

## Poder, Funções e Prerrogativas Estatais

### Power, Functions and States Prerogatives

**EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA**

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense, Advogado no Rio de Janeiro.

Submissão: 03.09.2012

Decisão Editorial: 30.10.2012

**RESUMO:** As prerrogativas concedidas pelo regime jurídico de Direito público ao ente estatal em face dos particulares, na persecução das finalidades públicas, é o tema em debate a partir da ascensão de um novo modelo constitucional. Investiga-se em que medida as prerrogativas públicas oriundas do poder de império estatal como instrumentos necessários à realização das funções públicas podem ser compatibilizados com o constitucionalismo contemporâneo que é marcado pelo reconhecimento do caráter normativo da Constituição, com sua ascensão no sistema jurídico e assunção do papel de centralidade dos direitos do homem na ordem jurídica e instituição de uma ordem objetiva de valores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; poder; funções; prerrogativas.

**ABSTRACT:** The privileges granted by the legal regime of public law to the state entity in the face of individuals in prosecution of public purposes is the topic of discussion from the rise of a new constitutional model. Investigates the extent to which public powers derived from the power of the empire state as instruments needed to performance of public functions can be compatibilized with the contemporary constitutionalism that is characterized by recognition of the normative character of the Constitution with a rise in the legal system and fulfilling the role of centrality of human rights in the legal institution and an objective order of values.

**KEYWORDS:** State; power; functions; prerogatives.

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 Poder; 2 Funções; 3 Prerrogativas; Referências.

#### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Reveste o poder de atributo essencial do Estado, que o concentra e exerce sobre a sociedade por meio de sua dominação através do binômio comando-obediência dirigindo-a aos fins estatais. Inerente à sua natureza, há traços fundamentais que determinam o seu modo de atuação, entre os quais, a sua capacidade de auto-organização, que permite a sua articulação em vários órgãos e atividades coordenadas.

Diferencia-se, portanto, em uma estrutura ordenada, mediante a criação de poderes orgânicos – os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – e por meio da atribuição de um conjunto de tarefas – legiferante ou normativo, executante ou administrativo, e judicante ou jurisdicional –, que exteriorizam uma manifestação típica do exercício do poder político no Estado contemporâneo com vistas às finalidades estatais.

Na persecução desses interesses, se sujeitam os poderes orgânicos à ordem jurídica, vinculando-se a um sistema de regras e princípios legais que tem por vértice a Constituição e condicionam a atividade estatal, impondo um regime jurídico que restringe não apenas suas atividades à finalidade a se cumprir, mas os meios e as formas utilizadas para alcançá-las, assegurando sua conformidade e congruência com os valores que ordenam aquele sistema.

Sob esse vértice, o regime de Direito público em virtude do poder de império do Estado concede um complexo de prerrogativas aos poderes orgânicos, derogatório e exorbitante do regime comum, colocando-o em posição privilegiada em relação ao particular no exercício das funções estatais, constringendo a esfera de atuação dos indivíduos à persecução dos interesses públicos.

Não obstante, em um sistema jurídico com o epicentro em uma Constituição formal, que atribui, em razão da especialização funcional e independência orgânica, funções típicas aos Poderes Públicos, dotando-os de prerrogativas com vistas aos fins estatais, a atividade pública também será orientada à persecução dos fins veiculados pelo poder constituinte nos bens e interesses fundamentais da sociedade, entre os quais, os direitos individuais.

Nesse tocante, busca o presente trabalho investigar em que medida as prerrogativas públicas, enquanto oriundas do poder estatal e voltadas às funções públicas, podem ser compatibilizadas com um modelo constitucional marcado pelo reconhecimento do caráter normativo da Constituição, com sua ascensão no sistema normativo e assunção do papel de centralidade dos direitos do homem na ordem jurídica.

De início, a análise concentra-se no poder, de forma a delimitar sua finalidade na formação do ente estatal, perquirir a sua natureza relacionando-a com o Direito e definir seus atributos de coercitividade e de auto-organização, de forma a extrair a especialização em órgãos e diferenciação em funções, e o poder de comando e submissão ao elemento humano no exercício da atividade estatal.

Após, volta-se o estudo às funções estatais, de modo a identificar, a partir de certo critério de diferenciação, o conteúdo das atividades públicas e pela sua submissão ao Direito concluir pela ordenação de um regime jurídico

de natureza pública e, portanto, constando com uma série de prerrogativas e restrições observadas no exercício da persecução das finalidades estatais.

Por fim, apresentadas as premissas necessárias ao debate, o exame restringe-se às prerrogativas públicas, analisando seus fundamentos e natureza, determinando suas distinções e espécies e adequando-as ao seu papel no modelo constitucional contemporâneo, de instrumento dos Poderes Públicos de persecução das finalidades estatais em equilíbrio com as posições garantidas pela própria ordem jurídica aos indivíduos.

Nesse tocante, utiliza-se por metodologia neste trabalho, a crítica dialética, tendo sido eleito por meio de pesquisa o bibliográfico, fundado principalmente na doutrina jurídica nacional e estrangeira, apoiado nos principais expoentes do Direito público, bem como, do Direito privado quando necessários na fundamentação deste trabalho.

## 1 PODER

Tem o Estado<sup>1</sup> sua origem nas sociedades que se organizam em dado espaço territorial, política e juridicamente, para exercerem e resguardarem a sua autodeterminação<sup>2</sup>, e o instituem, de forma a garantir sua soberania e alcançar os fins que lhe cabe. Seu fundamento, portanto, encontra-se a par das sociedades políticas, mas com essas não se identifica, senão como um de seus fins diante da sua gradual complexidade<sup>3</sup>, sendo sua natureza objeto de controvérsia na doutrina<sup>4</sup>.

1 Não se trata de objeto de análise do presente estudo o Estado em toda sua extensão e os institutos que o delineiam, mas, utilizando as palavras de Hans Kelsen, o Estado delimitado, no que concerne aos institutos relativos que se deseja analisar, no caso, o poder e as funções decorrentes de sua auto-organização, de modo a alcançar o fundamento e a justificativa teórica do verdadeiro escopo da monografia. Para um exame atento, consultar: LASKI, Harold J. *El estado moderno: sus instituciones políticas y económicas*. Traducción, prólogo y notas Teodor Ginzález García. Barcelona: Libreria Bosch, 1932; HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1942; KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Editora Nacional, 1959; JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Bueno Aires: Editorial Albatros, 1973; GRÖPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962; BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7.

3 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 19. Demonstra, o contexto histórico, a organização dos grupos sociais, em sociedades simples, pré-existentes ao Estado, enumerando-se a família patriarcal, o clã e a tribo, a gens romana, a fratria grega, a gentilidade ibérica e o senhorio feudal, que não são dotadas do poder anônimo difuso ou individualizado, não seja, os elementos percussores ou idênticos da instituição estatal. Tão pouco a complexização, mediante a existência de um poder ordenador, faz com que tais sociedades, nomeadas agora de políticas ou de fins gerais, ensejem o surgimento do Estado, pois, diante de suas formas primitivas ou organizadas, podem permanecer distintas, com existência própria, ante a peculiaridade do Estado em sociedades complexas pré-estaduais, infra ou supra-estaduais, de modo, que não se identificam todas as sociedades políticas com o Estado. (Idem, p. 20-22)

4 Sobre as diversas correntes sobre o tema, consultar: Idem, p. 159-180.

Figuram seus elementos constitutivos<sup>5</sup> como condições de sua própria existência e perpetuação, dispostos em uma tríade de ordem humana: sociedade de fins gerais – articulado o grupo social em seus objetivos como sujeito-objeto do Estado, tão seja, a unidade da instituição, razão e destino de seu poder<sup>6</sup>; institucional – organização política-jurídica, na organização em estrutura e funcionamento com articulação de funções e diferenciações de órgãos e serviços<sup>7</sup>; e geográfica – o território como espaço geofísico de fixação, integração e referência da sociedade, domínio da ação indiscutida do Estado e sede de seu poder<sup>8</sup>. Porém, delimitam apenas um dos possíveis tipos de Estado, aqueles de natureza nacional soberana e de origem europeia, difundido nas formações estatais pelo mundo<sup>9</sup>, porém, distinto, diante das transformações da ordem global do Estado contemporâneo.

Nesse contexto, a soberania, concebida como autodeterminação juspolítica plena, desvincula-se dos demais elementos formadores<sup>10</sup> diante da multiplicação de Estados conformados por diversas nações, portanto, sem a unidade oriunda da identidade étnica e cultural comum do grupo nacional que se organiza em uma instituição juspolítica devido a interesses de ordens políticas, econômicas e afins<sup>11</sup>. No plurinacionalismo dos Estados, esses grupos sociais acabam por declinar da soberania mediante uma razoável autonomia, na organização política-jurídica, desde que possam garantir simultânea identidade e segurança<sup>12</sup>. Dessa forma, no mundo contemporâneo, assiste-se Estados com organização e meios políticos próprios, não soberanos, de modo que se tornam raros os Estados efetivamente nacionais<sup>13</sup>. Por não mais corresponder elemento integrante do Estado, a soberania se

---

5 Utiliza-se da teoria elucidada pela obra clássica de Georg Jellinek, amplamente adotada pela doutrina, salvo as divergências de valor, em que o Estado corresponde a uma síntese de povo que exerce, em determinado território, um poder político (JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 135). Note-se que para Hans Kelsen, sendo o Estado uma ordem coativa e normativa da conduta humana, toda a questão em torno de sua essência se trata de uma questão acerca apenas da forma e conteúdo essencial dessa ordem. Porém, observa a predominância da teoria, ainda que destoe dela, razão pela qual demonstra a permanente presença do jurídico nessa trilogia de elementos constitutivos. Denota sua contribuição ao incluir a essa trilogia o lapso temporal, indicando que o Estado não existe apenas no espaço, mas perpetua através do tempo (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 123). Consultar, em especial, sobre o tema, também a obra de: VERDU, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972. p. 94 e ss.

6 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 318-319.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 7-8.

8 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 218.

9 Idem, p. 19.

10 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 366-367.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 7.

12 Idem, ibidem.

13 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 367.

torna atributo específico do poder, proporcionando a insubmissão de sua ordem jurídica a qualquer outra<sup>14-15</sup>.

Todavia, se a soberania não mais importa o aparecimento do Estado, a disposição da sociedade complexa e em dado território, não se torna, capaz de ensejar o surgimento do mesmo, se não houver um poder que ordene o elemento humano e o fator geopolítico, em uma síntese política-jurídica<sup>16</sup> e na direção da execução do fim comum. Nesse sentido, vislumbra-se um vínculo adstrito, no qual não se concebe Estado sem poder. É no Estado que o poder alcança a sua incidência mais ampla, de forma que, expõe Georg Jellinek, onde haja uma comunidade com um poder originário e meios coercitivos para dominar seus membros e seu território, conforme a ordem que lhe é própria, ali existe um Estado<sup>17</sup>.

Como a mais marcante de suas manifestações, o poder<sup>18</sup> se reveste, assim, de atributo essencial, verdadeira condição da existência do Estado, que o concentra e o exerce sobre a sociedade organizada – objeto do poder que se subordina a esse – nos limites do seu território – sede material do poder e seu instrumento de serviços aos seus fins –, e na vigência de sua ordem jurídica. Esse pensamento cede oposição na obra de Georges Burdeau por este compreender que o Estado é a institucionalização do poder, e, em extensão, instituição em si que encarna o poder. De tal sorte, considera o poder mais que essencial para o Estado, porém, o próprio, como a expressão ordenada da concepção de convivência que prepondera naquele grupo social, de forma que seus atos obrigam e sua natureza abstrata o faz perpetuar, ainda que com o fim de seus agentes<sup>19</sup>. Eleva, a critério central de sua obra, ao indicar que a vida política, por inteiro, se articula em torno deste complexo de elementos materiais e espirituais que é o poder político<sup>20</sup>.

Encontram-se correlatos a origem e fundamento do poder, de tal forma que onde se pretende encontrar a sua causa determinante vê-se manifestar a justificativa para sua existência. Incumbe a diversas teorias delimitar

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 7.

15 A soberania diante da ordem internacional tem seu sentido como acesso ao sistema de comunidade de Estados, de forma igualitária e sem subordinação à força ou às diretrizes de nenhum Estado estrangeiro, observada a aceitação do conjunto de normas jurídicas regulador dessas relações. Nesse quadro, em que surge a soberania como a capacidade internacional plena, é possível identificar Estados soberanos, semi soberanos e não soberanos, sendo os últimos aqueles que não integram a comunidade internacional organizada, mas são sujeitos passivos das regras que necessariamente iram o regeer. (Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 219-230)

16 VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 108.

17 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 368.

18 Consultar, em especial: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992.

19 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 93.

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder*, p. 17.

o surgimento e a razão do poder, conatural a toda associação humana. Da teoria psicológica, em que o poder emerge das tendências e instintos sociais do homem, com justificativa, na teoria moral, no desejo consciente da comunidade, até a teoria da obediência, na qual o poder se realiza no grupo a partir da existência nas relações sociais da submissão de um grupo a uma autoridade; portanto, justificada na teoria da autoridade, busca-se compreender o domínio do poder e a sua imposição, no primado do subjetivismo, sem, contudo, alcançar as respostas almejadas. Sob outra proposição, evidentemente objetiva, a teoria da força explica o poder pela relação de domínio dos fortes sobre os fracos, de forma que a organização política-jurídica é mero desdobramento da prevalência da vontade do mais forte, e justifica-se o poder pelo próprio poder. Porém, na teoria da função, de aplicação metodológica empírica, e com a dimensão política dada pelos estudos de Harold J. Laski refutam-se tais argumentos, preponderando, entre as demais, por suas próprias razões<sup>21</sup>.

Segundo aquela teoria, a obediência e subordinação à ordem jurídica decorrem tais quais consequências irrefutáveis dos imperativos sociais que somente podem ser satisfeitos por meio do poder<sup>22</sup>. Abandona-se, a obediência, com expoente máximo Hobbes, fundada no medo, onde o Estado se torna hábil ao exercício de sua autoridade, por possuir em última instância de sanção à força, para se aproximar, da escola de Rousseau, onde a obediência decorre do consenso, pois tem essa como retorno a verdadeira liberdade e sua ausência leva ao anarquismo<sup>23</sup>. Nesse entendimento, o poder surge para atender a necessidade do grupo social que se sujeita à autoridade por meio da obediência e do consenso, de modo que se justifica, enquanto instrumento para satisfação dessas necessidades da coletividade, qualificadas como interesse<sup>24</sup>.

Há de assinalar as distinções do poder emanado do grupo social, daquele fomentado nas sociedades políticas instituídas. Coube, com sua peculiar destreza, a George Jellinek ressaltar os delíneos do poder político. Demonstra-se existente, em toda associação humana, por mais escassa força que possua um poder peculiar, tal qual, unidade que se distingue de seus membros. Essa unidade se ordena e dirige à execução das ordens do grupo social de fins, ou seja, no intuito dos fins comuns da associação. Porém, encontra-se em duas ordens de fática importância o poder social: o poder dominante e poder não dominante.

---

21 Idem, p. 62.

22 Idem, ibidem.

23 LASKI, J. Harold. *Authority in modern state*. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 11-12.

24 Idem, p. 12.

Caracteriza-se o poder em sua face simples, não dominante, pela capacidade de dar ordens aos seus submetidos, sem que, contudo, tenha força necessária para obrigar a sua execução. Constrange-se a essa, por meio apenas de sanções, tendo um caráter disciplinar, por não ser dotado de imposição. O poder de dominação, ao contrário, faz se notar irresistível, dominando a quem decidir de modo incondicionado, e pode exercer a coação, para que se cumpram as suas ordens<sup>25</sup>. Dele não cabe subtrair-se, como se faz em qualquer associação dotada de outra forma de poder, porque mantém a quem a ele se submete, em virtude de sua força que é originária. De onde, deduz, o poder dotado de dominação, *herrschen*, é, por conseguinte, poder do Estado, residindo nessa a qualidade que o diferencia dos demais<sup>26</sup>.

Destinado a dirigir a sociedade aos seus fins, por meio do binômio comando-obediência<sup>27</sup> e de sua dominação, o poder político encontra pluralidade de conceitos formulados quanto a seus elementos subjetivo e objetivo, seus resultados e efeitos<sup>28</sup>. Considera-se sua melhor expressão, nos ensinamentos de Maurice Hauriou, o qual trata o poder de uma energia de vontade que se manifesta em quem assume o empreendimento de governar um grupo humano e que permite impor-se graças ao duplo predomínio da força e a competência. Quando não está submetido mais do que pela força, tem caráter de poder de fato e se converte em poder de direito pelo consentimento dos governados<sup>29</sup>.

Ao poder se une, então, a ideia de força, meio pelo qual se submete o grupo social e a competência, ou seja, a legitimidade oriunda do seu consentimento. Se repousar somente na força, com a dominação material da sociedade, por meio do emprego frequente de meios violentos para impor sua sujeição, esse poder será de fato e não terá estabilidade, alcançada apenas se o poder sustentar em grau maior na competência do que na força, ou seja, no consentimento dos submissos ao poder do que na coerção, convertendo-se em poder de direito<sup>30</sup>. De modo que, aponta Paulo Bonavides, o Estado moderno resume basicamente um processo de despersonalização do poder, ou seja, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito<sup>31</sup>.

---

25 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 320.

26 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 322.

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder*, p. 167.

28 Idem, *ibidem*.

29 Maurice Hauriou apud VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 110.

30 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.106.

31 Idem, *ibidem*.

Assente no Direito, o Poder do Estado encontra dissonância quanto à natureza de político, conforme parte da doutrina jurídica, com expressão máxima de Hans Kelsen, ou, ainda, seja um binômio político-jurídico, conforme, na referência pátria, Miguel Reale e Dalmo de Abreu Dallari<sup>32</sup>.

Dos que sustentam o poder na dominação, inclusive seu percussor, George Jellinek, a natureza política encontra limitação pelo Direito, podendo essa vontade que provém os fins da comunidade ter um caráter de fato; porém, nas instituições desenvolvidas, esse poder político terá natureza de jurídico por não subsistir se não houver essa que lhe dê segurança<sup>33</sup>. Idêntico é o entendimento de Hermann Heller, ainda que a partir de pressupostos distintos, do qual se extrai que todo poder político aspira uma forma jurídica “e há de entranhar tal tendência porque no Estado moderno o Direito representa normalmente a forma necessária de manifestação, tanto do ponto de vista técnico como ético-espiritual, de todo poder político que queria garantir-se”<sup>34</sup>.

Na concepção de Estado de Hans Kelsen, a referência específica, a unidade de associação de homens, imputada a ele, não aspira uma forma jurídica, mas só é possível sobre a base de uma ordem normativa. Uma ordem, em virtude da qual, considera os campos de condutas humanas são selecionados determinados atos humanos, qualificados do ponto de vista normativos e ligados a unidade jurídica. Assim, “o ato qualificado com o arranjo das normas do ato estatal é um ato jurídico, do mesmo modo o poder do Estado, tem de ser um poder jurídico, a garantir sua própria validade”. Quando a teoria clássica considera que a função essencial do Poder Público é submeter o povo de modo que impera sobre aquele, se refere à função da ordem jurídica, enquanto submete os homens ligando a sua conduta, a realização de um dever jurídico, afirmando a sua validade perante assim. Não se trata de força natural, no seu entendimento; portanto, porque se trata de um Poder Jurídico, direito do próprio Estado, e o seu caráter coativo, decorre das normas jurídicas que prescrevem a coação para o caso de inobservância<sup>35</sup>.

A visão política-jurídica do poder tem por referência, na doutrina pátria, Miguel Reale, tendo sido já tratado, com referência, no direito anglo-saxão, por *e.g.*, nas obras de Krüger e Ermacora<sup>36</sup>. Antes do ensaio que coaduna com tal posicionamento, Dalmo de Abreu Dallari postula crítica à

---

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 96.

33 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 324.

34 HELLER, Hermann. Op. cit., p. 269.

35 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 125-126.

36 VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 114.



argumentação de Hans Kelsen ao ressaltar que, ainda sob aparência de um poder de fato, é anterior à ordem jurídica o poder estatal, o que tornaria necessário explicar de onde viria o poder coativo dessa ordem. Resultaria em um impasse, uma vez que teria que remontar a uma ordem jurídica anterior, e assim sucessivamente, para pudesse ser encontrada a sua razão. A fundamentação de Hans Kelsen, em sua norma fundamental hipotética, segundo o autor, é frágil, uma vez que a mesma tem caráter jurídico de suposição, sem ter sido de fato posta, o que resulta insustentável a afirmação do poder do Estado ser apenas e total jurídico<sup>37</sup>. Conclui que devido as origens, modo de funcionamento e os caracteres do Poder não se pode admiti-lo estritamente político e tão pouco se sustenta como exclusivamente jurídico, tendo sido essa dicotomia política-jurídica bem demonstrada por Miguel Reale.

O poder tem força social, pois a vivência em um grupo pressupõe organização, que é constituir-se com um poder distinto dos poderes particulares de seus membros, e a princípio se ordena juridicamente, com a realização progressiva do poder em formas de Direito, pois tal qual não há organização sem um ordenamento jurídico, não há poder, que não seja de direito, insuscetível de qualificação jurídica<sup>38</sup>. O momento da juridicidade do poder, porém, como afirma o autor, não representa uma conversão absoluta e definitiva do poder em Direito, mas sim uma conversão formal do poder em poder de direito, à medida que o seu conteúdo político-social se revela como forma ou modelo de natureza jurídica. Não se move o poder do Estado em uma atmosfera unicamente jurídica, visto que, uma vez que constituído o Estado, suas funções não se circunscrevem à edição e execução das leis, e vigente a Constituição, essa não importa no cessar das transformações sociais, mas no acompanhamento do processo político-social, ou seja, o processo social ocorrido na coletividade segundo os motivos ético-políticos<sup>39</sup>. De tal maneira, ainda que atingido o grau máximo de juridicidade, expõe Dalmo de Abreu Dallari, continuará a ser, igualmente, poder político, capaz de agir com plena eficácia e independência necessária para a consecução de objetivos não jurídicos<sup>40</sup>.

É possível vislumbrar, inerente à sua natureza, traços fundamentais que aderem o Poder do Estado e determinam o seu caráter e modo de atuação. Por essa razão, torna-se necessário examiná-los para que se compreenda o modo como ocorre o seu exercício. Embora haja distintas enumerações na doutrina, pode-se considerar os caracteres mais evidentes a imperatividade, a natureza integrativa do poder estatal, a unidade e indivisibilidade,

---

37 DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 96.

38 REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 116-117.

39 REALE, Miguel. Op. cit., p. 141-142.

40 DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 97.

a capacidade de auto-organização, o princípio de legalidade e legitimidade e a sua soberania<sup>41</sup>.

Antes é necessário considerar os caracteres do Poder do Estado assinalados por Maurice Hauriou. Indica o mestre tratar-se o poder de público, ao ser incumbido de exercer uma tarefa determinada pela coletividade, de modo que não tem o caráter de poder pessoal de quem o exerce, mas desse grupo social a que está a serviço. Pode-se determiná-lo como centralizador, porque nasce quando já coexistem outros poderes, de forma que os submete e o absorve; assim, vê-se, e.g., o Estado unitário se formando sobre os organismos locais. Nesse sentido, também é minoritário, porque concentra-se em um núcleo mínimo responsável por exercê-lo, em face da maioria que a ele se sujeita, nota que Harold J. Laski também vê existir onde se exerça o poder do Estado<sup>42</sup>. Tão pouco deve se esquecer que se trata de um poder soberano, quando independente ao exterior e proprietário dos elementos de governo em seu território<sup>43</sup>, consideradas as transformações antes vistas da soberania na ordem atual.

Peculiar à essência do Poder do Estado, o *imperium*, a dominação corresponde ao caractere que o distingue dos demais poderes das sociedades políticas por ser dotado de força e meios para obrigar à execução de sua ordem<sup>44</sup>. É sede da coercibilidade do Estado que se faz incidir sobre sua sociedade e inclusive outras nações, *a priori*, de forma institucional, na qual, por meio jurídico, tenta fazer valer a sua efetividade, porém, não ocorrendo e sendo necessário fazer uso de seu meio material<sup>45</sup>. O Estado detém, assim, o monopólio da coação organizada e incondicionada, emitindo regras de comportamento estatuído na conduta social e dispondo dos meios materiais que imponha a observância dessas<sup>46</sup>. Sua dominação reveste-se de um caractere originário, do qual derivam os demais poderes, e irresistível, na qualidade que se revela pela impossibilidade de se subtrair quem a ele se submete<sup>47</sup>. A originalidade da dominação decorre, do seu próprio poder, que não pode derivar de nenhum outro, devendo proceder segundo ao seu próprio direito e sua vontade<sup>48</sup>.

O seu império, porém, só importa, em real domínio, quando fundado na legitimidade e na legalidade, também condições essenciais do Poder

---

41 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 107.

42 LASKI, Harold J. *Authority in modern state*, p. 8.

43 SERRANO, Nicolás Peréz. *Tratado de derecho político*. Madrid: Editorial Civitas, 1984. p. 123.

44 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 321.

45 VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 97.

46 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 107.

47 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 320.

48 Idem, p. 367.

do Estado, de modo que reporta-se às lições de Hermann Heller, em que só goza de autoridade o poder de Estado a que se reconhece que o poder está autorizado. Sua autoridade se baseia unicamente em sua legalidade, em tanto que esta se fundamenta na legitimidade<sup>49</sup>. Nos sistemas políticos, a legalidade exprime basicamente a observância das leis, com o mecanismo das instituições e o procedimento da autoridade em consonância estrita com a ordem jurídica, de forma que o Poder do Estado será legal desde que esteja em harmonia com os princípios jurídicos que servem de esteio à ordem estatal<sup>50</sup>. Pressupõe-se a legalidade à adequação do poder ao ordenamento jurídico enquanto a legitimidade representa a justificação à dominação juspolítica, já que somente a expressão de seu *imperium* em um determinado grupo social não basta para fazer com que o mesmo seja aceito por seus destinatários.

Por meio de sua imperatividade, atua o Estado na ambiência coletiva, ordenando os grupos sociais com seus respectivos poderes, com a imposição e o domínio de seu poder. Desse modo, conserva unida, coesa e solidária a sociedade organizada, da qual decorre da imperatividade a natureza integrativa ou associativa do Poder do Estado<sup>51</sup>.

Todavia, não ordena o poder, com os alicerces na antinomia de autoridade e liberdade, no Estado contemporâneo. O Poder do Estado, na sociedade politicamente organizada, não antagoniza e nem insurge contra o poder dos grupos secundários nem o dos indivíduos, mas se coordenam, pois esses poderes têm âmbito de ação demarcado, no documento formal de partilha do poder, a lei fundamental do Estado, de modo que os conflitos de interesses serão descompostos nas regras de competência<sup>52</sup>. Inclusive, o binômio autoridade-liberdade tende a ser reconstruído, no sentido que, se antes versava sobre uma oposição, com a devida limitação do segundo pelo primeiro, na atualidade, representa uma compatibilização, de modo que cabe ao Estado, se não garanti-los, não contrapô-los, excetuadas as hipóteses que se tornem extremamente necessárias.

Traço também característico do poder do Estado, a unidade, tem por consequência necessária a indivisibilidade do poder, pois um poder *in diviso* supõe um desmembramento do Estado em uma variedade de formações políticas<sup>53</sup>, de tal modo que se torna impossível um poder fragmentado ordenar os grupos sociais no espaço geofísico. Tão pouco a própria concep-

---

49 HELLER, Hermann. Op. cit., p. 270-271.

50 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 111.

51 Idem, p. 106.

52 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 21.

53 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 373.

ção de soberania, que é atributo insuscetível de divisão por não suportar ampliação ou redução de seu domínio, mas somente junto a si poderes do mesmo gênero<sup>54</sup>. Com a unidade, incide a titularidade do poder, de forma exclusiva e indivisível, no estado pelo qual, devido ao princípio de unidade ou indivisibilidade, alcança o Estado moderno um de seus postulados essenciais, ao desprender o seu poder do poder pessoal do governante que o exerce<sup>55</sup>.

Não obstante, para que haja o exercício do poder na manifestação da vontade do Estado, essa titularidade se encontra a par da titularidade da organização política-jurídica de seus poderes, na competência de seus órgãos e agentes<sup>56</sup>. De certo essa organização, que deriva da faculdade autodeterminativa do Poder do Estado – a capacidade de se auto-organizar –, é de tal forma intrínseca ao poder que se confunde com o próprio Estado, do qual infere Paulo Bonavides que o caráter estatal de uma organização social decorre precisamente da circunstância de proceder de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional o poder que essa organização exerce sobre os seus componentes<sup>57</sup>.

## 2 FUNÇÕES

Embora o Poder do Estado seja essencialmente unitário, não obsta que em fases avançadas de sua evolução, tal emanação se cinda e se articule em vários órgãos que cumpram ações distintas e coordenadas ao fim comum de todo o sistema, demarcando esferas de atuação e de limites, permitindo ações específicas em caso de transgressão<sup>58</sup>. Exterioriza-se, assim, o Poder do Estado pela existência de uma organização que tenha caráter próprio e independente, com divisão de poder unida a essa de forma a alcançar suas exigências, seus fins<sup>59</sup>, razão de ser de seu exercício. Oriunda sua organização de outro Estado, não se convola a sociedade em Estado por não residir na vontade da comunidade emanada no próprio poder, e a independência de seu poder surge, na medida em que sua organização tem ordem jurídica própria e detém as funções materiais e essenciais de um Poder do Estado estabelecidas nesta<sup>60</sup>. Neste tocante, as funções estatais correspondem às

---

54 Idem, *ibidem*.

55 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 109.

56 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 218.

57 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 108.

58 DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Prefácio de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 55.

59 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 368.

60 Idem, p. 370.

diversas atividades do Estado que constituem diferentes manifestações ou diversos modos de exercício do poder estatal<sup>61</sup>.

Essa organização político-jurídica tem sentido dúplice por compreender estrutura e funcionamento, órgãos e atribuições, que se alinham à finalidade pretendida, na divisão em entes e por meio de funções específicas<sup>62</sup>. O Poder do Estado tem acepção orgânica no que se refere como centro de imputação, ao pressupor e se articular em órgãos competentes para executar as funções determinadas, e acepção funcional, no conjunto de atribuições devidas a esses órgãos no exercício do poder. Repartido juridicamente em órgãos e agentes, tem-se os poderes orgânicos, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e sob o aspecto da configuração de um conjunto de competências ou poderes funcionais de tais órgãos estabelecidos pela norma fundamental do Estado<sup>63</sup>, têm-se as funções, os poderes funcionais, legiferante ou normativo, executante ou administrativo, e judicante ou jurisdicional<sup>64</sup>, em uma estrutura ordenada à realização dos fins do Estado, no qual uma acepção pressupõe a outra e se torna indissociável a noção de órgão e de função<sup>65</sup>.

Porém, a funções do Estado pode-se também atribuir sentidos distintos: o de fim, a que é incumbido pela sociedade organizada, ou de atividade, com características próprias<sup>66</sup>. Conforme indica Jorge Miranda, na vértice de fim, a função traduz o enlace da sociedade e do Estado, princípio da legitimação do exercício do poder, os escopos a serem perseguidos pelo mesmo. Na de função, se refere aos atos e atividades desenvolvidos pelos Estados, como manifestação específica do poder político, uma forma tipificada de exercício do poder, apreendido em uma perspectiva tríplice, material, formal e orgânico. Em ambas, vê-se um caráter finalístico: de forma direta, a função como tarefa, e indireta, a função como atividade<sup>67</sup>.

Exercidas pelos poderes orgânicos, as funções atuam de acordo com os fins do Estado, que determinaram as feições de suas atividades, na conformidade das normas jurídico-públicas, que as qualificam como atividades da

---

61 MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del estado*. Trad. José Li6n Depetre. México: Fondo de Cultura Econ6mica, 1948. p. 249.

62 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdut6ria, parte geral, parte especial*, p. 7.

63 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 214.

64 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdut6ria, parte geral, parte especial*, p. 21.

65 Idem, p. 22.

66 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 231.

67 Idem, p. 230-231.

instituição juspolítica<sup>68</sup> e no grau de autonomia que essas lhe distribuem<sup>69</sup>. Ocorrem, portanto, com complementaridade e interdependência, sem que haja predominância ou interferência de um poder sobre o outro, exceto no que tange o sistema de pesos e contrapesos e as exceções previstas na Constituição que organiza o Estado. A divisão tricotômica dos poderes funcionais tem sua origem na separação de poderes em trilogia, proposta por Montesquieu, desenvolvida por Locke e estudada pela doutrina jurídica no último século<sup>70</sup>, de forma que, ao atribuir o exercício de cada função do Estado a poderes distintos, emerge como princípio dogmático e institucional do Estado Constitucional Liberal, por limitar o Poder do Estado, resguardando a liberdade e as garantias individuais e delimitar a esquematização das matérias na lei fundamental do Estado<sup>71</sup>.

Considera-se função normativa aquela que institui a ordem jurídica e realiza-se pela criação das normas legais, em sentido amplo<sup>72</sup>. É orientada para a produção de leis tida como regras gerais e abstratas que regulam todas as situações compreendidas em seu âmbito de regulamentação, porém, seu caractere fundamental não é a generalidade, visto que há atos normativos de autoridade administrativa que tem o mesmo caráter de regulamentação geral. Seus delíneos distintos, o poder de derogar por via de

---

68 Idem, p. 232.

69 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 23.

70 Designada por Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, a divisão dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, correspondem a funções, encontrando-se antecedente, ainda que por menor ou incompleto, nos estudos desde Aristóteles até John Locke, são objetos de análise nas obras de Jellinek, Duguit, Hans Kelsen, Georges Burdeau e Marcelo Caetano. Jellinek utiliza, como critérios fundamentais para definir os poderes, os fins do Estado, jurídicos e culturais, e os meios, abstratos e concretos. Assim, a função legislativa é a realização de qualquer dos fins por meios das regras abstratas, a jurisdicional, do fim jurídico por meio dos atos concretos e a administrativa, a realização do fim cultural por ato concreto. Considera, ainda, a existência de funções extraordinárias e da existência de uma atividade livre e vinculada, em cada uma das funções. Duguit opta pelo critério dos atos. Tem-se a função legislativa como feitura dos atos-regra, a função administrativa a prática dos atos condição, de atos subjetivos e dos atos materiais, para assegurar o funcionamento de um serviço público e a função jurisdicional é a resolução de questões de direito. Devido Hans Kelsen, identificar o Estado com a ordem jurídica ou com a sua unidade, as funções do Estado são apenas funções jurídicas e a função corresponde a cada um dos graus ou modos de realização da ordem jurídica. Definem-se as funções, para Georges Burdeau, não tanto pela natureza quanto pelo objeto dos atos. São duas as funções fundamentais: a governamental e a administrativa, sendo aquela incondicionada, criadora e autônoma. A função governamental divide-se em legislativa e governamental, e a função administrativa, em administrativa, propriamente dita, jurisdicional e regulamentar. Marcelo Caetano, na Teoria Integral das Funções do Estado, busca abranger todas as categorias de funções e de atos a partir da distinção entre funções jurídicas e não jurídicas. São funções jurídicas as de criação e execução do Direito e compreendem a função legislativa (criação do direito estatal) e a executiva, sendo nesta duas modalidades – jurisdicional (caracterizada pela imparcialidade e pela passividade) e administrativa (caracterizada pela parcialidade e pela iniciativa). São funções não jurídicas as que não têm conteúdo jurídico e desdobram-se em função política (de conservação da sociedade política e de definição e prossecução do interesse geral) e em função técnica (produção de bens e prestação de serviços). (MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 234)

71 VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 133.

72 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 23.

disposição particular as próprias regras gerais vigentes, diferenciando-se das demais funções cujo exercício se limita ao império da lei<sup>73</sup>.

Sua execução, ou seja, o controle da observância dessa ordem jurídica, com a imposição da vontade ordinatória nela contida, se necessário, é exercida pela função jurisdicional<sup>74</sup>, que corresponde àquela que define o Direito em concreto, perante os litígios, e, em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e legalidade dos atos normativos<sup>75</sup>. Sob tal prisma, a função jurisdicional não se limita a aplicar os casos concretos submetendo aos tribunais as regras abstratas formuladas por lei. Tal entendimento, segundo Carré de Malberg, conduziria a compreensão da atividade jurisdicional como mera atividade de execução das leis, quando se trata de função de pronunciar o Direito, deduzido da lei e aplicado ao caso concreto<sup>76</sup>.

Por meio da função administrativa se realiza a prossecução dos interesses públicos, correspondentes às necessidades coletivas previstas pela lei, interesses da comunidade política ou aqueles aos quais se articulem relevantes interesses sociais<sup>77</sup>. Porém, considerar que a função administrativa se esgota exercício das atividades de persecução *in concreto* dos interesses da sociedade, como asseverava o mestre italiano Massimo Severo Giannini, é assertiva que se demonstra verdadeira, porém, se revela incompleta<sup>78</sup>. Conforme a afirmação estreite as noções de função e atividade administrativa, surge com ela o problema de sua individualização<sup>79</sup>.

Como gestor dos interesses que é incumbido pela sociedade organizada, e por si próprio, o Estado, na competência delineada pela Constituição, exerce o seu Poder por meio de seus poderes orgânicos, por via direta ou indireta e de modos distintos, sob o foco de alcançar os efeitos jurídicos almejados<sup>80</sup>. É possível extrair, portanto, que, em um Estado de Direito, a organização do poder político em funções gravitam em torno da especialização, da produção e aplicação das normas jurídicas, nos termos da definição de Georg Jellinek, compete à legislação estabelecer as normas jurídicas abstratas que regulam as pluralidades de casos à prescrição individual, a jurisdição fixar os casos individuais ao direito, situações e interesses

---

73 MALBERG, Raymond Carré de. Op. cit., p. 282-284.

74 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 23.

75 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 251.

76 MALBERG, Raymond Carré de. Op. cit., p. 629 e 639.

77 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 251.

78 GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965. p. 83.

79 Idem, *ibidem*.

80 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 124.

jurídico e a administração resolver problemas concretos de acordo com as normas jurídicas<sup>81</sup>.

Nesse sentido, a separação de poderes estatais não se limita a uma distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado<sup>82</sup>. Trata-se de um princípio de organização política no qual são atribuídas funções distintas e coordenadas a poderes orgânicos, porém, conforme preleciona Hans Kelsen, apenas de forma relativa, uma vez que não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, que todos os poderes exercem, uma vez que cabe a todos exercer atos de criação e aplicação do Direito<sup>83</sup>. Essa tripartição de funções, portanto, não reflete a extensão das atividades exercidas pelos poderes orgânicos, não havendo exata correspondência entre as expressões funcionais e os órgãos com a mesma etimologia, os poderes orgânicos e suas funções<sup>84</sup>. Assinala antes uma distinção formal, diante do exercício dessas atividades, em menor ou maior grau, por todos os poderes, do que uma distinção material, das atividades que necessariamente realizam. Para fixar a órbita de atuação de cada poder funcional se torna necessário considerar a amplitude e variedade das atividades que exercem e as zonas de fronteira e as funções complementares, acessórias ou atípicas realizadas pelo Estado<sup>85</sup>. De modo que utiliza-se daquela distinção usada pelo critério estipulado, sem que se considere, todavia, suficientemente para designá-las, posto antes representar pressuposto, a um estudo atento, ao elucidar suas atividades fundamentais, do que definitivo, por não esgotar o complexo de atuação de cada um dos poderes orgânicos.

De tal sorte que se demonstra insuficiente aferir-se, por função administrativa, aquela que responde pelo exercício do Poder Executivo ou Administrativo, tal qual propõe o critério orgânico, por ser essa realizada pelos demais poderes orgânicos, na direção de sua estrutura e na gestão de suas funções<sup>86</sup>, tão pouco é válida, utiliza-se do critério negativo para defini-la como aquela que resta realizada, excluída das funções legislativa e judicial<sup>87</sup>, uma vez que a função administrativa compreende atividades materialmente idênticas à função legislativa – mediante o exercício do seu poder regulamentar – e a função jurisdicional – por meio da solução contro-

81 JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. 2. ed. Tradução e prólogo Fernando de Los Rios Urruti. México: Companhia Editorial Continental, 1956. p. 497.

82 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 55.

83 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 385.

84 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 22.

85 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 237.

86 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, 2003. p. IX-6-IX-7.

87 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general. Buenos Aires: Editorial Depalma, t. 1, 1949. p. 10-12.



vérsias, por meio de atos que, em certas circunstâncias e sob determinadas condições, se assemelham à função jurisdicional<sup>88</sup>.

Como asseveram Garcia de Enterría e Tomaz Ramon, demonstram-se puramente contingentes e historicamente variáveis as atividades realizadas pela Administração Pública, porquanto dependem das demandas do grupo social, distintos para cada órbita cultural e em função do contexto socioeconômico em que se produz. A mobilidade da matéria administrativa se torna óbice, para que se alcance um modo material e formal que se perfeça a atividade da Administração Pública<sup>89</sup>. A própria diversidade de conteúdos desenrolados pela atividade administrativa torna difícil sua limitação, por representar, como bem expõe Adolf Merkl, maior até mesmo do que a variedade das formas que ela oferece, dependendo mais das variáveis de tempo e lugar, do que a forma administrativa, de certa maneira, apresenta-se atemporal e internacional<sup>90</sup>. Considera-se, ainda, a própria ampliação de suas atividades, na Administração Pública contemporânea, com a intensificação do uso dos meios privados e do advento de novos fenômenos jurídicos, tal qual, privatização, contratualização e tecnificação<sup>91</sup>.

Nesse sentido, pode-se extrair uma ordem quártupla de elementos elencados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, qualificados em razão e articulados em torno da função administrativa que permitem a sua delimitação: atividades, as funções públicas indisponíveis e de caráter imperativo e coercitivo; pessoas, os entes públicos ou privados que atuam por seus órgãos e agentes, no atributo das competências para o desempenho dessas funções; recursos, afetados inicialmente à finalidade pública e empregados para que suas atividades possam ser desempenhadas; os objetivos, previsto em lei a serem perseguidos; e os interesses, qualificados como as finalidades da ação administrativa<sup>92</sup>.

Trata-se, portanto, a função, o complexo ordenado de atos, destinados à prossecução do fim próprio ou de tantos conexos, ordenados pela norma constitucional ou infraconstitucional e realizados pela instituição estatal, por sua estrutura articuladas em entes, órgãos e agentes públicos<sup>93</sup>. De forma que reputa-se aos poderes funcionais a expressão do fim perspicuo a que se destina a atividade estatal, tão quanto correspondem ao meio ma-

---

88 GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. IX-6-IX-7.

89 ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, v. 1, 1977. p. 19.

90 MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004. p. 289.

91 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 99.

92 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*, p. 111.

93 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 232-235.

terial pelo qual, por meio dos poderes orgânicos, o Estado busca alcançar os seus escopos. Todavia, tanto os poderes orgânicos e funcionais se movimentam sobre um quadro definido pela a ordem jurídica.

Na persecução das finalidades estatais, se sujeitam os poderes orgânicos à ordem jurídica, vinculando-se às regras e princípios legais, tendo por vértice a Constituição, em um sistema que pressupõe, sobretudo, aberto, enquanto responsivo às mutações do núcleo social. Condicionam-se, dessa forma, as funções estatais em toda sua extensão à ordem jurídica, consubstanciada nas normas e princípios que emergem da matriz constitucional e legal para regê-las, impondo um regime jurídico que restringe não apenas suas atividades à finalidade a se cumprir, mas os meios e as formas utilizadas para alcançá-las, assegurando uma série de prerrogativas e restrições, garantindo a sua conformidade e congruência com as finalidades estatais que tendem a satisfazer.

O regime jurídico público compreende, portanto, o complexo de regras e princípios oriundo do poder de império estatal que disciplinam as pessoas jurídicas de Direito Público no exercício de suas atividades voltadas a persecução de interesses eminentemente coletivos, concedendo prerrogativas que a colocam em posição de supremacia em relação ao particular e impondo restrições que vinculam a sua atuação aos limites impostos pela lei. Tem por corolário, portanto, o princípio da supremacia do interesse público sobre privado, que importa em uma posição de autoridade e comando dos Poderes Públicos sobre os particulares como condição para gerir os interesses públicos<sup>94</sup>.

### 3 PRERROGATIVAS

Enquanto de natureza pública, o regime dos Poderes Públicos sobre põe-se ao particular, colocando-os em posição privilegiada, que lhe é concedida por meio das conotações peculiares e inerentes que surgem em virtude do *imperium* do Poder do Estado, de forma derogatória e exorbitante ao direito comum, sem que, contudo, impeça-se a aplicação de normas oriundas do regime privado, quando permitida pela ordem jurídica globalmente considerada. Porém, mesmo sob essa disciplina, são mantidas algumas de suas prerrogativas, de modo a derogar parcialmente o direito comum, na medida em que se demonstrem necessárias para que alcance os seus fins<sup>95</sup>.

---

94 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67.

95 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 122.

Nesse tocante, as prerrogativas denotam um caráter preponderantemente político-institucional, uma vez que, na sua concessão, aos poderes orgânicos está pressuposta uma atividade pública – *munus*, ofício ou função – de que dependam interesses que transbordem dos interesses privados, dotando os órgãos estatais de posições pessoalmente fruíveis e passíveis de exigibilidade, porém, não expressamente particularizadas quanto aos seus benefícios que não se confundem com direitos subjetivos<sup>96</sup>.

As prerrogativas da função legislativa se voltam aos seus membros coletivamente considerados e singularmente diferenciados. No primeiro grupo, há inúmeros direitos públicos oriundos da atividade legiferante, como o poder de iniciativa do processo legislativo, de auto deliberação e autoconvocação para o exercício de suas atividades, de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, além do poder de deliberar sobre as matérias previstas na Constituição. O segundo grupo de prerrogativas refere-se aos privilégios e garantias assegurados aos próprios membros do Parlamento enquanto necessários ao exercício regular de suas atividades, sem indevidas ingerências de outros poderes orgânicos, compreendendo as imunidades materiais e processuais e demais garantias<sup>97</sup>.

Na função legislativa, se exterioriza, precipuamente, pelo Poder Jurídico de imprimir a uma prescrição normativa o caráter e força imperativa das próprias leis. Não abrange apenas a faculdade de originar o procedimento legislativo, mediante a discursão e elaboração preparatória da lei, mas, segundo Carré de Malberg, de poder dotá-la de coercitividade em sua fase de execução, com a sua aplicabilidade independente do consentimento dos seus destinatários. Sob essa égide, os atos do chefe do Poder Executivo de tomar as medidas que assegurem a execução da lei não demonstram que exerça essa prerrogativa, que foi oriunda do órgão competente com a atividade legiferante ao imprimir a primeira força que converteu em executiva a prescrição normativa<sup>98</sup>.

Abrange, também, as garantias concedidas aos agentes investidos dessa função no exercício das atribuições, como a identidade de retribuição pecuniária que impõe o recebimento de forma isonômica dos vencimentos, a isenção do serviço militar<sup>99</sup>, a limitação do dever de testemunhar acerca das informações recebidas ou prestadas em decorrência do exercício de mandato<sup>100</sup>, a prerrogativa de foro de função desde a expedição do diplo-

---

96 BRITTO, Carlos Ayres. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe. n. 2, v. 1, 1992. p. 48-50.

97 WEINERT, Iduna E. Prerrogativas do poder legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 69, p. 59, jan./mar. 1981.

98 MALBERG, Carré de. Op. cit., p. 354, 390 e 391.

99 Arts. 53, § 7º, e 143 da Constituição da República de 1988.

100 Art. 53, § 6º, da Constituição da República de 1988.

ma no ato de investidura<sup>101</sup>, além das imunidades formais e materiais, que abrangem a inviolabilidade por suas palavras, votos e opiniões, excluída a caracterização do ilícito penal e civil<sup>102</sup>, bem como a improcessibilidade pela prática de infrações penais cometidas<sup>103-104</sup>.

No âmbito da função administrativa, o regime jurídico público impõe ônus, restrições e sujeições à atuação da Administração Pública, e concede-lhe prerrogativas, de modo que, por meio de ambos, busca-se conformá-la e dotá-la de forma hábil e adequada para o eficiente cumprimento dos fins a que se destina<sup>105</sup>. Por força das restrições impostas, submete-se a atividade administrativa aos princípios que informam a sua atuação, nos quais implica desvio de poder e nulidade dos atos emanados, caso incorra em inobservância. Por meio de suas prerrogativas, dota-se a Administração Pública de faculdades singulares, que garantem a sua supremacia em relação ao particular, na persecução da finalidade pública<sup>106</sup>.

Compreende os poderes administrativos que garantem a proteção aos interesses públicos ao dotar os órgãos de instrumentos que permitem o bom, fácil e expediente desempenho de sua missão<sup>107</sup>. Abrange a prerrogativa de editar atos normativos para complementar as leis e permitir a sua execução – poder regulamentar –, de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade privada em favor do interesse coletivo – poder de polícia –, de eleger entre as várias condutas possíveis aquela que traduza maior conveniência e oportunidade para o interesse público<sup>108</sup>.

No que se refere ao aspecto processual, abrange, ainda, as prerrogativas da Administração Pública em juízo como os prazos diferenciados para recurso ou contestação<sup>109</sup>, a possibilidade de arbitramento de honorários advocatícios abaixo dos valores legais<sup>110</sup>, o pagamento ao final das despesas

---

101 Arts. 53, § 1º, e 102, inciso I, alínea b, da Constituição da República de 1988.

102 Art. 53 da Constituição da República de 1988.

103 Arts. 53, § 2º, 3, 4, 5, e 8 da Constituição da República de 1988.

104 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 535-537.

105 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 397.

106 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 66.

107 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 8.

108 Nesse sentido, nos alinhamos com José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57 e 59), que entende que o poder hierárquico – de escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da administração com objetivo de organizar a função administrativa – e disciplinar – de possibilidade de impor sanções aos agentes pelo descumprimento das normas, não correspondem a poderes uma vez que não tem a fisionomia de prerrogativa de direito público, mas de fatos administrativos, acontecimentos que ocorrem no âmbito da organização administrativa.

109 Arts. 188 e 277 do Código de Processo Civil.

110 Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

efetuados no processo<sup>111</sup>, o duplo grau de jurisdição obrigatório<sup>112</sup>, a dispensa do preparo recursal<sup>113</sup>, além de outros previstos em normas processuais<sup>114</sup>.

No que se refere aos atos emanados no exercício dessa função, tem-se a presunção de veracidade e legitimidade, que importa na manifestação volitiva da Administração Pública na presunção de conformidade do ato administrativo quanto aos seus fatos motivadores e requisitos legais, importando na inversão do ônus da prova em caso de impugnação e a imediata operatividade do ato administrativo; a autoexecutoriedade,, que permite a prática de forma imediata e integral dos seus atos para produzir os efeitos legalmente permitidos, independente do consentimento dos administrados ou de autorização do Poder Judiciário; e a coercibilidade, que é a prerrogativa de impor imperativamente os seus atos obrigando a observância de todos que estejam na sua esfera de incidência ao comando emanado daquela manifestação de vontade.

Na função judicial, compreende a prerrogativa de substituir a vontade das partes no caso concreto, aplicando a vontade do Direito – substitutividade –, emitindo decisões que estabilizam a relação jurídica de forma definitiva – definitividade –, e passíveis de imediato e integral cumprimento submetendo todos aqueles sujeitos aos seus efeitos – executoriedade.

No que se refere aos seus membros, gozam aqueles investidos da função jurisdicional que permite o exercício de sua atividade com independência e imparcialidade<sup>115</sup>, as prerrogativas de permanência do cargo após a aprovação no estágio probatório até a aposentadoria voluntária, compulsória ou exoneração – vitaliciedade –, a vedação à aposentadoria, disponibilidade, remoção e promoção contra a vontade do juiz – inamovibilidade –, e a impossibilidade de redução dos seus subsídios excetos respeitados os limites legais – irredutibilidade de vencimentos<sup>116</sup>, além de outras concedidas pela legislação infraconstitucional.

No que se referem ao exercício, as prerrogativas públicas não se encontram ilimitadas ou desvinculadas de seus fundamentos. O sistema de separação de poderes, com o epicentro em uma Constituição formal, atribui em razão da especialização funcional e independência orgânica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funções e prerrogativas cujo exercício

---

111 Art. 27 do Código de Processo Civil.

112 Art. 475 do Código de Processo Civil.

113 Art. 511 do Código de Processo Civil.

114 BRAMANTE, Ivani Contini. Prerrogativas processuais da fazenda pública e princípio da isonomia. *Revista de Processo*, n. 117, v. 29, 2004. p. 368-369.

115 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 590.

116 Art. 95, incisos I a III, da Constituição da República de 1988.

ocorre de forma preponderante e sem interferência, mas que correspondem, em último grau, à realização das normas constitucionais.

Isso porque o constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>117</sup> e a posição de centralidade ocupada pelo homem na ordem jurídica que condiciona a interpretação das normas jurídicas e vinculam a atuação dos Poderes Públicos na concretização dos bens e interesses veiculados<sup>118</sup>. A concepção da Carta Magna como documento político que veicula um convite à atuação dos Poderes Públicos é substituída pela atribuição do *status* de norma jurídica fundamental que impõe limites e deveres no exercício das funções estatais. O processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, com o reconhecimento além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais em face do Poder Público e dos particulares, do seu ângulo objetivo representam a consagração da ordem objetiva dos valores essenciais à sociedade<sup>119</sup>. Por efeito, se institui uma ordem objetiva de valores e irradiando sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos Poderes Públicos<sup>120</sup>.

Nesse tocante, cabe aos Poderes Públicos não apenas se abster de violar os direitos dos indivíduos, mas, na persecução de suas finalidades, buscar a concretização dos bens e valores fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitados aos seus respectivos campos de conformação ou discricionariedade. A Constituição consagra um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos referi-

---

117 Uma das obras percursoras sobre o tema é *A força normativa da constituição*, de Konrad Hesse, extraída de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14-15)

118 Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consultar por todos: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

119 Liga-se a dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371)

120 Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 1. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22)

dos bens, gerando o esvaziamento da eficácia de suas normas a título de exercício da democracia<sup>121</sup>.

Por efeito, as prerrogativas públicas assumem no constitucionalismo contemporâneo não um papel de privilégios estatais concedidos a benefícios dos poderes orgânicos, mas encontram sua legitimidade enquanto instrumentos vinculados à realização das finalidades estatais<sup>122</sup> de exercício limitado à concretização dos bens e interesses fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-los.

Isso porque, junto a essas prerrogativas públicas, projetam-se da ordem constitucional direitos e garantias públicas – legalidade, isonomia, proporcionalidade e outras –, visando alcançar o equilíbrio com esses privilégios, ao qual deve ser alinhados no caso concreto. Decorrem, como ensina Alexandre Groppali, como efeitos do poder de império ao qual o indivíduo se sujeita e torna necessária a sua investidura em posições jurídicas capazes de funcionar como forma de autolimitação do ente estatal<sup>123</sup>. Por efeito, o exercício dessas prerrogativas somente pode ser concebido enquanto alinhado às finalidades estatais que remetem à realização dos bens e interesses fundamentais e na medida em que coexistam com os direitos individuais e adequados com certas garantias, em um sistema justo e sólido, que compense essa sujeição<sup>124</sup>.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

---

121 Isto porque a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria a limitação do poder e os direitos fundamentais. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 382-91)

122 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 397.

123 GROPPALI, Alexandre. Op. cit., p. 210 e 215.

124 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 3, 2006. p. 320-321.

- BRAMANTE, Ivani Contini. Prerrogativas processuais da fazenda pública e princípio da isonomia. *Revista de Processo*, n. 117, v. 29, 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*, n. 2, v. 1, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 3, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Prefácio de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1957.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, v. 1, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 1. ed. Madrid: Trotta, 1999.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Editora Nacional, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LASKI, Harold J. *El estado moderno: sus instituciones políticas y económicas*. Traducción, prólogo y notas Teodor Ginzález García. Barcelona: Librería Bosch, 1932.
- \_\_\_\_\_. *Authority in modern state*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.



MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del estado*. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán: parte general*. Buenos Aires: Editorial Depalma, t. 1, 1949.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4d. ed. Rev. São Paulo, Saraiva, 1984.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. Madrid: Editorial Civitas, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

WEINERT, Iduna E. Prerrogativas do poder legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 69, jan./mar. 1981.