia de princípio da legalidade em sentido estrito (submissão à lei) é de ordem lógica. “Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despido de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública. Afinal, o que sobraria para os demais?” Ainda segundo Bacellar, a adoção do sentido amplo de legalidade confunde esse princípio com o da constitucionalidade. “Perverte-se a hierarquia das fontes do direito

<sup>104</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Collection de L’Institut Français D’Athènes: Athènes, 1954, p. 69.

<sup>105</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 73) esclarece que o princípio da legalidade tem, em verdade, um sentido mais extenso. Isso porque, deve ser ele entendido como respeito à lei “e, sucessivamente, às subsequentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção”. Desse modo, “é desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos”.

<sup>106</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 8.

<sup>107</sup> “A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a que se vincula a Administração Pública – é certo que assim é –, esta vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-70).

(são colocados no mesmo plano blocos distintos na pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial).<sup>108</sup>

Em verdade, é desnecessário alterar a denominação de princípio da legalidade para juridicidade (ou legalidade em sentido amplo). A norma jurídica é a significação dos textos normativos (Constituição, leis, decretos etc.). Essa significação é atribuída a partir da interpretação que se faz daqueles textos.<sup>109</sup> Daí se falar que a norma jurídica é o resultado da interpretação. Ora, a interpretação dos atos legislativos deverá ser sempre conforme a Constituição. Assim, ao se construir (por meio da interpretação) a norma legal, pressupõe-se que ela está adequada aos preceitos constitucionais (trata-se de presunção relativa). Logo, ao se dizer que a Administração está submetida às normas legais, já importa sublinhar a compatibilidade dessas com as normas constitucionais. Um texto legislativo não pode ser interpretado de forma isolada, sem que se observe a totalidade do sistema jurídico.

Por conseguinte, adota-se aqui o posicionamento de que o princípio da legalidade significa a submissão às normas jurídicas introduzidas por atos legislativos. Afirmar isso não implica submissão cega da Administração às normas legais, tomadas isoladamente, sem levar em consideração as normas constitucionais, notadamente os princípios norteadores do regime jurídico-administrativo.

Convém salientar que, embora a tarefa da Administração seja, na precisa lição de Seabra Fagundes, a de aplicar a “lei de ofício”,<sup>110</sup> existem situações em que ela atua com fundamento direto na Constituição. Mas, ao contrário do que ocorre no exercício da função de governo, por exemplo, a atividade administrativa diretamente infraconstitucional é *vinculada*, e não *discrecionária*. É o caso, por exemplo, do ato administrativo que aposenta um servidor público que completou 70 anos de idade. Nesse caso não é necessário que uma lei se interponha entre o ato administrativo e a Constituição. O art. 40, § 1º, II, da Lei Maior já é suficiente, pois prescreve todos os requisitos para tanto, não tendo o administrador qualquer margem de discricção a esse respeito.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 160.

<sup>109</sup> “A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. [...]”

Por analogia aos símbolos linguísticos quaisquer, podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação. Nas duas situações, encontraremos o *suporte físico* que se refere a algum objeto do mundo (*significado*) e do qual extratamos um conceito ou juízo (*significação*).

Pois bem, nessa estrutura triádica ou trilateral, o conjunto dos textos do direito posto ocupa o tópico de suporte físico, repertório das significações que o jurista constrói, compondo juízos lógicos, e que se reporta ao comportamento humano, no quadro de suas relações intersubjetivas (*significado*)” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8).

<sup>110</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 3.

<sup>111</sup> Nos termos do art. 40, § 1º, II, da Constituição, os servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência próprio serão aposentados “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

Em suma, no exercício da função administrativa, o Estado emite atos jurídicos (os chamados atos administrativos) complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição.

Convém frisar que, com isso, não se está afirmando que a Administração somente edita atos jurídicos. A atividade administrativa não é de caráter puramente ideológico, tal como afirma Alessi.<sup>112</sup> Pelo contrário, há intensa atividade material. Entretanto, antes de a Administração Pública agir concretamente, mister se faz a interposição de um ato administrativo prévio complementar à lei.<sup>113-114</sup>

Vale ainda mencionar que, para conceituar formalmente a função administrativa, não se pode inserir, como elemento necessário, a nota da *executoriedade* dos atos administrativos.<sup>115</sup> Sem dúvida, há atos praticados pela Administração que são dotados desse atributo. Contudo, não são todos, mas somente *alguns* dos atos administrativos *restritivos da situação jurídica dos administrados*.<sup>116</sup> Há, pois, uma enorme gama de atos administrativos que não tem essa característica.

Outro componente importante para a tipificação da função administrativa reside na hierarquia. Os atos administrativos são emitidos “na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos”.<sup>117</sup> Desse modo, no âmbito da estrutura administrativa existe uma relação hierárquica. Isso traz consequências jurídicas importantes, como, por exemplo, a possibilidade de anular e revogar os atos dos agentes hierarquicamente inferiores, o que já não ocorre, por exemplo, no âmbito da função jurisdicional.

Pode-se argumentar que não há controle hierárquico, por exemplo, em relação aos atos administrativos emitidos pelo Chefe do Poder Executivo. De fato, não existe tal controle, mas tal agente político não está fora da linha hierárquica. Pelo contrário, encontra-se no ápice dela; logo, está situado no interior da estrutura hierárquica.

<sup>112</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 240 ss.

<sup>113</sup> Na precisa lição de Stassinopoulos (*Traité des actes administratifs*, p. 23): “Ainsi, entre la situation matérielle qui tombe sous la règle de la loi et la mesure d’exécution qui aurait l’intention de produire l’effet matériel voulu par l’application de cette même règle sur la situation en question, un acte juridique s’interpose nécessairement, qui est la condition de l’opération matérielle.”

<sup>114</sup> Saliente-se, todavia, que haverá casos em que a Administração, a fim de evitar prejuízos ao interesse público, atuará materialmente sem que emita previamente um ato administrativo prévio. É o caso, por exemplo, da atuação de um guarda municipal que, ao ver que alguém está depredando o patrimônio do Município, utiliza-se da força para evitar ou diminuir o dano. Não há aqui a emissão de um ato administrativo, de uma norma. Ele apenas atua materialmente.

<sup>115</sup> É o que faz Fernando Andrade de Oliveira (op. cit., p. 141) quando define a função administrativa em sentido formal como sendo “o conjunto de atividades do Estado que, na execução e aplicação da lei formal e no exercício do poder público, são realizadas mediante procedimentos próprios, decompondo-se em atos administrativos, tipificados pela autoexecutoriedade, mas de caráter provisório, posto que estão sujeitos à anulação, por via jurisdicional, desde que ilegais e lesivos a interesses juridicamente protegidos”.

<sup>116</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

<sup>117</sup> Idem, p. 36.



Também se poderia asseverar que entre a Administração direta e a indireta não há relação de hierarquia. Isso é igualmente verdadeiro. Mas dentro da entidade administrativa descentralizada há relações de hierarquia nos mesmos moldes da Administração direta. E, além disso, há um controle administrativo denominado *tutela*.

Aliás, esse aspecto é muito bem ressaltado por Paulo Modesto, que destaca a dupla sindicabilidade jurídica (controle jurisdicional e administrativo) dos atos da Administração. Com isso, o autor contrapõe a função administrativa da jurisdicional.<sup>118</sup>

Com efeito, os atos administrativos se sujeitam a um *duplo controle*: administrativo e jurisdicional. O controle administrativo pode ser hierárquico. Mas também poderá se tratar da tutela administrativa, do controle parlamentar e do controle pelos Tribunais de Contas.

Em relação aos Tribunais de Contas, convém abrir um parêntese para afastar a natureza jurisdicional de sua função. Como já foi visto, é elemento formal necessário da função jurisdicional o seu exercício pelo Poder Judiciário, tendo em vista o previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição. Como as Cortes de Contas não são órgãos daquele Poder, então seus atos podem ser submetidos a controle jurisdicional.

Os Tribunais de Contas exercem predominantemente função administrativa.<sup>119</sup> A atividade por eles desempenhada é *infralegal*. Seria até possível argumentar que sua estrutura e atribuições estão delineadas na Constituição e que seus membros gozam das mesmas garantias dos magistrados, consistindo num verdadeiro “Poder”.<sup>120</sup> Até há certa razão nisso. Contudo, isso não afasta um dado fundamental para o deslinde do tema: as normas constitucionais que estabelecem as competências das Cortes de Contas são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (na conhecida classificação de José Afonso da Silva). O art. 71 e seguintes da Constituição Federal contêm normas de “princípio institutivo”.<sup>121</sup> Justamente por isso, demandam atos legislativos ulteriores que lhes confirmem executoriedade plena. Tais atos são denominados, geralmente, de *leis orgânicas*<sup>122</sup> e são elas que fixam as formas pelas quais tais órgãos irão atuar, bem como a sua estrutura interna.

<sup>118</sup> MODESTO, Paulo. Op. cit., p. 16.

<sup>119</sup> Será visto, mais à frente, que os Tribunais de Contas também podem exercer função de governo.

<sup>120</sup> Se um “Poder” é um órgão que possui uma atuação independente no exercício de suas atribuições, não submetido a qualquer controle *hierárquico*, então se pode dizer que o Tribunal de Contas ostenta essa qualidade. Mas, *dizer isso não afasta a natureza administrativa de suas atribuições*. Em verdade, afirmar que o Tribunal de Contas é um verdadeiro “Poder”, ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (coloca-se ainda o Ministério Público nesse seletto grupo), tem uma conotação muito mais *política*, do que *jurídica*.

<sup>121</sup> Normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas que “contêm *esquemas gerais*, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se *normas de princípio orgânico ou organizativo*” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 123).

<sup>122</sup> A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União é a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Fechado o parêntese, deve-se frisar que a função administrativa também se submete a controle pelo Poder Judiciário. Esse controle não é hierárquico, mas sim puramente jurídico. O Poder Judiciário controla a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos, não podendo, contudo, adentrar no mérito do ato. Assim, se o Poder Executivo emitir decretos autônomos, sem qualquer fundamento na lei, serão eles declarados inconstitucionais; se extrapolarem o conteúdo de lei preexistente, haverá invalidação por ilegalidade.

Como o parâmetro do controle jurisdicional é tanto a Constituição como os atos legislativos, prefere-se dizer que o Poder Judiciário controla a juridicidade dos atos da Administração, do que tão-somente a legalidade.

O último elemento formal do conceito de função administrativa a ser citado diz respeito ao sujeito. Ao contrário das demais funções (que serão levadas a cabo sempre pelo Estado), a função administrativa poderá também ser desempenhada, sob determinadas condições, por pessoas privadas. É o caso, por exemplo, dos concessionários de serviço público (art. 173 da Constituição).

Diante do exposto, conceitua-se a função administrativa como sendo *a atividade em que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, emite – no seio de uma estrutura e regime hierárquicos – atos jurídicos complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, os quais estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.*

#### 6.4 Função de governo (ou política)

Uma vez delimitado o âmbito de cada uma das três tradicionais funções estatais, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas atividades que não se enquadram adequadamente em nenhuma delas. Essas atividades podem ser incluídas numa categoria diversa, constituindo uma verdadeira função do Estado. Trata-se, seguindo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, da denominada *função de governo ou política*.<sup>123</sup>

Tal como adverte esse autor, a denominação utilizada *não* importa assimilação à teoria dos atos de governo professada na Europa continental. O seu objetivo foi o de excluir uma série de atos, de alta significação política, do controle jurisdicional. “Consideram esses atos de governo como procedimento de alta polícia, de salvação do Estado.”<sup>124</sup> Seriam, por exemplo, os atos de defesa do território, estado de sítio, relações diplomáticas, dentre outros.

Muito se discutiu sobre a natureza dos atos de governo. Michel Stassinopoulos refuta o critério de forma, já que tais atos poderiam se revestir da forma de decretos, de decisão de um ministro, ou ainda provir de um órgão inferior.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 36-37.

<sup>124</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 466.

<sup>125</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*, p. 28-29.

O Conselho de Estado francês utilizou, por um certo período, o critério do fim, isto é, quando o ato tivesse um *móvel político*, seria ele considerado de governo. Nesse sentido, a lista dos atos de governo cresce ou diminui conforme as circunstâncias.<sup>126</sup> É considerada a mais perigosa de todas as teorias sobre o tema.<sup>127</sup>

Outro critério é o que identifica a natureza do ato na função particular de governar, como algo diverso da função administrativa. Ou seja, quando se tratasse de função política, o ato seria de governo; se função administrativa, ato administrativo. Conforme Stassinopoulos, não há dúvida de que “administrar” (enquanto aplicação cotidiana da lei) é algo diverso de “governar”, pois esse consiste em prover os interesses gerais do Estado. Mas, “*ces expressions trop vagues ne fournissent pas un critère clair, et généralement cette théorie aboutit, elle aussi, à la recherche du but*”.<sup>128</sup>

Diante da insuficiência dessas doutrinas, restou o critério da enumeração. Seria ato de governo aquele que figurava na lista elaborada pela jurisprudência administrativa. Essa solução é, para Stassinopoulos, a única possível. Para o jurista, existe, em teoria, uma diferença entre administrar e governar, mas a identificação concreta depende necessariamente da apreciação do juiz.<sup>129</sup>

Em realidade, a teoria dos atos de governo – elaborada com a finalidade clara de afastar certos atos do controle jurisdicional – deverá ser afastada. Como bem aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nada justifica a existência, no Estado de Direito, dessa figura. “No Estado de Direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.”<sup>130</sup> Com efeito, no direito brasileiro, não existe ato jurídico que não possa ser submetido à apreciação pelo Poder Judiciário, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

A única forma de se aproveitar um pouco da ideia de atos de governo, no sentido dado acima, reside em apreender que determinados atos, por possuírem uma significação política diferenciada, são tratados diferentemente pela ordem jurídica. Assim, embora todos os atos jurídicos possam ser controlados pelo Poder Judiciário, existe uma diferença jurídica entre eles e os atos administrativos.

Desse modo, não se pode dizer que a decretação do estado de sítio, por exemplo, tem o mesmo regime jurídico do que um regulamento. O mesmo pode ser dito em relação aos atos de iniciativa do processo legislativo, sanção e veto do Chefe do Executivo em relação a outros atos administrativos. A essa relevância política diferenciada deve corresponder um regime jurídico distinto.

Em suma, os atos praticados no exercício da função de governo têm um regime jurídico que não se identifica com o das demais funções. Eles não inovam

<sup>126</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 466.

<sup>127</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. Op. cit., p. 29.

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*, p. 30.

<sup>130</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 467.

originariamente a ordem jurídica; não têm o caráter de definitividade; não são emitidos numa estrutura e regime hierárquicos e não são infralegais.

Os atos de que se cogita aqui têm uma característica comum: *são fundados diretamente na Constituição*. Entretanto, ao contrário do que ocorre em relação à função administrativa – que admite a existência de atos vinculados diretamente à Constituição –, os agentes que levam a cabo a função política praticam atos no exercício de uma *competência discricionária*.

O Presidente da República pode vetar um dispositivo constante em projeto de lei por considerá-lo contrário ao interesse público (art. 66, § 1º), decretar e executar a intervenção federal em Estados-membros (art. 84, X), bem como conceder, por meio de decreto, o indulto (art. 84, XII). O Congresso Nacional deverá escolher dois terços dos membros dos Tribunais de Contas (art. 49, XIII). A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, poderão convocar Ministros de Estado para prestarem, pessoalmente e sob pena de crime de responsabilidade, informações sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*). O Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça têm, nos termos do art. 96, II, da Lei Maior, a competência privativa de propor ao Poder Legislativo: (a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; (b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; (d) a alteração da organização e da divisão judiciárias. A mesma medida pode ser proposta, no que couber, pelo Tribunal de Contas da União (art. 73, *caput*). Também o Ministério Público tem poder para iniciar o processo legislativo (art. 128, § 5º).

Em suma, os atos acima, fundados diretamente em normas constitucionais que *não demandam um ato legislativo intermediário*,<sup>131</sup> são praticados no exercício de uma competência discricionária.

Com base na ideia acima, percebe-se que o processo de *impeachment* não se dá no âmbito da função de governo. Embora a destituição de certas autoridades do cargo tenha fundamento na Constituição, a exata definição dos crimes de responsabilidade e o processo e julgamento são definidos por ato legislativo. Assim, o que a Constituição faz, em seu art. 85, é tão-somente estabelecer balizas para que o legislador tipifique adequadamente as condutas passíveis de aplicação desse tipo de sanção.

<sup>131</sup> Eventualmente, pode haver um ato legislativo intermediário entre o ato de governo e a Constituição. Contudo, a norma constitucional que fundamenta o ato político não exige, para que possa ser aplicada, a criação de um ato legislativo. Assim, a iniciativa de leis pelo Tribunal de Contas da União não precisa ser disciplinada pela sua Lei Orgânica. Mas esta pode prever alguns ritos a serem observados pelo Tribunal, como, por exemplo, *quorum* mínimo do Plenário para a aprovação do projeto de lei a ser encaminhado ao Poder Legislativo. Mas frise-se que, mesmo diante da ausência de qualquer norma legal, a competência prevista no art. 73, *caput*, da Constituição de 1988 poderia ser exercida plenamente, sem qualquer empecilho. O mesmo não ocorre em relação às atribuições do Tribunal previstas no art. 71; por isso, a função aqui é administrativa.

Tanto isso é verdadeiro que o parágrafo único do mesmo art. 85 deixa claro que os crimes de responsabilidade “serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. O tema foi disciplinado pela Lei nº 1.079/1950, a qual foi recepcionada pela atual Lei Maior. Mas frise-se que, sem esse ato legislativo, não poderia haver a aplicação da sanção em questão. Por haver essa submissão à legalidade, o *impeachment* se dá na seara da função administrativa. A sanção, pois, não é, em termos jurídicos, “política” e “funcional”.<sup>132</sup> Trata-se, em verdade, de sanção administrativa aplicada pelo Poder Legislativo,<sup>133</sup> apesar de possuir uma altíssima relevância política (logo, metajurídica).

Outra característica da função de governo reside no fato de que somente o Estado – por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além dos Tribunais de Contas e do Ministério Público – é o sujeito juridicamente habilitado a exercê-la.

Tal como já afirmado acima, essa atividade estatal está submetida a controle judicial (art. 5º, XXXV). Do mesmo modo como ocorre no âmbito da função legislativa, o controle aqui é de constitucionalidade (abstrato ou concreto), pois esses são atos que têm como parâmetro a Constituição.

Convém ressaltar que, quando da explanação acerca da função legislativa, excluem-se as emendas constitucionais. É que, em verdade, tais atos jurídicos, uma vez aprovados legitimamente, *incorporam-se à Constituição*. Elas não consistem em atos situados entre a Lei Maior e os atos administrativos, tal como ocorre em relação aos atos legislativos. São atos constitucionais. Em vista disso, insere-se o poder reformador dentro da função de governo.

Portanto, com base no que foi exposto aqui, na *função política (ou de governo)*, o Estado (e somente ele) pratica atos jurídicos, no exercício de competência discricionária, diretamente fundados na Constituição, submetidos a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

## 7 Síntese das conclusões

No presente estudo, chegou-se às seguintes conclusões:

<sup>132</sup> “Os chamados ‘crimes de responsabilidade’ distinguem-se em *infrações políticas* – atentado contra a Constituição, contra a existência da União, contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, contra a segurança interna do país (art. 85, I-IV) – e *crimes funcionais* – como atentar contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (art. 85, V-VII)” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 490).

<sup>133</sup> Uma sanção será administrativa se a autoridade que a impuser estiver exercendo função administrativa. Sobre o tema, ver, por todos, OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

1. Função é o dever que alguém tem de, manejando certos poderes meramente instrumentais, atingir uma finalidade alheia. Haverá função estatal quando o sujeito citado for o Estado e quando a finalidade a ser atingida for o interesse público consagrado na ordem jurídica.
2. O conceito de função é nuclear no direito público. Dele se extraem várias consequências jurídicas fundamentais. A partir do conceito de função, por exemplo, percebe-se que o Estado não tem simplesmente poderes em relação aos indivíduos, mas principalmente deveres.
3. O direito positivo de cada Estado deverá prever – como modo de garantir e realizar os direitos fundamentais – o fracionamento do exercício do poder estatal, atribuindo as funções a órgãos distintos, como atividade característica e normal. Essa divisão não precisa ser inspirada necessariamente em Montesquieu; o importante é que a finalidade acima seja buscada.
4. Os constituintes de 1988 parecem ter se inspirado em Montesquieu para separar as funções do Estado brasileiro. Assim, o direito brasileiro segue a clássica divisão em legislação, jurisdição e administração. Todavia, pode-se identificar uma quarta função, denominada função de governo (ou política).
5. Os critérios geralmente adotados para conceituar as funções estatais são os seguintes: subjetivo (ou orgânico), material (ou substancial) e formal (ou jurídico).
6. Neste trabalho, fez-se uma clara opção pelo critério formal, pois o que importa são as características que o direito positivo conferiu a cada uma das funções estatais, isto é, o seu regime jurídico.
7. A partir do critério formal, podem-se definir as funções do Estado brasileiro do seguinte modo:
  - a) Função legislativa: atividade por meio da qual o Estado (e somente ele) edita atos jurídicos, diretamente fundados na Constituição, aptos a inovar originariamente a ordem jurídica e sujeitos a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.
  - b) Função jurisdicional: atividade exercida pelo Poder Judiciário (e somente ele) em que são emitidos atos jurídicos com o atributo da definitividade.
  - c) Função administrativa: atividade em que o Estado (ou quem lhe faça as vezes) edita atos jurídicos – no âmbito de uma estrutura e regime hierárquicos – complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.
  - d) Função política (ou de governo): atividade desempenhada pelo Estado (e somente por ele) por meio da qual são editados atos jurídicos,

no exercício de competência discricionária, diretamente fundados na Constituição e submetidos a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

## Referências

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das ideias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Mérlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Tecnos, 1995. t. I.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binbenojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Madri: Tecnos, 1994. v. I.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. I.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 5. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 jul. 2006.



MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Collection de L'Institut Français D'Athènes: Athènes, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1998.