

# ELEMENTOS PARA UMA NOVA CATEGORIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS BRASILEIROS EM FACE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

**Luís Henrique Martins dos Anjos**

*Advogado da União, Procurador Regional da União na 4ª Região, Mestre e Doutorando em Direito Público (UFRGS), Professor Universitário em disciplinas de Direito Constitucional e de Direito Administrativo.*

## INTRODUÇÃO

Para uma melhor compreensão sobre a evolução do Direito Administrativo é mister focar a análise com maior precisão sobre o seu objeto, precisando as mudanças nele ocorridas, tendo como pano de fundo a construção, para assim dizer, de um supraprincípio denominado Estado de Direito<sup>1</sup>. A partir do estudo da evolução<sup>2</sup> do Direito Administrativo desde o seu nascimento, em conjunto com o Estado de Direito, até os dias atuais, verifica-se que o seu conteúdo tem variado no tempo (de época para época) e no espaço (de cultura para cultura, de país para país) e que vários têm sido os critérios adotados para sua conceituação.

Decorre desta evolução do Estado de Direito a necessidade de uma constante atualização das categorias jurídicas dos mais variados ramos do Direito em razão dos novos conteúdos principiológicos e de direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Já a repercussão desta evolução sobre o objeto do Direito Administrativo implica a revisão de seus institutos. Assim, o objetivo deste trabalho é o de propor novas categorias relativas aos Agentes Públicos Brasileiros após abordar elementos sobre a evolução do Estado de Direito e do objeto do Direito Administrativo que, em especial, influenciam essa nova categorização pretendida.

## I – EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E DO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O momento sócio-político-econômico anterior ao surgimento<sup>3</sup> do Estado de Direito e dentre outras conseqüências do Direito Administrativo é aquele em que

1 NOVAIS, Jorge Reis. *O Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. FORSTHOFF, Ernest. *Stato di Diritto in Transformazione*. Milano: Giuffrè, 1973. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 348 a 395. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1991, pp. 99 a 108. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito, o Judiciário e a Nova Constituição, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 160. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun de 1985, p. 63-76. \_\_\_\_\_. O Estado no Limiar do Novo Século, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 217. Rio de Janeiro: Renovar, p. 81-90, jul./set. 1999. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

2 FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 35-119.

3 WOLFF, Hans Julius. *Introducción Histórica al Derecho Romano*, 1ª ed. Santiago de Compostela, Porto, 1953, pp. 61, 142 e 183. O autor aponta regras que seriam equivalentes ao nosso Direito Administrativo na época da República e do Império da antiga Roma, mas destaca que essas normas não eram consideradas jurídicas, estando, portanto, fora do Direito.

podemos sintetizar na expressão Estado de Polícia. Esse possui como figura política central o Absolutismo das Monarquias imperiais cujo poder político era ilimitado, tendo como força econômica o mercantilismo, baseado no colonialismo, que produziu para as coroas européias o acúmulo de riquezas necessárias para a implantação da centralização do poder, pondo fim à descentralização política e jurídica do feudalismo, ao fragmentarismo da economia controlada pelos senhores feudais e que também desagradava à burguesia que se iniciava a configurar como classe social. Esta financiou a concentração do Poder na mão do Soberano, operando o surgimento do Estado Nacional que é a primeira versão da moderna visão de Estado. Por outro lado, esse regime manteve os privilégios da nobreza e clero que eram sustentados pelos impostos pagos pelos demais integrantes da sociedade (na França era o chamado terceiro estado). Nesse momento, não podemos identificar direitos dos cidadãos, mas sim privilégios que eram concedidos por castas (estamentos) sociais conforme a vontade do Soberano. Destaca-se que, como subproduto do grande desenvolvimento econômico desse momento, nós temos toda a exploração ocorrida nas chamadas colônias, acarretando inclusive o genocídio de vários povos nativos daquelas regiões.

Nesse período, não podemos identificar o Direito Administrativo como disciplina autônoma como conhecemos atualmente, contudo distingue-se o objeto do direito de interesse do Estado daquele do interesse dos particulares através da utilização da Teoria do Interesse elaborada por Ulpiano como consta no Digesto. Esta teoria foi desenvolvida na Antigüidade romana e retomada até o fim do Absolutismo<sup>4</sup> em outros termos para atender à política absolutista. Nesse contexto, a teoria prevê que Direito Público é aquele que se relaciona com o Estado e Direito Privado é aquele que se relaciona com o particular. Lembre-se que antes do surgimento do Estado de Direito a vontade do monarca absolutista era a norma entre o particular e o Estado ("O Estado sou Eu"). Assim, o objeto do Direito Público nesse momento será aquela relação jurídica em que o Estado através da vontade do Monarca manifestar o seu interesse. Afirmar Hobbes: *Auctoritas, non veritas, facit legem*<sup>5</sup>

## **A) ESTADO DE DIREITO LIBERAL**

Destaca-se, num momento seguinte, o Iluminismo<sup>6</sup> que é um movimento de combate político ao Absolutismo que desembocou juridicamente nas noções de Poder Constituinte e Superioridade da Constituição, enquanto limitadores do Poder do Estado, através do estabelecimento de direitos fundamentais dos cidadãos, da separação de poderes, do devido processo legal, dentre outros princípios limitadores da ação do Poder Público<sup>7</sup>. Esse é o momento de configuração do Estado de Direito, onde a ação do

4 WOLFF (1953), pp. 228 e 232-234. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 97-161, p. 225-238, p. 250-278. Os autores demonstram o processo de recepção do Direito Romano pelo Estado Nacional (Absolutismo) através do longo período da chamada Idade Média.

5 COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, *in* Revista de Direito Administrativo, v. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 52.

6 Sobre a continuidade da evolução do Direito neste período: WIEACKER (1980), p. 279-315, p. 353-365.

7 Ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

Estado encontra-se limitada pelo sistema jurídico, o qual reconhece e garante um campo de liberdade dos cidadãos em que ganham destaque os direitos e garantias fundamentais. Simboliza mundialmente essa conquista a Revolução Francesa através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mesmo que esse processo tenha se iniciado muito antes pela Magna Carta inglesa, a partir de 1215<sup>8</sup>, e que culminou em 1688 com a Revolução Gloriosa a qual implicou na aceitação pela monarquia das cláusulas dos Direitos do Cidadão redigidas pelo Parlamento, bem como pela independência das colônias americanas do Reino Unido da Grã-Bretanha, a partir da Declaração de Virgínia de 12 de abril e da Declaração da Independência dos EUA de 4 de julho, ambas de 1776. Esses fatos ilustram que o processo histórico de evolução do Estado de Direito comporta peculiaridades que variam em muito para cada nação.

Parte da doutrina<sup>9</sup> qualifica esta primeira configuração do Estado de Direito como sendo Liberal, no sentido de associar-se à instituição constitucional da chamada primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, que estão vinculados ao estatuto da Liberdade, onde se encontram os direitos individuais das liberdades públicas e dos direitos políticos. Podemos apontar sinteticamente como conteúdo jurídico dessa forma de Estado de Direito a aplicação do Princípio da Legalidade também ao Poder Público como sujeição do ato administrativo ao ato legislativo<sup>10</sup>. Além disto, temos os Princípios da Segurança Jurídica<sup>11</sup>, da Democracia Representativa<sup>12</sup> e da Igualdade Formal<sup>13</sup>. Aqui nós estamos na presença do chamado Estado "mínimo", pois apenas envolvia-se com questões de segurança pública, justiça, deixando tudo o mais para a sociedade civil regular através do mercado, daí a noção de liberalismo político e econômico. Nesse contexto é que nós temos a configuração do Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma do Direito e portanto identificada como um direito de proteção dos cidadãos frente à ação do Estado. Por outro lado, inegável que, como subproduto dessa fase, fica por conta do chamado neocolonialismo.

No Estado de Direito Liberal (ou com menor propriedade, Estado Liberal de Direito, pois o que tem caráter liberal é o Direito e não o Estado, ainda mais que o sentido original do Estado de Direito é de não haver Estado fora do Direito), a experiência desenvolvida pela Corte Administrativa francesa nos trouxe um critério inovador que grande influência propagou no direito de vários países, inclusive no Direito brasileiro. É a Teoria da Subordinação pela qual o Direito Administrativo é o conjunto de normas em que o Estado aparece investido com um papel específico que os particulares não possuem, qual seja, uma nota de autoridade. Crítica a anterior teoria, porque, por exemplo, no Direito de Família há interesse público, mas não é Direito Público, logo é um critério insuficiente. Assim, desse segundo critério, decorre o ato de autoridade na qual a regra jurídica é de subordinação, logo de Direito Administrativo, e o ato de gestão na qual a regra jurídica é

---

8 Deve-se entender essa data como um ponto inicial da construção do Estado Liberal de Direito inglês, passando após por uma série de documentos limitadores do Poder Estatal aprovados pelo parlamento que visavam implementar muito do que já havia sido previsto na Magna Carta, como a Petição de Direitos de 1628 (*Petition of Rights*), o *Habeas Corpus Act* de 1679, a Declaração de Direitos de 1688 (*Bill of Rights*) e culminando com o Ato de Sucessão no Trono de 1707 (*Act of Settlement*).

9 A favor da utilização do qualificativo, além dos autores brasileiros já citados, temos NOVAIS (1987) e CANOTILHO (1993). Contra a utilização da qualificação, temos FORSTHOFF (1973).

10 Tanto as pessoas públicas como as privadas podiam fazer tudo aquilo que a lei não proibisse.

11 A lei ou qualquer ato do Poder Público não pode contrariar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim temos, como regra geral, a irretroatividade dos atos do Poder Público.

12 Os cidadãos exercem seus direitos políticos através de representantes eleitos pelo voto.

13 Ou seja, a simples previsão de que todos são iguais perante a lei.

de coordenação, logo de Direito Privado. Tal distinção serviu para, no Sistema Francês,<sup>14</sup> determinar se a competência sobre determinadas demandas era da Jurisdição Administrativa ou seria matéria comum de competência do Poder Judiciário francês. Assim, nesse contexto, temos como objeto do Direito Administrativo os definidos como atos de autoridade ou de império<sup>15</sup>.

## **B) ESTADO DE DIREITO SOCIAL**

O momento sócio-político-econômico seguinte vem a ser consequência das Revoluções industriais que geraram uma nova classe social, cujo único bem que possuem vem a ser a venda da sua força de trabalho, ou seja, o proletariado ou classe operária. Assim, a burguesia liberal passou a sofrer grandes pressões político-econômicas advindas dos movimentos sociais dos trabalhadores organizados que lutavam contra a exploração que sofriam. Basta citar como exemplo que a jornada média do operário era de 16 horas, se gastasse mais 1 hora de deslocamento entre sua casa e o local de trabalho, para ir e vir restavam, no máximo, 7 horas para todas as demais atividades de sua "vida", ou, melhor dizendo, sobrevivência. Deu suporte teórico a esses movimentos sociais o pensamento socialista,<sup>16</sup> chamado de utópico, de Saint-Simon, Fourier, Owen, dentre outros, e depois com maior repercussão o socialismo científico de Marx e Engels<sup>17</sup>, tendo como documento, que representa um marco desse período, o Manifesto Comunista de 1848. Outra corrente desse pensamento que visava a superação do Estado Liberal, consubstancia-se nas encíclicas papais a começar pela de Leão XIII em 1891 (*Rerum Novarum*), a saber, o pensamento social-democrata cristão.

A resposta dada pelo Estado de Direito a esses movimentos foi através do reconhecimento do que veio a ser consagrado como a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, a saber, os direitos sociais e econômicos, vinculados, portanto, ao estatuto da Igualdade. Por isso, grande parte da doutrina<sup>18</sup> vem qualificar essa fase como a do Estado de Direito Social (ou Estado Social de Direito, com a ressalva já feita), tendo como texto jurídico de maior influência mundial a Carta Constitucional alemã de Weimar de 1919. Contudo, no mínimo, dois documentos jurídicos anteriores contribuíram para consolidação dessa nova ordem constitucional do Estado, a constituição francesa de 1848, na qual pela primeira vez uma norma constitucional fez referência ao Direito do Trabalho, e a Constituição mexicana de 1917, que foi aquela que juridicamente maiores avanços sobre direitos sociais e econômicos positivou.

Assim, o Estado de Direito com esse novo conteúdo social deixa de ser mínimo, pois passa a intervir na ordem econômica e social, prestando benefícios sociais através dos serviços públicos e dispondo regras sobre o âmbito econômico que não é mais regulado livremente apenas pelo mercado<sup>19</sup>. Essa configuração do Estado possuiu como conteúdo jurídico, além dos já apontados direitos de segunda geração decorrentes da intervenção do Estado na ordem econômica e social interna, o Princípio da Legalidade com uma dupla caracterização<sup>20</sup>, o Princípio da Igualdade material<sup>21</sup>, bem como mantidos os demais direitos e princípios já consagrados desde o início do Estado de Direito. Tal

14 ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47.

15 COUTO E SILVA (1997), p. 53.

16 MARQUES, J. Luiz. *O Socialismo*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1991.

17 MANDEL, Ernest. *Introdução ao Marxismo*. Porto Alegre: Movimento, 1982.

18 CANOTILHO (1993), p. 390-395.

19 A intervenção do Estado na ordem social e econômica nesta fase é inicial e singela comparada com os tempos atuais, bem como se dava apenas na órbita interna de cada nação.

20 Uma caracterização é válida para a esfera privada. Outra, específica para o Estado, a qual nos interessa, em que este só pode agir quando expressamente autorizado por lei.

afirmação é de fundamental compreensão para se poder distinguir a natureza do Estado Social de Direito do subproduto por ele gerado que veio a se constituir num Estado Social,<sup>22</sup> que substituiu os direitos de primeira geração pelos de segunda, ou seja, a pretexto de dar igualdade retirou a liberdade, gerando os regimes fascista e nazista em várias nações do planeta.

Com o início da formação do Estado Social de Direito no final do século IX, tornou-se insuficiente o que se tinha como objeto do Direito Administrativo. Nesse contexto, surge a Teoria do Serviço Público<sup>23</sup> que podemos visualizar nas obras dos franceses Léon Duguit, Jèze Bonnard, sendo construção da jurisprudência administrativa do Conselho de Estado da França<sup>24</sup>. Assim, é objeto do Direito Administrativo toda relação decorrente da prestação de serviço público realizada direta ou indiretamente pelo Estado<sup>25</sup>. Critica a teoria anterior da subordinação, porque ela fundava a distinção em que o Estado possuía poderes que o particular não os tinha. Porém, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, ou seja, a partir do momento que o Estado passa a intervir na ordem econômica e social, desenvolvendo um braço prestador de benefícios e não mais só coercitivo, conclui-se que o Estado quando está prestando benefícios ou atuando comercialmente, a relação não é de subordinação, mas continua sendo de Direito Público, ao menos em alguns aspectos<sup>26</sup>. Passa a ser objeto do Direito Administrativo toda a atividade que se conceitue como serviço público<sup>27</sup>.

### C) ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Uma maior intensidade e complexidade de intervenção do Estado na ordem econômica e social nós identificamos após as grandes guerras mundiais as quais justamente foram o resultado do modelo de liberalismo político e econômico levado a um grau máximo e a nível internacional. Com a derrota dos Estados Sociais totalitários, reacendeu-se a chama democrática, mas em uma dimensão mais ampla que apenas os direitos políticos representativos. Com a contínua massificação das relações sociais e econômicas, era imprescindível o surgimento de uma nova categoria de direitos que passaram a constituir a terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, vinculados ao estatuto da Fraternidade ou Solidariedade. São os chamados direitos difusos, assim entendidos aqueles transindividuais ou metaindividuais por serem pela sua própria natureza indivisíveis, sendo titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no sentido de que o exercício do direito difuso se dá por todos os

---

21 Devem ser tratados os iguais do mesmo modo e os diferentes de modo diverso, na medida inversa das suas diferenças, portanto autorizando o surgimento das chamadas regras de proteção que concretizam os direitos sociais e econômicos.

22 Exemplo do que ocorreu no Brasil com o Estado Novo a partir de 1937.

23 Tem-se como marco o caso do *arrêt Blanco* de 1873. Ver ANJOS (2001), p. 348 e 349.

24 CHAPUS, René. *Droit administratif général*, T. 1. Paris: Montchrestien, 5<sup>ª</sup> ed., 1990, p. 1-5.

25 COUTO E SILVA (1997), p. 54-56.

26 Exemplo da influência dessa teoria em nosso sistema foi a aceitação do Mandado de Segurança contra pessoas de direito privado desde que estivessem prestando serviço público em substituição à ação do Estado, ou melhor, é o Estado atuando através da pessoa privada. Inicialmente os Tribunais brasileiros não aceitavam essa posição, muito devida à doutrina de Hely Lopes Meirelles que não reconhecia esse critério, trabalhando apenas com a distinção entre atos de império e atos de gestão. Atualmente, o art. 5<sup>º</sup>, LXIX, da CF consagra amplamente o critério do serviço público nesse tema.

27 Entendido o Serviço Público em sua noção funcional, adequada ao Estado Democrático de Direito, como toda atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados por lei, como de interesse público. Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 425 e 426.

seus titulares ou por nenhum, a exemplo dos direitos ao meio ambiente<sup>28</sup>, ao patrimônio histórico-artístico-paisagístico<sup>29</sup>, à probidade administrativa<sup>30</sup>, dentre outros,<sup>31</sup> logo todos possuem esses direitos respeitados ou ninguém os possui.<sup>32</sup>

Passa a se configurar o Estado Democrático de Direito<sup>33</sup> (Estado de Direito Democrático<sup>34</sup> ou Estado Social e Democrático de Direito<sup>35</sup>) no qual o termo democrático ganha o maior grau de amplitude referindo-se a garantia de todo e qualquer tipo de direitos fundamentais, mantendo como seu conteúdo jurídico os Direitos e Princípios já consagrados no seio dessa evolução do Estado de Direito, acrescidos dos seguintes aspectos: à democracia representativa soma-se a democracia direta, participativa e pluralista<sup>36</sup>, o Princípio da Separação dos Poderes passa a ter uma dimensão positiva<sup>37</sup>, tornam-se efetivos os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Proteção da Confiança, da Boa-Fé objetiva<sup>38</sup>. Assim, a noção de legalidade amplia-se para abranger todos os demais princípios (o sistema jurídico como um todo), implicando a sujeição do Estado à expressa autorização da Lei e do Direito. Para tanto, fundamental a noção de Estado de Justiça desenvolvida por nosso mestre Diogo de Figueiredo,<sup>39</sup> que aponta para essa evolução como a busca da realização do valor Justiça, enquanto síntese da

---

28 Ver arts. 5º, LXXIII, 24, VI, VIII, 23, VI, 225 da CF e Leis Federais nºs 4.717/65, 6.902/81, 6.938/81, 7.347/85, 7.802/89, 8.974/95.

29 Ver arts. 5º, LXXIII, 24, VII da CF e Leis Federais nºs 4.717/65 e 7.347/85.

30 Ver arts. 5º, LXXIII, 15, V, 37, §4º, da CF e Leis Federais nºs 4.717/65, 7.347/85 e 8.429/92.

31 Alguns dos direitos do consumidor como o da propaganda adequada (não enganosa). Ver art. 81, parágrafo único, I, do CDC, art. 1º da Lei 7.347/85 e art. 129, III, § 1º da CF.

32 É de se questionar qual seria o subproduto que se está gerando neste contexto? O chamado neoliberalismo trás como consequência do que propugna, a nosso ver, a substituição dos direitos de segunda geração em nome de garantir-se os direitos de terceira. Como contraponto a essa investida de âmbito internacional, há autores brasileiros que baseados também no direito comparado demonstram a existência dos direitos de quarta geração que para nós serve mais como reforço no sentido da manutenção de um Estado de Direito que preserve todas as três gerações (dimensões) de direitos fundamentais como um complexo jurídico-político indissociável. Ver BONAVIDES (1997).

33 Apesar da ressalva já feita, esta é a expressão da Constituição brasileira de 1988, art. 1º.

34 É a expressão da Constituição portuguesa de 1976, pós revisão de 1982, arts. 2º e 9º/b.

35 É a expressão da Constituição espanhola de 1978, art. 1º.

36 O sentido novo de democracia direta está intimamente ligado aos novos avanços tecnológicos, como na área da informática, permitindo que o exercício direto do poder pelo cidadão deixe de ter, como exemplo factível, apenas as sociedades escravagistas da antiguidade ou contemporaneamente os cantões suíços de baixa densidade demográfica onde o povo deliberava através de assembleias gerais. Assim, o adjetivo de pluralista significa um regime que aceita as várias ideologias existentes, buscando um equilíbrio entre os interesses conflitantes da sociedade; o adjetivo participativo está vinculado ao exercício direto de parcela do Poder por parte do cidadão a qual, nos termos da CF, não foi delegada para exercício do Estado, v. g., arts. 5º, LXXIII, 10, 11, 14, I, II e III, 49, XV, 61, §2º, 31, §3º, 74, §4º, 194, VII, 216, §1º. A lista não é exaustiva, podendo inclusive os Poderes Instituídos estabelecerem formalmente ou aceitarem a prática política participativa dos cidadãos na gestão da coisa pública. Ver COUTO E SILVA, Almiro do. Parecer apresentado ao Sr. Prefeito do Município de Porto Alegre, *in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 8, n. 9. Porto Alegre: PMPA, agosto de 1996, p. 62-70.

37 A dimensão negativa surgiu por ocasião do Estado Liberal, tendo por fim dividir, controlar e limitar o poder. Já o novo conteúdo no sentido positivo significa "a separação como constitucionalização, ordenação e organização do Poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas." Significa também a "responsabilidade pelo exercício de um poder", conforme Hesse e Stern, dentre outros, *apud* CANOTILHO (1993) p. 365.

38 Ver FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, *in Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 1, 2001, em especial, p. 46 e 51.

legalidade, legitimidade e licitude, esta última como a sujeição efetiva do Estado à moral, garantindo o primado da moralidade<sup>40</sup> na vida pública.

Nesse contexto, relativamente ao objeto do Direito Administrativo, surge na Alemanha a Nova Teoria do Sujeito de Hans Julius Wolff<sup>41</sup>. A partir da mesma realidade da evolução do Estado Social de Direito, o Poder Público passou a criar entidades regidas pelo Direito Privado, logo nem sempre a prestação de serviço público associa-se ao Direito Público. Assim, quando o Estado intervém numa relação jurídica através de normas extravagantes à legislação privada estaremos diante do Direito Administrativo. A crítica a esta teoria é que ela não diz o que é uma norma de Direito Administrativo. Logo, será objeto do Direito Administrativo aquele conteúdo do direito aplicável à Administração Pública que a legislação extravagante retirar do âmbito do Direito Privado.

Nota-se que nenhuma das teorias são satisfatórias isoladamente. E justamente por isso devemos aplicar conjuntamente a teoria da subordinação, a teoria do serviço público e a nova teoria do sujeito<sup>42</sup>. O Direito Administrativo preocupa-se em delimitar o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, das estruturas dos serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a suas atividades. Assim, o Direito Administrativo é o que rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixa as suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio<sup>43</sup>.

A autonomia do Direito Administrativo deriva do seu objeto e método, sendo esse corpo próprio de princípios e regras que derogam a aplicação do direito comum. Os conflitos que visa resolver também são presentes no direito privado (contrato, responsabilidade), mas para tanto adota concepções próprias, não utilizadas no direito privado (interesse público, potestade pública), logo apresenta soluções diversas.

## II - CONCEITOS E CATEGORIZAÇÕES DOS AGENTES PÚBLICOS

Agente Público ou Pessoal Público é a pessoa física que exerce, sob qualquer regime jurídico, atividades estatais (funções do Estado). Percebemos que esta definição designa um conceito de gênero que necessariamente abrange espécies<sup>44</sup> muito díspares de regimes jurídicos incidentes sobre as várias pessoas físicas que prestam funções estatais, forte nos arts. 37, XIII, 39, *caput*, e, em especial, no 169, *caput* e §1º, todos da CF, bem como no art. 18, *caput* e §§ 1º e 2º, da LC 101/2000.

Desse modo, cumpre examinarmos os diferentes regimes jurídicos de pessoal público compatíveis com a nossa ordem constitucional.

### A) CATEGORIZAÇÃO QUANTO AO TIPO DE REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS.

---

40 Sobre uma visão sistemática entre legalidade e moralidade ver OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998, em especial, p. 119-160.

41 WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht*. München: C. H. Beck, v. I, 1974, v. II, 1976.

42 COUTO E SILVA (1997), p. 57-59, especialmente a nota 45.

43 RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado* (apostila), tradução de Odete Medauar. São Paulo: 1984, p. 32 e 34, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 39.

44 Essa amplitude já foi muito bem percebida pelo nosso mestre MOREIRA NETO (2005), p. 283.

Assim, quanto ao tipo de regime jurídico, devemos distinguir três grandes espécies de pessoal público, a saber, PESSOAL ESTATUTÁRIO DO ESTADO, PESSOAL CONTRATADO PELO ESTADO e PESSOAL PARTICULAR EM COLABORAÇÃO COM O ESTADO.

PESSOAL ESTATUTÁRIO DO ESTADO é designação que reúne categorias com estatutos especiais de regime jurídico de pessoal cada qual com suas peculiaridades. A referência à existência de um estatuto próprio não significa necessariamente um ato legislativo único, mas que há um conjunto de princípios e regras jurídicas próprias que afastam a aplicação de outros regimes contratuais. Essa categoria, por sua vez, possui as seguintes subespécies: AGENTES POLÍTICOS, AGENTES INSTITUCIONAIS À JUSTIÇA, MILITARES e SERVIDORES PÚBLICOS ESTRITO SENSO.

Os Agentes Políticos são titulares de funções estruturais na organização do país, com fundamento constitucional, formadores da vontade superior do Estado, ligados a este por vínculo predominantemente político e não-profissional.

Exemplificativamente, podemos indicar como integrantes desta categoria os Chefes dos Poderes Executivos e seus auxiliares diretos, os Parlamentares, os Presidentes dos Tribunais Jurisdicionais e de Contas, os Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos.

Os Agentes Institucionais à Justiça são titulares de cargos públicos, ligados por vínculo profissional, que exercem a missão de garantia dos contornos de constitucionalidade e legalidade, em seu sentido amplo, dos atos da vida em sociedade, em especial, dos decorrentes da vontade superior do Estado. Atribuições estas também previstas constitucionalmente<sup>45</sup>.

Podemos apontar, também por exemplificação, os Membros da Magistratura, de Tribunais de Contas, do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e das Polícias federais, distritais e estaduais

Os Militares são os membros das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros.

Os Servidores Públicos Estrito Senso são os funcionários públicos civis regulados por estatuto próprio não enquadrados nas hipóteses anteriores.

PESSOAL CONTRATADO PELO ESTADO é designação que reúne as categorias de regime jurídico de pessoal, em que as pessoas físicas estão vinculadas contratualmente com a Administração Pública por regime não estatutário. Essa categoria, por sua vez, possui duas subespécies: TEMPORÁRIOS e EMPREGADOS PÚBLICOS

Os Temporários possuem regime jurídico de pessoal contratual administrativo ou contratual celetista, conforme a previsão de cada Ente da Federação. De qualquer sorte, são contratados por tempo determinado para atender necessidades temporárias (6 meses a 5 anos, conforme o caso) de excepcional interesse público nos termos da Lei 8.745/93 e art. 37, IX, da CF.

O Empregado Público possui sempre o regime jurídico de pessoal do Direito do Trabalho, chamado contratual celetista, mas contratação esta com caráter duradouro. O Empregado Público pode ainda enquadrar-se em três situações distintas, a saber, os celetistas das Pessoas Jurídicas de Direito Privado da Administração Pública Indireta (Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e subsidiárias); os celetistas especiais

---

45 Contribui para essa nova categoria a análise sobre as funções essenciais à Justiça realizada por MOREIRA NETO (2001), em especial, p. 52.

do Poder Executivo Federal da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações - Lei 9.962/2000 (os quais podem ser criados pelos demais Entes da Federação após o fim do chamado regime jurídico único de pessoal das pessoas jurídicas de Direito Público com a EC 19/1998); e os celetistas vinculados à autonomia de gestão prevista no art. 37, §8º, da CF.

PESSOAL PARTICULAR EM COLABORAÇÃO COM O ESTADO é designação que reúne diversas categorias de regimes jurídicos cujas pessoas físicas possuem vínculo com a Administração Pública em razão da atividade desenvolvida nesta condição (pelo serviço prestado), sofrendo supervisão e coordenação estatal. Não há vínculo deste pessoal com o Estado enquanto pessoa física, pois não possui subordinação direta à Administração Pública, tais como, Agentes Honoríficos (jurados, mesários eleitorais, membros de comissão, etc); Agentes Delegados (leiloeiros, tradutores e interpretes públicos, trabalhadores de cartórios não estatizados, de concessionárias, de permissionárias, autorizações, outras terceirizações); Agentes Credenciados (recebem a incumbência de representar a Administração em determinado ato ou praticar certa atividade); Agentes Gestores de Negócios (pessoas que assumem gestão de coisa pública em situação emergencial); Agentes Públicos Putativos (servidores de fato, etc).

## **B) CATEGORIZAÇÃO QUANTO À OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS.**

A finalidade desta categorização visa sistematizar a existência ou não de opções ao legislador infraconstitucional de todos os Entes da Federação para conformação do regime jurídico aplicável às diferentes categorias de Agentes Públicos. Nesse sentido, temos as seguintes espécies: ESTATUTÁRIOS NECESSÁRIOS, ESTATUTÁRIOS FACULTATIVOS, CONTRATUAIS ADMINISTRATIVOS NECESSÁRIOS, CONTRATUAIS ADMINISTRATIVOS FACULTATIVOS, CELETISTA NECESSÁRIO, CELETISTA FACULTATIVO e CONTRATUAIS PRIVADOS FACULTATIVOS.

Os regimes jurídicos ESTATUTÁRIOS NECESSÁRIOS são aqueles que, por força da norma constitucional, o legislador ordinário ou complementar, conforme o caso, de cada Ente da Federação não possui liberdade de conformação para instituir outro regime jurídico de pessoal que não o de um estatuto próprio para cada categoria. Fazem parte desses regimes obrigatoriamente os Agentes Políticos, os Agentes Institucionais à Justiça e os Militares.

Os regimes jurídicos ESTATUTÁRIOS FACULTATIVOS são aqueles que a norma constitucional deu margem para o legislador ordinário instituir ou não um regime jurídico de pessoal estatutário. É o caso do regime dos Servidores Públicos Estrito Senso após o término do regime jurídico único de pessoal das pessoas jurídicas de Direito Público com a EC 19/98.

Os regimes jurídicos CONTRATUAIS ADMINISTRATIVOS NECESSÁRIOS são aqueles que, por força da norma constitucional, o legislador ordinário de cada Ente da Federação não possui liberdade de conformação para instituir ou adotar outro regime jurídico que não o contratual administrativo, como é o caso do regime da maioria dos particulares em colaboração com o Estado, em especial, os decorrentes dos arts. 37, XXI, e 175, ambos da CF. Lembre-se que nesses casos não há um vínculo direto entre a pessoa física que desempenha a função estatal e a Administração Pública. Prevalece aqui um vínculo de coordenação e supervisão da Administração em relação à atividade prestada.

Os regimes jurídicos **CONTRATUAIS ADMINISTRATIVOS FACULTATIVOS** são aqueles em que a norma constitucional deu margem para o legislador ordinário de cada Ente da Federação instituir ou não um regime jurídico de pessoal contratual administrativo. É o caso do regime dos Temporários, nos termos do art. 37, IX, da CF.

O regime jurídico **CELETISTA NECESSÁRIO** é aquele em que a Constituição indicou como o regime jurídico de pessoal obrigatório, o dito celetista, sem dar margem para o legislador ordinário estabelecer a adoção de outro regime qualquer, sendo, portanto, apenas admissível o regime de pessoal do Direito do Trabalho. Esta é a hipótese dos Empregados Públicos das Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e subsidiárias, nos termos do art. 173, §1º, II, da CF.

O regime jurídico **CELETISTA FACULTATIVO** é aquele em que a Constituição não indicou um regime jurídico de pessoal obrigatório, estabelecendo uma liberdade de conformação da legislação ordinária para que os Entes da Federação estabeleçam qual o regime jurídico de pessoal mais adequado, podendo optar pelo regime de pessoal do Direito do Trabalho. Esta é a hipótese dos Empregados Públicos especiais do Poder Executivo Federal da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, bem como os vinculados à autonomia de gestão. Os demais Entes da Federação podem editar lei assim dispondo sobre a utilização do regime de Direito do Trabalho para pessoal que irá desempenhar suas atividades no âmbito de pessoas jurídicas de Direito Público e que não estejam abrangidas pelo regime Estatutário Necessário.

Os regimes jurídicos **CONTRATUAIS PRIVADOS FACULTATIVOS** são aqueles em que a norma constitucional deu margem para o legislador ordinário adotar ou não um regime jurídico fundado no Direito Privado. É o caso dos regimes de alguns dos particulares em colaboração com o Estado, tais como os decorrentes de arrendamentos e franquias. Nesses casos, também não há um vínculo direto entre a pessoa física que desempenha a função estatal e a Administração Pública, prevalecendo um vínculo de coordenação e supervisão da Administração relativo à atividade desenvolvida, sem uma subordinação da pessoa física.

Os regimes jurídicos abrangidos pelas espécies designadas como **CONTRATUAIS ADMINISTRATIVOS NECESSÁRIOS** e **CONTRATUAIS PRIVADOS FACULTATIVOS** não são regimes jurídicos próprios de pessoal no sentido de regular o vínculo de subordinação da pessoa física prestadora de atividade estatal, mas esses regimes incidem nas tarefas desempenhadas por estas pessoas que as exercem em nome do Estado, sofrendo a supervisão e a coordenação do Ente Público.

## **CONCLUSÃO**

Nos limites deste trabalho, cumpre realizarmos um fecho, ainda que provisório, sobre a análise, aqui iniciada, relativa a uma revisão das categorias jurídicas pertinentes aos Agentes Públicos em face do processo de construção político-jurídica de um Estado de Direito Democrático, enquanto um Estado de Justiça, como professado pelo grande jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto na expressão de Carlos Cassagne.

Da emergente sociedade policrática, surge a necessidade de afirmação de um pluralismo a superar o dirigismo estatal e o individualismo absoluto o que resulta na adoção de regimes jurídicos variados, referentes às diferentes categorias de pessoas que exercem atividade estatal. Do mesmo modo, resulta a instituição de regimes jurídicos semelhantes para as pessoas que exercem atividades estatais de mesma categoria

jurídica, tais como aqueles abrangidos pela categoria de Agentes Institucionais à Justiça e que se diferenciam dos Agentes Políticos.

Esse tema merece aprofundamento que foge ao escopo deste artigo, mas que permite, ainda como nota conclusiva, saldar a relevância de estudos científicos bem fundamentados, como o desenvolvido pelo Dr. Marcus Ronald Carpes, ao escrever sobre Advocacia da União e Estado de Justiça<sup>46</sup>, onde estão manifestamente germinando em solo fértil as grandes lições do mestre de todos nós, Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

---

46 CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça, in *Direito do Estado – Novas Tendências*, v. IV, nº VII. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, outubro de 2005, p. 167-197.

## BIBLIOGRAFIA

- ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça, *in Direito do Estado – Novas Tendências*, v. IV, nº VII. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, outubro de 2005, p. 167-197.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*, T. 1. Paris: Montchrestien, 5<sup>o</sup> ed., 1990.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 43-70.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Parecer apresentado ao Sr. Prefeito do Município de Porto Alegre, *in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 8, n. 9. Porto Alegre: PMPA, agosto de 1996, p. 61-84.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito, o Judiciário e a Nova Constituição, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 160. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun de 1985, p. 63-76.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado no Limiar do Novo Século, *in Revista de Direito Administrativo*, v. 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 81-90.
- FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FORSTHOFF, Ernest. *Stato di Diritto in Transformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MANDEL, Ernest. *Introdução ao Marxismo*. Porto Alegre: Movimento, 1982.
- MARQUES, J. Luiz. *O Socialismo*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1991.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, *in Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, n. I. Porto Alegre, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. *O Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado* (apostila), tradução de Odete Medauar. São Paulo: 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1991.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- WOLFF, Hans Julius. *Introducción Historica al Derecho Romano*, 1<sup>a</sup> ed. Santiago de Compostela, Porto, 1953.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht*. München: C. H. Beck, v. I, 1974, v. II, 1976.