



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RÔMULO DE MAGALHÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER CONSTITUÍDO:
UM ESTUDO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Brasília

2017

RÔMULO DE MAGALHÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER CONSTITUÍDO:
UM ESTUDO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

Brasília

2017

RÔMULO DE MAGALHÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER CONSTITUÍDO:
UM ESTUDO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Sérgio Antônio Ferreira
Victor.

Brasília, 2 de maio de 2017

Banca Examinadora

Prof. Orientador – Sérgio Antônio Ferreira Victor

Prof. Examinador – Sandra Marcia Nascimento

Prof. Examinador – Guilherme Sena de Assunção

*À minha amada Luciana e aos meus filhos
Caio e Theo, fontes eternas de inspiração.*

AGRADECIMENTO

Ao Professor Sergio Victor, cujas aulas e orientação, solidamente fundadas em conhecimento, experiência e talento na exposição do Direito Constitucional, me despertaram o interesse pelo tema dessa pesquisa.

Aos professores do UniCEUB, que tornaram possíveis meus primeiros passos na ciência jurídica.

Aos colegas, por contribuírem para a conclusão dessa etapa, com sua convivência agradável e sempre enriquecedora.

À minha esposa Luciana, de quem contei com apoio irrestrito para perseverar no desafio de concluir a graduação em Direito.

Ao meu sogro Ayrton, pelo suporte e incentivo na realização do sonho de me tornar um advogado.

Aos meus queridos pais, Gildette e Juarez, quem, por me tornarem um verdadeiro ser humano, são eternamente responsáveis por todas as minhas realizações.

RESUMO

O presente trabalho aborda o *status* constitucional da Administração Pública na organização do Estado, precisamente em sua caracterização como um poder político autônomo e independente. Em um estudo de Direito Constitucional Comparado, é analisada a existência e a efetividade dos dispositivos constitucionais que estabelecem o papel da Administração Pública em duas configurações estatais distintas, no que tange à sua caracterização ou não como um poder autônomo. Adotando como representativas as opções de institucionalização constitucional da Administração Pública em duas democracias ocidentais – Brasil e Espanha -, o trabalho oferece, para esses dois países, uma análise comparativa dos discursos provenientes do direito positivado, dos precedentes jurisprudenciais e da doutrina. A pesquisa contribui para lançar luz à discussão sobre o aprimoramento contínuo da organização estatal, especialmente do Brasil, ao extrair conclusões críticas sobre a influência do arranjo institucional que estabelece a divisão dos poderes políticos na consecução dos fins últimos a que se propõe o Estado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Comparado. Teoria do Estado. Administração Pública. Separação de Poderes.

ABSTRACT

This study examines the constitutional status of Public Administration in State organization, precisely regarding its characterization as an autonomous and independent political power. Adopting a comparative constitutional law approach, it investigates the existence and effectiveness of constitutional provisions establishing the rule of Public Administration in two different State frameworks, respective to whether it is considered or not an independent power. The study offers a comparative analysis of legal theory, constitutional provisions and judicial decisions that describe the constitutional frameworks devoted to Public Administration prevailing in two Western democracies - Brazil and Spain. This research contributes to shed a light on the debate concerning the continuous improvement of State organization, especially in Brazil, by deriving informed conclusions about the influence of institutional structures that implements the separation of powers on the effectiveness of State's objectives pursuing.

Keywords: Constitucional Law. Comparative Constitutional Law. Theory of State. Public Administration. Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PANORAMA DA DIVISÃO DOS PODERES NO OCIDENTE	12
1.1 A solução originária do poder no social	13
1.2 A concentração do poder	13
1.3 A bipartição dos poderes	14
1.4 A tripartição dos poderes	15
1.5 A tetrapartição dos poderes	18
1.6 A Administração Pública como poder.....	19
2 O STATUS CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E NA ESPANHA	24
2.1 Doutrina.....	24
2.1.1 <i>No Brasil</i>	24
2.1.2 <i>Na Espanha</i>	31
2.2 Normas jurídicas.....	37
2.2.1 <i>No Brasil</i>	38
2.2.2 <i>Na Espanha</i>	45
2.3 Precedentes jurisdicionais.....	59
2.3.1 <i>No Brasil</i>	59
2.3.2 <i>Na Espanha</i>	59
2.4 Análise.....	62
3 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Em que pese a Constituição brasileira de 1988 ser pródiga na garantia de direitos fundamentais e na atribuição de funções ao Estado, em especial, a formulação e execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, é bastante questionável se o arranjo institucional da divisão de poderes políticos determinado pelo constituinte, que concentra a Chefia de Estado, o Governo e a Administração Pública no Poder Executivo, tem sido satisfatório no estabelecimento do equilíbrio de forças capaz de proporcionar à Administração Pública um grau de independência que favoreça o atingimento de seus objetivos. A título de exemplo, a proliferação, nas últimas duas décadas, de ministérios e de cargos comissionados da administração direta e indireta que não exigem concurso público, atingiu patamares sem paralelo em outras nações do mundo ocidental, sejam desenvolvidas ou em desenvolvimento.

O assunto objeto da presente pesquisa versa sobre o *status* constitucional da Administração Pública na organização do Estado, precisamente em sua caracterização como um poder político autônomo e independente. Assim, desenvolve-se nesse trabalho uma pesquisa em Direito Constitucional Comparado, destinada a analisar a existência e a efetividade dos dispositivos constitucionais que caracterizam ou não a Administração Pública como poder autônomo. Para tanto, delimitou-se o estudo à análise dos casos de Brasil e Espanha, como representativos das configurações constitucionais distintas de divisão dos poderes adotadas nas democracias ocidentais.

Especialmente nas atuais democracias da Europa ocidental, a separação dos poderes se faz em seis parcelas, com a Administração Pública desfrutando do *status* constitucional de um poder autônomo, não se misturando à Chefia de Estado nem ao Governo. No caso da Espanha, a Constituição de 1978 caracteriza Governo e Administração como entes distintos e autônomos, sem definição ou menção explícita ao Poder Executivo.

Distinto é o caso do Brasil, que, a despeito do caráter burocrático weberiano conferido à Administração Pública pela Constituição de 1988, não logrou dotá-la constitucionalmente de autonomia e neutralidade suficientes e inequívocas, para funcionar imune às ingerências políticas dos governos eleitos que a dirigem. Ao contrário, a Constituição de 1988, ao negar autonomia à Administração Pública, terminou por sujeitá-la ao chefe do Poder Executivo.

Para a caracterização dos arranjos constitucionais, adota-se a metodologia da dogmática-instrumental, pela qual se analisam os discursos provenientes da doutrina, do direito positivado e dos precedentes jurisdicionais para se testar a hipótese de que a Administração Pública na Espanha desfruta efetivamente do *status* de poder político autônomo, enquanto, no Brasil, é parte integrante dos três poderes constituídos, com preponderância do Poder Executivo, que a acumula com as funções de Governo e de Chefia de Estado.

A temática da pesquisa é relevante para o Direito Constitucional porque confronta duas opções bastante distintas de divisão de poderes políticos, em dois países que desfrutam de lastros cultural e jurídico assemelhados, mas que por razões históricas próprias aderiram com menor ou maior intensidade aos avanços doutrinários e práticos da divisão de poderes.

Ademais, o assunto desperta especial interesse por tratar-se o Brasil de um país que, após ter figurado na vanguarda da formalização da teoria da divisão de poderes elaborada pela melhor doutrina da época, por ocasião da promulgação de sua primeira constituição, em 1824, não acompanhou e, mesmo, regrediu nos textos constitucionais posteriores, na incorporação dos subsequentes avanços da doutrina, relativamente aos moldes em que esse fenômeno se operou nas democracias europeias ocidentais ao longo do século XX.

A opção constitucional do Brasil pela tripartição dos poderes, mantida na Carta de 1988 e confirmada no referendo de 1993, que rejeitou o Parlamentarismo, ao ocorrer em momento histórico em que a hexapartição dos poderes encontrava-se já bem estabelecida na teoria e na prática, parece revelar que o debate político e jurídico sobre o assunto não experimentou grandes controvérsias, e, conseqüentemente, um desejável aprofundamento. Entretanto, depois de apenas quase trinta anos da promulgação da Carta da República, a grande dimensão da crise política que se apresenta, ao comprometer seriamente o próprio funcionamento do Estado, suscita ou deveria suscitar um novo debate sobre se o estado atual da divisão dos poderes políticos, como técnica constitucional de organização estatal, merece revisão.

Na perspectiva desse debate, além da própria complexidade do tema afeto à divisão dos poderes políticos e do grau de autonomia desejável à Administração Pública, grandes dificuldades se apresentam em termos de consenso nas comunidades de juristas e de cientistas sociais quanto ao arranjo constitucional que proporcionaria uma distribuição de poder mais favorável à consecução dos objetivos do Estado.

Espera-se que a presente pesquisa, ao oferecer conclusões acerca da organização estatal dos poderes em diferentes configurações, contribua em lançar luz à discussão sobre a influência da divisão dos poderes políticos e do papel da Administração Pública na consecução dos fins últimos a que se propõe o Estado e sobre o aprimoramento contínuo da organização do Estado brasileiro.

O trabalho se divide em três capítulos. O Capítulo 1, ao oferecer um panorama da divisão dos poderes políticos no Ocidente, culminando com a emergência da Administração Pública como um poder autônomo, descreve a fundamentação teórica adotada na pesquisa. No Capítulo 2, desenvolve-se propriamente a caracterização e a análise comparativa da regulação constitucional dos poderes e da Administração Pública nos dois países considerados. O Capítulo 3 tece as conclusões da pesquisa, além de oferecer algumas reflexões sobre o aprimoramento da organização estatal brasileira.

1 PANORAMA DA DIVISÃO DOS PODERES NO OCIDENTE

A atual teoria da divisão dos poderes prevê, além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, descritos na clássica abordagem de Montesquieu¹, os poderes Ministerial (ou Governo), concebido por Benjamin Constant², o Legislativo Negativo, exercido por um Tribunal Constitucional independente do Poder Judiciário, idealizado por Hans Kelsen³, e a Administração Pública (ou Burocracia), teorizado por Max Weber (WEBER, 1998). Ressalta-se que o Poder Executivo na acepção de Montesquieu acumula as funções de Governo (Poder Ministerial, exercido por um Gabinete, ou Ministério, como no Parlamentarismo), da Chefia de Estado e da Administração Pública. Cabe registrar a existência de doutrina que considera a possibilidade teórica de mais de seis poderes políticos (ACKERMAN, 2000). A este trabalho interessa a caracterização da Administração Pública como um poder.

O ponto de partida teórico para a presente pesquisa é o trabalho seminal e bastante didático de Souza Junior e Reverbel (2016), que nos brinda com a descrição do processo histórico de especialização crescente dos poderes políticos, que culminou com a atual hexapartição dos poderes. A utilidade prática pretendida pelos autores com a obra não poderia ser mais apropriada àqueles que pretendem se aprofundar na investigação de um dos poderes em particular, tal como propõe o presente estudo (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 19):

[...] permitir avaliações mais objetivas dos sistemas de governo, bem assim para estimular a imaginação de soluções institucionais eficazes visando sanar as dificuldades político-constitucionais que estão atrasando o desenvolvimento integral de muitos Estados, mormente no subcontinente ibero-americano.

Ao clarificar os fatores que condicionaram os seis grandes passos do processo de divisão dos poderes, bem como os doutrinadores do pensamento juspolítico que formularam as soluções institucionais adequadas às realidades e necessidades históricas efetivas, os citados autores fornecem uma visão inovadora da divisão dos poderes políticos. Precisamente, em benefício do presente trabalho, essa visão serve de segura e sólida referência teórica para a pesquisa jurídica em Direito Constitucional voltada a determinar o *status* da divisão de

¹ “Do Espírito das Leis”, de 1772

² “*Refléxions sur les Constitutions et les Garanties avec une Esquisse de Constitution.*”, de 1814

³ Constituição da Áustria, de 1920

poderes e as especificidades de cada poder político de um Estado ocidental, inclusive com o fim de avaliar a efetividade de sua organização na realização dos mais altos valores concertados de justiça da sociedade a que serve.

Ressalta-se que as expressões “poderes”, “poderes constituídos” e “poderes políticos” são empregadas indistintamente ao longo do presente estudo, tendo, como conceito, aquele atribuído a poderes políticos por Souza Junior e Reverbel (2016). Assim, para esses autores, a expressão “poderes políticos” tem conotação orgânica, no sentido de se tratarem de órgãos constitucionais exercentes de atividades e de competências juspolíticas, quais sejam, a Chefia de Estado, o Governo, a Administração Pública, o Parlamento, o Judiciário e o Tribunal Constitucional. Mais formalmente, é este o conceito de poderes políticos proposto pelos autores (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 20):

[...] poderes são os órgãos institucionalizados diretamente na esfera do direito constitucional, dotados expressamente de competência ou de atribuições razoavelmente especificadas, para desempenharem atividades declaradas como de soberania estatal una.

Antes de aprofundar a caracterização da Administração Pública como poder político e a descrição dos fatores que nela desembocaram, é fundamental compreender minimamente como se deram as fases anteriores da divisão dos poderes.

1.1 A solução originária do poder no social

A configuração política medieval caracterizada pela fragmentação territorial e social do poder político e pela hierarquização da sociedade feudal, tecida por uma rede de contratos, pactos e compromissos particulares, não permitia falar-se ainda em administração unificada, planejada e executada a partir de um centro político. Ao Rei Feudal não cabia administrar, legislar, nem julgar, além de seu próprio feudo, mas submeter-se ao direito privado dos costumes e dos pactos, restando-lhe apenas, embora de suma importância, uma função executiva mínima de comandar as atividades fiscais e as de guerra. O resultado era a descentralização máxima do poder, que se encontrava solvido na sociedade. Na ausência de poder público, as instituições sociais privadas e as relações de direito privado cuidavam também do interesse público.

1.2 A concentração do poder

O fenômeno que marca o início da história da divisão dos poderes é justamente a institucionalização de uma esfera pública de poder, autônoma diante do privado, com o surgimento do Estado Nacional Moderno, especialmente a partir do Século XV. A ordem feudal perdeu a viabilidade e a legitimidade para lidar com uma civilização em franco progresso, que produzia um crescente distanciamento entre os tomadores e os afetados por decisões de grande alcance. Ao encadeamento de mudanças que forjaram uma ordem nova territorialmente maior, culturalmente mais aberta, religiosamente mais pluralista e politicamente mais centralizada, denomina-se processo de nacionalização. Nesse Estado, o poder político da esfera pública, com sua essência una e soberana, desvincula-se da sociedade para concentrar-se em uma instituição jurídica, qual seja, a Coroa. Não se trata, tal como difundida crença, de poder sem limites, uma vez que era contido por costumes, tradições, privilégios corporativos e territoriais, bem como pela influência da Igreja e a Inquisição.

O mais influente pensador da concentração do poder foi Bodin (1530-1596), para quem a soberania é o traço distintivo do Estado. Definida como o supremo poder sobre cidadãos e súditos, não limitado pelas leis, a soberania se caracteriza por ser perpétua (não se limita a um período de tempo), absoluta (dispensa o consentimento dos demais) e concentrada (quem legisla exerce as demais funções). A distinção criada por Bodin entre soberania em sua essência, que é absoluta e indivisível, e soberania em seu exercício, ou governo, que pode ser delegado e temporário, foi fundamental para toda a evolução posterior da divisão do poder. Em relação a essa distinção bodiniana, esclarecem Souza Junior e Reverbel (2016, p. 47):

[...] o direito público passa a admitir, como dogma universal inquestionável, a compossibilidade jurídica entre a unidade e indivisibilidade de um poder soberano nacional do Estado, vis-à-vis à pluralidade e divisibilidade do exercício das funções políticas contidas na soberania, partilháveis entre órgãos institucionalmente separados, denominados, no plural, de poderes políticos. Sem tal distinção, não teria sido possível no Ocidente, dentro de cada Estado soberano, a divisão inicial dos poderes e a sua evolução até nossos dias.

Precisamente neste ponto está uma importante diferença do pensamento de Bodin para o de Hobbes (1588-1679), a outra referência doutrinária da concentração de poder, para quem a soberania é indivisível e sem distinção entre essência e exercício.

1.3 A bipartição dos poderes

A centralização do poder teve como consequências inseparáveis a institucionalização da esfera pública, objeto de atuação do poder político, em contraposição à

esfera do privado, e a técnica da representação, pela qual as delegações da sociedade se convertem em órgãos públicos, dotados de autonomia e cogência perante a sociedade. A bipartição dos poderes se deu exclusivamente no Reino Unido, com a conquista pelo Parlamento, instituição existente desde a época feudal, da função deliberativa legislativa, em consequência da Revolução Gloriosa de 1688, resultado último do longo período de conflitos entre Rei e Parlamento que caracterizou a dinastia dos Estuardos. A Era Liberal assim inaugurada, quando chega à França e ao resto do continente, no final do Século XVIII, já vem incorporada da tripartição dos poderes, pronta e testada já no início desse Século pela Inglaterra. O doutrinador da Revolução Gloriosa e da bipartição dos poderes foi John Locke (1632-1704), com o Segundo de seus “Dois Tratados do Governo”. Para ele, o Poder Legislativo é a função de elaborar leis para dirigir a “soberania da república” na preservação da comunidade e de seus membros, que deve ser atribuída a um órgão de representação da sociedade, cujos representantes, ao menos uma parte eleitos pelo povo, se submetem ao rigor das leis. Por sua vez, o Poder do Rei ou o Poder Executivo *lato sensu* é atribuído ao um órgão unipessoal que cumula as funções executiva (aplicação das leis), federativa (política externa) e prerrogativa (decisão em última instância das responsabilidades mais elevadas da sociedade), para o exercício das quais pode-se valer da força. Locke não menciona o Judiciário. A função judicial cabia, em primeiro grau, à própria sociedade, e em segundo grau, pelas Cortes escolhidas pelo Rei, integrando as funções do poder executivo arcaico. O Poder Legislativo, afirma Locke, tem supremacia sobre o Poder do Rei, mas está subordinado ao povo, que conserva o poder supremo de se salvaguardar de atentados de quem quer que seja, inclusive valendo-se, como último recurso, do direito à revolução.

1.4 A tripartição dos poderes

A tripartição dos poderes nasce também na Inglaterra, com o Ato do Estabelecimento de 1701, que, ao determinar que os juízes permaneceriam em seus cargos não mais por vontade do Rei, mas enquanto cumprissem com zelo seus deveres funcionais, tornou o Judiciário um poder independente. Influenciado pela experiência inglesa, o francês Montesquieu (1689-1755) desenvolve a teoria clássica da tripartição dos poderes. De inspiração filosófica liberal, sua obra “O Espírito das Leis” propõe as linhas fundamentais da organização política necessária à garantia da liberdade, essa entendida como fazer tudo aquilo que as leis permitem. A consecução dessa liberdade só é possível nos governos moderados, ou seja, no regime misto, que combina as três formas de governo (monarquia, aristocracia e

democracia) e seus princípios inspiradores, para produzir uma política limitada, moderada e equilibrada. Seu modelo institucional voltado a viabilizar, pela Constituição, a liberdade, consiste em dividir o poder estatal entre os três órgãos (Rei, Parlamento e Juízes), atribuindo-se a cada um deles uma das três funções políticas (executiva, legislativa e judicial), e posicionando-os de forma independente e harmônica, por meio de relações recíprocas que incluem mecanismos de travamento - os pesos e contrapesos -, de forma que o poder possa deter o poder. Relevante notar que, em parte por uma questão cultural – a inexistência, na França e nos países da Europa continental, de um Parlamento forte, nos moldes do inglês -, e em parte por uma questão ideológica – a rejeição do liberalismo a um poder superior de última instância -, a teorização de Montesquieu se afastou em dois pontos da realidade inglesa. Primeiro, na separação dos poderes, pela qual os três órgãos eram funcionalmente especializados e organicamente independentes. Segundo, na inexistência de hierarquização entre os poderes, que os colocava em radical pé de igualdade. Na Inglaterra, os órgãos eram separados, mas operavam juntos no mesmo espaço institucional, o Parlamento, compartilhando da mesma soberania. Ademais, havia uma hierarquia entre os órgãos, na medida em que o Rei inglês conservou entre suas funções o papel de fecho da abóbada sociopolítica, bem como a prerrogativa de agir em defesa do bem comum mais elevado, como autoridade de última instância. Para Montesquieu, dispensava-se a autoridade porque a liberdade bastaria a si mesma, sendo garantida pela força intrínseca dos mecanismos sociais ou políticos espontâneos. Assim, a existência de poderes políticos livres teria por si só o condão de ensejar, naturalmente e independentemente de autoridade, a garantia da própria liberdade e a indução da harmonia e da concórdia.

Importante salientar que, conforme bem observado por Visscher (1947 apud MEIRELLES, 2010), configura completa deturpação do pensamento de Montesquieu atribuir-lhe a concepção de uma separação absoluta dos poderes. Segundo Hely Lopes Meirelles, as expressões “separação de poderes” ou “divisão de poderes” sequer são empregadas em sua obra. O que pregou Montesquieu foi o equilíbrio entre os poderes, que funcionariam de forma independente e harmônica, nos moldes supradescritos (MEIRELLES, 2010).

A tripartição de Montesquieu encontrou grande difusão no mundo ocidental. Primeiramente, por sua grande influência na elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Segundo, por sua adoção como dogma do constitucionalismo clássico, pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que terminou por estabelecer a organização política de grande parte das constituições que se seguiram à

Revolução Francesa, tais como as constituições francesas de 1791 e 1795, a de Cádiz (Espanha), de 1812, a de Portugal, de 1822, e a de quase todos os países da América Latina, inclusive a do Brasil, de 1891.

Para os autores, a maior contribuição do Estado Liberal Clássico e da tripartição dos poderes à modernidade juspolítica consiste na viabilização da supremacia do direito, pela qual a esfera pública se subordinou ao direito, gerando o Estado de Direito. Isso foi possível graças à independência dos juízes frente aos Poderes Executivo e Legislativo e ao surgimento do Direito Constitucional, do controle jurisdicional da administração e do controle da constitucionalidade das leis.

A tripartição dos poderes entra em crise com a Revolução Industrial, que, originada na Inglaterra no final do Século XVIII, refletiu-se de forma decisiva na história da divisão dos poderes. Caracterizada pelo desenvolvimento científico e técnico da atividade econômica, essa Revolução acelerou a criação de riqueza e a emigração rural para os centros urbanos. Surgiram necessidades sociais que requeriam ações, inclusive de natureza prestacional, de um poder público carente de soluções ou meios de enfrentamento. Começa a surgir, paulatinamente, uma nova função política, a função governamental moderna, não prevista por Montesquieu.

O crescimento dessa função governamental, a partir do Século XIX, significa adotar ações políticas que impactam cada vez mais profunda e amplamente os interesses de pessoas, de grupos e da sociedade, exigindo a movimentação de mais recursos, a tributação e o uso de instrumentos coativos, o que impõe a seus titulares opções difíceis, polêmicas e conflituosas. Surge a necessidade de responsabilização política da função, já que governar nesse novo contexto envolve contrariar interesses, desgastar-se, errar, fracassar e até corromper-se, ações que não poderiam ser suportadas pela autoridade hereditária e vitalícia do Rei.

A incompatibilidade entre a função régia e a função de governo moderna, em parte foi amenizada pela adoção do presidencialismo, criado pelos Estados Unidos, que logrou tornar eletiva e temporária a chefia de Estado. Entretanto, mesmo em uma república, permanece a questão de como cumular a função de chefia de Estado, que pressupõe imparcialidade, com a função de governo moderna, que requer um político de partido capaz de comandar uma minoria político-ideológica. A resposta histórica a essa questão, que serve

também àquelas monarquias que desejassem preservar sua legitimidade, veio com a tetrapartição dos poderes.

1.5 A tetrapartição dos poderes

A preservação da instituição monárquica frente à nova realidade sociopolítica da função governamental moderna foi alcançada pela transferência total dessa última para uma nova instituição política, o Gabinete ou Conselho de Ministros, que passa a deter o Poder Governamental ou Poder Ministerial. A existência de um governo institucionalmente independente do Rei, pioneirismo também da Inglaterra, foi consolidada com a primeira reforma eleitoral, o *Reform Act* de 1832, que permitiu o desenvolvimento do sistema de partidos. A partir de então, a escolha do Primeiro Ministro e do Governo dependeria do eleitorado e não mais do soberano, que deveria aceitar os líderes do partido majoritário na Casa dos Comuns e seguir a política pública que a maioria lhes aconselhasse.

O principal teórico da tetrapartição dos poderes foi o suíço-francês Benjamin Constant (1767-1830), que em 1814 publicou o primeiro texto que trata da separação, do conjunto de funções tradicionalmente exercidas pelo Rei, da função governamental, assimilada por um poder novo, o Poder Ministerial. Constant atribui dois sentidos ao Poder Ministerial. Primeiro, enquanto função política, refere-se ao conjunto de atividades relativas ao governo da sociedade, ou seja, às ações políticas voltadas à realização do bem comum. Segundo, enquanto poder político, trata-se de um novo órgão, o Ministério ou o Gabinete, que passa a exercer com autonomia a função ministerial (governamental). Ao poder remanescente do Rei, denomina Poder Real, que, enquanto função política, se incumbe da chefia de Estado e da chefia da Administração Pública, essa entendida como o serviço civil permanente. Enquanto poder político, o Poder Real é o órgão que exerce essas funções (na monarquia, a Coroa). Por exigir do titular uma posição de neutralidade e imparcialidade, superior às doutrinas dos partidos e dos interesses seccionais da sociedade, Constant referia-se a esse Poder como o poder neutro, o qual teria alcance de última instância e o papel de fecho da organização política, capaz de promover a harmonia social, em contraposição à ideia do mecanicismo de Montesquieu.

A tetrapartição dos poderes, segundo os autores, é a fase central e decisiva de nossa história dos poderes (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 88-89):

[...] a tetrapartição fecha, com correções e melhoramentos, o ciclo da afirmação da liberdade, e abre os espaços para a evolução futura que, preservando os valores e as conquistas liberais, vai permitir ao Ocidente enfrentar os desafios da igualdade que o aguardam no século XX, a era do social e das ideologias.

Após o pioneirismo inglês, a tetrapartição foi trabalhada pelos discípulos do liberalismo doutrinário, ao longo do Século XIX, espalhando-se pelo continente. O Brasil, quando se torna independente, passando de um Estado burocrático tradicional para um Estado institucionalmente Liberal, salta diretamente da concentração dos poderes para a tetrapartição. A Constituição de 1824 é a primeira do mundo a adotar, formal e inequivocamente, a doutrina de Benjamin Constant, vindo a tetrapartição a funcionar, na prática, a partir de 1840. É consenso entre os melhores historiadores brasileiros que foi esse arranjo, caracterizado pela transcendência de uma chefia de Estado suprapartidária e suprarregional, que, por um lado, garantiu a unidade nacional, e, por outro, viabilizou o funcionamento ininterrupto, no Império, de modernas instituições políticas representativas (Parlamento, Judiciário, eleições para o governo, partidos livres e garantias das liberdades públicas).

A supremacia do direito se viu fortalecida com a tetrapartição dos poderes devido à abertura de novos espaços institucionais. Assim, às funções do chefe de Estado, buscou-se acrescentar uma atribuição expressa de defender a ordem constitucional, ou seja, de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes.

1.6 A Administração Pública como poder

A presente Seção apresenta uma síntese da teoria que caracteriza a Administração Pública como um poder político.

Conforme a perspectiva histórica de Souza Junior e Reverbel (2016), a institucionalização da Administração como poder político corresponde à pentapartição dos poderes levada a cabo no início do Século XX, precipitada pela Primeira Guerra Mundial. A independência da Administração foi uma resposta racional à ampliação do papel do Estado, que evoluiu do Estado Liberal, de feição mínima, voltado à garantia das liberdades individuais, para o Estado Social, ao qual competia realizar a justiça social, por meio da promoção da igualdade de condições econômicas mínimas. A busca pela igualdade era uma imposição da nova realidade demográfica dos centros urbanos, compostos de grandes contingentes de

trabalhadores pobres em busca de condições dignas de vida, no contexto dos efeitos da Revolução Industrial iniciada no fim do Século XVIII.

Junto com o progresso técnico-científico, a geração de riqueza e a prosperidade econômica proporcionados pela estrutura institucional do Estado Liberal Clássico, vieram as desigualdades sociais decorrentes da forte expansão demográfica e urbana, especialmente nas camadas pobres. Surgem doutrinas, movimentos e partidos populares voltados a combater essas desigualdades, lutando pelo sufrágio universal e por transformações sociais e políticas, desafios com os quais as instituições liberais de uma sociedade ainda aristocrática não pareciam capazes de lidar. A inevitável ruptura institucional foi precipitada pela primeira guerra mundial (1914-1918), que inaugurou o espaço para a construção de um novo tipo de Estado, necessariamente capaz de preservar as conquistas valiosas do Estado Liberal – as liberdades individuais e a supremacia do direito –, de harmonizar essas conquistas com as novas exigências da igualdade de condições econômicas e de justiça social, e de compatibilizar tal harmonia de valores com a democracia, ou seja, com um processo político aberto, pluralista e universal.

Em um fenômeno conhecido como “racionalização do poder”, acadêmicos, especialmente cientistas sociais, ajudaram na difícil tarefa de reconstrução da ordem estatal. Na concepção de Max Weber, Hans Kelsen e Carl Schmitt, tratava-se de construir uma nova ordem político-constitucional capaz ser aceita por todas as forças, partidos e segmentos sociais, numa sociedade pluralista, ideológica e antagonicamente dividida, como era a Alemanha na segunda década do século XX. A solução foi dada, em primeiro lugar, pela reafirmação da distinção entre Estado e Governo, assegurando-se a legitimidade do chefe de Estado por meio da eleição direta por todo o eleitorado e, conseqüentemente da instância neutra e suprapartidária, capaz de moderar e arbitrar uma convivência democrática pacífica, legal e civilizada na instância governamental, caracterizada pelas divergências ideológicas. Em segundo lugar, distinguiu-se a função administrativa das funções de governo e de chefia de Estado, a fim de que os órgãos administrativos gozassem de autonomia perante os governos ideologicamente orientados. Concluiu-se que os órgãos da Administração Pública deveriam ser alçados à condição de um novo poder político, a fim de garantir sua imparcialidade, dando origem ao Poder Administrativo. Essa configuração consagrada como Estado Social é a que surge na Alemanha, com a Constituição de Weimar, de 1919.

A elevação da Administração Pública a poder político atende à realização da forma da função administrativa, que se define por seus traços de permanência (ou continuidade), profissionalismo, tecnicidade, imparcialidade e apartidariedade. Assim, ainda que materialmente a função administrativa se subordine aos demais poderes, na medida em que envolve o acompanhamento da execução das leis, o apoio necessário para o andamento da Justiça, a operação da máquina pública, o assessoramento do governo e a concretização das políticas públicas por ele formuladas, a concretização formal da Administração como poder político proporciona a autonomia e independência necessárias para que melhor realize o interesse público.

Os antecedentes da Administração como corpo burocrático têm lugar nas monarquias modernas, especialmente a Prússia e a França. Esse poder administrativo do rei absoluto tem suas atribuições e autoridade ampliadas quando de sua transferência à burocracia do Estado Liberal, visto que, no regime constitucional vigente, subordina-se a um rei que cumula as funções de última instância política, de governo e administrativa. Com a independência do poder ministerial, os órgãos administrativos permaneceram subordinados ao chefe de Estado, ou seja, dentro de sua esfera de neutralidade. Esse contexto favoreceu o desenvolvimento dos traços de profissionalismo e de imparcialidade que permitiram que a Administração chegasse, no século XX, à condição de quinto poder político. A independência da Administração, possibilitada pela primeira vez na Constituição escrita de Weimar, insere-se em um sistema institucional inovador, que, no caso alemão, serve a um contexto socioeconômico e cultural caracterizado por uma forte tradição burocrática, pela pressão das tarefas administrativas crescentes do Estado Social, e pela aspiração por um Estado democrático e pluralista de Direito.

O fundamento doutrinário do poder político administrativo consiste da legitimidade legal burocrática de Max Weber (1864-1920). Em um contexto mais amplo, a legitimidade, entendida como a aceitabilidade da ordem juspolítica por toda a sociedade, é, para Weber, a base para a construção de uma nova ordem constitucional aceitável por todos e politicamente eficaz para atender as demandas sociais das massas, sem prejuízo das liberdades já conquistadas.

Em sua obra “Economia e Sociedade”, de 1922 (WEBER, 1998), Max Weber oferece três motivos sociológicos, dois irracionais e um racional, pelos quais a sociedade obedece espontaneamente à autoridade. O primeiro motivo situa-se no plano da vontade, e

consiste da legitimidade tradicional, pela qual a sociedade obedece ao poder pela força do hábito social cristalizado. O segundo motivo atua no plano da sensibilidade, e refere-se à legitimidade carismática, pela qual a adesão espontânea das massas é alcançada pelas qualidades misteriosas do líder. O terceiro motivo opera no plano da racionalidade e consiste da legitimidade racional, segundo a qual a sociedade obedece espontaneamente os dirigentes porque esses conquistaram e exercem o poder de acordo com as normas jurídicas estabelecidas. A legitimidade racional é, portanto, dotada de legalidade, não apenas jurídica, mas sociológica, vez que coroada por um consentimento efetivo da sociedade, capaz de sustentar o próprio regime democrático.

Sendo a Constituição e as leis o elemento chave da legitimidade racional, é essencial que a execução da ordem jurídica seja isenta de manipulações e instrumentalizações político-partidárias. Precisamente nesse ponto está o caráter burocrático da legitimidade racional legal, posto que essa não subsiste sem a preservação da objetividade, da imparcialidade e da impessoalidade do ordenamento jurídico. Nas palavras de Souza Junior e Reverbel (2016, p. 107):

[..] é a burocracia que vai assegurar a ordem jurídica objetiva, imparcial e consentânea. Essa é sua missão, sua razão de ser: por a ordem jurídica, em sua execução, fora do alcance maquinador dos que exercem o poder. A burocracia é mantida e remunerada pela sociedade para preservar e garantir os interesses gerais, impessoais, públicos, identificando-se com eles.

O arranjo institucional proposto por Weber (1998) consiste de três pontos: (i) a consolidação da burocracia como poder independente na sua função formal, executiva do direito e das políticas públicas, mas disciplinada, leal e eficiente na busca dos objetivos traçados pelo Parlamento e pelo Governo, no que tange à materialidade de suas atividades; (ii) a existência de governos (gabinete, ministério) fortes, com poder efetivo de condução das políticas públicas a serem executadas pela administração, e o papel positivo do Parlamento na definição dos destinatários dessas políticas; e (iii) a importância do Judiciário na defesa da ordem jurídica, nos casos de conflitos, e do chefe de Estado, que, eleito diretamente pelo povo, deveria incorporar elementos carismáticos de legitimidade.

Atribui-se ao espanhol José Zafra Valverde (VALVERDE, 1975) o pioneirismo em afirmar claramente a doutrina da pentapartição dos poderes, ao proporcionar uma compreensão prática e realista da estrutura básica dos órgãos do poder político que, herdada

do Estado Social da primeira metade do século XX, se difundiu como o padrão dominante no Ocidente.

Em pelo menos dois aspectos a pentapartição dos poderes proporcionou um aprimoramento das garantias à supremacia do direito. No plano teórico, surge a Teoria Contemporânea da Constituição, pela qual Hans Kelsen, principalmente, descreve a racionalização formal da organização constitucional e da estruturação política, baseada na supremacia da Constituição, agora vista como uma supralegalidade dotada de força normativa própria. No plano concreto, graças à melhor separação entre Chefia de Estado, Governo e Administração, houve uma ampliação do escopo do controle jurídico dos atos administrativos, já que esses passaram a se distinguir dos atos políticos *stricto sensu*, menos suscetíveis ao crivo do direito.

2 O STATUS CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E NA ESPANHA

Neste Capítulo desenvolve-se propriamente a pesquisa, com o detalhamento da organização constitucional dos dois Estados analisados, tanto no que se refere à divisão de poderes, quanto à posição que ocupa a Administração Pública nas distintas configurações.

Antes de prosseguir, é essencial repisar que as expressões “poderes”, “poderes constituídos” e “poderes políticos” são empregadas indistintamente no desenvolvimento do presente trabalho, correspondendo ao conceito de poderes políticos adotado em Souza Junior e Reverbel (2016), qual seja, o de órgãos constitucionais exercentes de atividades e de competências juspolíticas⁴.

Adotando-se a metodologia da dogmática-instrumental, busca-se, por meio do levantamento da doutrina constitucional que teoriza sobre a divisão dos poderes políticos, descrever o grau de independência da Administração Pública nos dois países selecionados. A descrição é estendida pela identificação do complexo de normas constitucionais e infraconstitucionais que institucionalizam a Administração Pública, no contexto das normas que instrumentalizam a organização do Estado. Finalmente, a descrição é completada pelo oferecimento de precedentes jurisprudenciais que interpretam as normas identificadas.

2.1 Doutrina

Com relação aos posicionamentos doutrinários expressados a respeito dos assuntos de interesse delimitados pela pesquisa, foram resumidas as opiniões de alguns doutrinadores de relevo dos dois países, provenientes dos ramos Constitucional e Administrativo do Direito, sem a pretensão de oferecer uma coletânea exaustiva das visões compartilhadas pela comunidade jurídica, mas tão somente de indicar os principais argumentos e consensos no entendimento dos temas.

2.1.1 No Brasil

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, a preocupação constitucionalista e republicana em organizar a função administrativa do Estado tem sua origem na Constituição de 1891, em consonância com o modelo jurídico-político vigente após

⁴ O Capítulo 1 supra (p. 13) traz a definição formal de poderes políticos de Souza Junior e Reverbel (2016).

a queda dos regimes absolutistas, nos quais não prevalecia a ideia de submissão do poder do Estado ao direito (MENDES e BRANCO, 2016). Conforme Rocha (1994), a Administração Pública efetivamente se constitucionalizou com a Constituição de 1988, pois deslocou seus fundamentos da norma infraconstitucional para a ordem constitucional, consagrando princípios constitucionais fundamentais, ao passo em que consolidou normas reitoras da Administração Pública presentes nos textos constitucionais anteriores. Atualmente, a atividade administrativa é regida por um conjunto de normas constitucionais que sustentam a Administração Pública e estruturam o sistema positivo infraconstitucional, sendo aplicável ao âmbito de qualquer dos três poderes (MENDES e BRANCO, 2016).

Na visão de Luís Roberto Barroso, chega a ser censurável o grau de detalhamento com que a Constituição de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, tal como a existência de um verdadeiro estatuto dos servidores públicos (BARROSO, 2015). Entretanto, uma das virtudes que aponta é justamente a dissociação da função administrativa da atividade de governo. Nesse aspecto, Baptista (2003, p. 74) chega a apontar que o “grande mérito do constituinte foi destacar a Administração Pública do Governo, reconhecendo a autonomia da função e da estrutura administrativas”.

Conforme Marçal Justen Filho, a teoria da separação de poderes abrange tanto a diferenciação das funções estatais tradicionais (funções administrativa, jurisdicional e legiferante) como a criação de estruturas organizacionais distintas para seu desempenho (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, respectivamente). Entretanto, pondera o autor que não há equivalência entre funções e Poderes, nem separação absoluta dos poderes. Assim, cada poder exerce não apenas sua função típica, para a qual foi constituído, mas também funções atípicas. O Poder Executivo tem como função típica a administrativa, ao passo que os demais Poderes a exercem como função atípica (JUSTEN FILHO, 2014).

As normas constitucionais que orientam a Administração Pública aplicam-se aos três poderes pelo fato de que todos esses exercem atividade administrativa, ainda que de forma secundária e acessória, conforme sustentado por Justen Filho (2014)⁵. Conclui o autor que Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo, visto que o exercício de atividade administrativa não é exclusividade desse Poder. No mesmo sentido, argumenta José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014).

⁵ Aqui se emprega a expressão “Administração Pública” em seu sentido subjetivo, como o conjunto de pessoas públicas e privadas, e de órgãos que exercitam a atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 266).

De fato, restou cristalizado no artigo 37 da Carta Magna que a Administração Pública no Brasil permeia os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como todos os entes federados (BRASIL, 2017a):

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
” (grifei)

Celso Antônio Bandeira de Mello, após conceituar as três funções do Estado - legislativa, jurisdicional e administrativa -, observa que há atos que não se alocam satisfatoriamente em nenhuma dessas três funções clássicas⁶. Além de não jurisdicionais nem legislativos, não se enquadram na função administrativa - cujos atos se referem à gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, rotineira dos assuntos da sociedade -, pois, materialmente, tratam-se de atos de gestão superior da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas, e formalmente, não configuram comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica. O autor entende que tais atos integram uma função que se poderia chamar de “função política” ou de “governo” (DE MELLO, 2014, p. 36-37).

Na mesma linha situa-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez aderente à lição de Alessi (1970 apud DI PIETRO, 2014). Para a autora, o exercício das três funções do Estado pressupõe a emanção de atos de produção jurídica. Enquanto a legislação é ato de produção jurídica primário, porque fundado única e diretamente no poder soberano, a jurisdição é ato subsidiário dos atos primários, ao passo que a administração é ato de produção jurídica complementar voltado à realização concreta dos interesses coletivos. Entretanto, ressalta que a função de emanar atos de produção jurídica complementares não se restringe à função administrativa, mas engloba também a função política ou de governo, que consiste de uma atividade de ordem superior referente à direção suprema e geral do Estado. Para a autora, “a função política compreende as atividades colegislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia” (DI PIETRO, 2014, p. 51-52).

⁶ Por exemplo, conforme De Mello (2014, p. 36), “a iniciativa de leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (impeachment) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra”.

Prossegue a autora para concluir que o exercício da função política ou de governo reparte-se entre Executivo e Legislativo, com notável preponderância do primeiro. Especialmente no direito brasileiro, de regime presidencialista e com grande concentração de poderes na figura do Presidente da República, tende-se a identificar o Governo com o Poder Executivo. No entanto, argumenta que a atual Constituição, embora atribua ao chefe do Poder Executivo a maior parcela de atuação política, pelo menos no que se refere às iniciativas, essas em grande parte se sujeitam à aprovação, prévia ou posterior, do Legislativo (DI PIETRO, 2014).

Para Odete Medauar, revela-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre Governo e Administração, ocorrendo, na realidade, um emaranhando entre ambos. Isso se deve ao aumento, na era contemporânea, da importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado. Daí que, além da coexistência no vértice do Poder Executivo de funções governamentais e administrativas, é comum a participação de servidores em atividades típicas de governo (MEDAUAR, 2014).

Não se pode negar, entretanto, que a constitucionalização da Administração Pública no Brasil a elevou a um patamar condizente com a necessidade que a sociedade aponta, tal como enaltece Cármen Lúcia Antunes Rocha. A autora sustenta que, com a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, a Administração, além de pública, tornou-se social, crescendo em sua organização e atividades. Porém, em sentido oposto a uma diferenciação entre Governo e Administração Pública, pondera a autora que “o comprometimento social do Estado e o aguçamento da finalidade pública de todos os seus comportamentos rompem a distinção firmada doutrinariamente entre Governo e Administração, faces de uma mesma função primária do Poder Público” (ROCHA, 1994, p. 15-16). A dicotomia antes vigente era garantida pela distinção entre o posicionamento que a regulação de cada um desfrutava nos ordenamentos jurídicos anteriores à Constituição de 1988. Assim, ao passo que o Governo era instituído constitucionalmente, a Administração era relegada ao plano infraconstitucional. Com a constitucionalização da Administração Pública, essa assume presença na exata dimensão e enfoque do Governo que a sociedade estabelece. A autora aproxima ainda mais Governo e Administração Pública ao entender que as atividades que exercem não são opostas, “mas apenas dois momentos da mesma atividade, que tem os mesmos fundamentos jurídicos, a mesma finalidade social, a mesma natureza e incidência de igual gravidade e responsabilidade” (ROCHA, 1994, p. 15).

Quanto à tradicional classificação das funções do Estado, subjacente à doutrina da separação de poderes, merece menção a análise do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que chega a contestar a cientificidade de Montesquieu ao elaborá-la. Entendendo estar esse mais preocupado em pregar um governo moderado pela divisão e repartição do poder do que descrever com rigor a realidade constitucional britânica da época, onde o parlamentarismo ali praticado já não permitia falar em independência do Executivo em relação ao Legislativo, conclui que a tripartição não tem rigor científico. Primeiro, porque as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência. Segundo, porque a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais, visto que os regulamentos também têm esse conteúdo (FERREIRA FILHO, 2013)

Cientificamente, o autor considera preferível a classificação de Burdeau (1969 apud FERREIRA FILHO, 2013), segundo o qual há duas funções do Estado: a função governamental, que é a manifestação de poder só condicionado pela Constituição e a função administrativa, que consiste em tomar decisões subordinadas em relação àquela. Ressalta ainda a tripartição de funções proposta por Loewenstein (1965 apud FERREIRA FILHO, 2013), composta de “*policy determination*” (função governamental), “*policy execution*” (função administrativa) e “*policy control*” (função de controle), sendo as duas primeiras semelhantes às da classificação de Burdeau, e a terceira, uma inovação, que, embora tenha natureza administrativa, o autor reputa como ponto crucial do regime constitucional.

Quanto à separação dos poderes, Ferreira Filho (2013) também a contesta, considerando-a meramente relativa. Prefere a interpenetração dos poderes, já que há predominância no desempenho de uma das funções, e a colaboração no desempenho de outras, em caráter secundário. Com relação à Administração Pública no Brasil, a considera inserida, junto com o Governo, no Poder Executivo. O Governo corresponde ao órgão ou conjunto de órgãos incumbido da representação do todo e da tomada das decisões fundamentais de sua competência. Tem como figuras básicas o chefe do Estado, o chefe do Governo e os ministros. A Administração consiste do conjunto de órgãos que acompanham a execução das leis e preparam ou acompanham as decisões em geral. O chefe do Poder Executivo, portanto, exerce a chefia do Governo, entendida como a liderança na política nacional e a orientação das decisões gerais, e a direção da máquina administrativa. No Brasil, mais ainda, exerce a chefia do Estado. A essa estruturação do Executivo chama de forma monocrática de governo, em contraposição à forma dualista, em que a chefia de Estado e o Governo estão separados.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, o Estado se manifesta por seus órgãos, divididos em supremos (constitucionais) e dependentes (administrativos). Ao conjunto dos órgãos supremos, aos quais incumbe o exercício do poder político, denomina Governo ou órgãos governamentais. Por sua vez, o conjunto dos órgãos dependentes, de natureza administrativa, forma a Administração Pública e se localizam em plano hierarquicamente inferior. O autor defende ainda que o cerne da diferenciação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo se encontra no fato de que os órgãos supremos são objeto do primeiro ramo do Direito, enquanto os órgãos dependentes são objeto do segundo ramo (DA SILVA, 2014).

A concepção de Governo e Administração Pública do referido autor coincide com o sentido formal atribuído a esses termos pelo administrativista Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2010, p. 65):

[...] **Governo - Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais;** em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. [...] **Administração Pública - Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo;** em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. (grifei)

Alerta-se que o conceito de Governo oferecido por Da Silva (2014) e Meirelles (2010) tem sentido amplo e próprio, abarcando todo o conjunto de órgãos constitucionais, não se confundindo com aquele empregado neste trabalho, que é o de Souza Junior e Reverbel (2016), para quem Governo é o órgão constitucional (Gabinete ou Ministério), que exerce a função política referente ao conjunto de atividades relativas ao governo da sociedade, ou seja, às ações políticas voltadas à realização do bem comum (função governamental). De outro lado, a expressão “Administração Pública” empregada por aqueles autores refere-se ao conjunto de órgãos administrativos, distintos dos órgãos constitucionais, enquanto para Souza Junior e Reverbel (2016) se refere precisamente a um órgão constitucional, posto que institucionalizado diretamente na esfera do direito constitucional.

Portanto, para Da Silva (2014) e Meirelles (2010), o Governo abarca, basicamente, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, isto é, órgãos constitucionais exercentes dos poderes políticos, diferentemente de Ferreira Filho (2013), para quem o Governo é parte do Poder Executivo. Para os três autores, entretanto, a Administração Pública

compõe-se de órgãos instituídos para a realização dos objetivos do Governo. Em que pese a não coincidência entre os sentidos formais desses conceitos e aqueles de Souza Junior e Reverbel (2016), em sentido material os conceitos se aproximam. Assim se conclui quando prossegue Meirelles (2010, p. 65-66) na descrição dos termos:

[...] A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. [...] governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo.

Os conceitos dos doutrinadores brasileiros também se aproximam da elaboração de Weber (1998) para a função administrativa exercida pela Administração Pública, tanto materialmente, e em certa medida, formalmente. Materialmente, quando atribui à Administração a execução das atividades tipicamente administrativas sob a condução hierarquicamente superior do Governo. Formalmente, porque reclama tecnicidade, neutralidade e independência para sua realização. Entretanto, quando Meirelles (2010) classifica Governo e Administração como criações abstratas da Constituição e das leis, que atuam por meio de suas entidades, órgãos e agentes, aí parece residir o cerne da diferença entre as técnicas constitucionais de organização dos poderes pelas quais optaram Brasil e Espanha. Obviamente, Governo e Administração Pública estão presentes na ordem estatal de ambos os países. Entretanto, o caráter formal que assumiram na ordem constitucional de cada um é que diferem substancialmente. Enquanto no Brasil são abstrações constitucionais, que formalmente não inovaram na divisão tripartite dos poderes, na Espanha foram institucionalizados pela Constituição como poderes políticos autônomos.

Alinhado com os autores até aqui mencionados, Kildare Gonçalves Carvalho, ao discorrer sobre o princípio da separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição de 1988, ressalta que a independência entre os Poderes ali declarada não é absoluta, “pois a própria Constituição prevê expressamente a atribuição de funções atípicas aos três Poderes do Estado” (CARVALHO, 2010, p. 690-691). A existência das funções atípicas, segundo o autor, tem sempre em vista a noção de freios e contrapesos. Nessa esteira, conclui sobre o referido princípio (CARVALHO, 2010, p. 691):

[...] tão caro aos liberais, se acha em processo de irreversível transformação: o Estado contemporâneo não aceita mais a rigidez da separação de Poderes. Sem negar o princípio, cumpre, no entanto, atualizá-lo de modo a compatibilizar a eficiência do Estado com a preservação das liberdades constitucionais.

A transformação do princípio a que se refere Carvalho (2010) é a formulação de uma nova teoria da separação de poderes descrita por García-Pelayo (1991), que, no entanto, não inova em sua divisão horizontal, coincidindo com a tripartição clássica. Ou seja, sob essa transformação não parece haver espaço para a institucionalização da Administração Pública como um poder autônomo.

Da leitura dos ensinamentos dos doutrinadores brasileiros sobre a Administração Pública verifica-se que o pano de fundo teórico para suas descrições, no que diz respeito à sua inter-relação com a divisão dos poderes, repousa, sem exceções, na clássica tripartição de Montesquieu, com as devidas advertências de que não há separação rígida dos poderes na prática, bem como de que as funções do Estado que embasam sua definição admitem outras classificações, inclusive para diferenciar função administrativa de função governamental.

2.1.2 Na Espanha

A doutrina espanhola sobre a divisão de poderes e o *status* constitucional da Administração Pública é majoritariamente coincidente no sentido da superação da clássica separação de poderes de Montesquieu, para reconhecer a existência de órgãos constitucionalmente instituídos para o exercício das funções políticas do Estado.

Antes de adentrar propriamente na avaliação doutrinária da Administração Pública da Espanha, é importante frisar que também naquele país os estudiosos advertem para os equívocos em relação à teoria da “separação dos poderes” de Montesquieu. Tome-se, por exemplo, José Asensi Sabater, que ressalta que o argumento principal de Montesquieu era simplesmente evitar a confusão entre as duas principais funções estatais: a criação e a execução do direito. Conclui que um regime de separação de poderes, no sentido de atribuir a determinados órgãos a titularidade exclusiva de uma das funções do Estado não existe na realidade jurídico-constitucional. Ao contrário, invocando Loewenstein (1965 apud SABATER, 1996), ressalta o autor que o normal é que se produza uma divisão das funções estatais e que os órgãos constitucionais mantenham entre si numerosas conexões de caráter interorgânico (SABATER, 1996).

As transformações teórico-práticas por que passou a divisão dos poderes desde a concepção por Montesquieu, prossegue Sabater (1996), se devem em grande parte à incidência do princípio democrático, que modificou profundamente a ordem das funções estatais, bem como a hierarquia dos poderes no constitucionalismo contemporâneo e a própria estrutura dos órgãos constitucionais. Isso porque o comportamento dos poderes do Estado não se explica somente pelas prescrições constitucionais, mas também como consequência da atuação dos partidos políticos e da influência dos poderes midiáticos e dos grupos de pressão. Assim, o Legislativo e o Executivo passaram a ostentar a legitimidade democrática, com seus representantes eleitos pelo sufrágio universal, enquanto o Judiciário deixou de ser o poder nulo para, em consequência das funções interpretativa e de sistematização do ordenamento jurídico que lhe são próprias, se tornar bastante ativo politicamente.

Por isso, entende Sabater (1996) que a organização dos poderes do Estado, com seus controles mútuos e a regulação de suas funções, não pode ser interpretada nem explicada a partir de uma determinada versão da doutrina da divisão dos poderes, mas, primordialmente, pela regulação concreta da Constituição.

O princípio da divisão dos poderes está contemplado na Constituição de 1978 da Espanha, assumindo condição basilar na organização dos poderes constituídos. Conforme Isidre Molas, entretanto, a divisão horizontal dos poderes não tem uma definição expressa na Constituição, embora se presuma de seu texto, como exigência, por exemplo, dos artigos 1.1 e 1.3, que, ao definirem o Estado espanhol como um Estado de Direito e estabelecerem a monarquia parlamentar como forma de governo, impõem a divisão e o equilíbrio entre poderes como um princípio capital do sistema constitucional espanhol (MOLAS, 2003).

Esse doutrinador também reconhece que a incorporação do princípio democrático, o crescimento da complexidade orgânica do Estado, a presença dos partidos políticos e a incidência no processo político dos meios de comunicação de massa, geraram o surgimento de instituições e circuitos políticos que se integram mal em um esquema rígido baseado somente nos três poderes clássicos (MOLAS, 2003). Assim, leciona que o marco constitucional da divisão horizontal de poderes na Espanha baseou-se em cinco critérios: (i) a distinção entre as grandes funções do Estado (legislativa, executiva e jurisdicional); (ii) a organização do exercício do Poder do Estado por meio de instituições constitucionais diferentes, onde a cada uma se atribui uma função diferente: às Cortes Gerais (*Congreso de Diputados* e Senado), a função legislativa do Estado; ao Governo, a função executiva e o poder regulamentar; ao

Poder Judiciário, a função jurisdicional; (iii) a colaboração entre essas instituições; (iv) o equilíbrio entre os poderes, no sentido de esses não se concentrarem em mãos únicas; (v) a resolução de conflitos de atribuições entre os órgãos pelo Tribunal Constitucional.

Por tratar-se a Espanha de uma monarquia parlamentar, esclarece o autor que o único órgão que representa o povo espanhol é o Parlamento (Cortes Gerais), cabendo ao Rei chefiar a Coroa, órgão constitucional ao qual incumbe a chefia do Estado, claramente separado do Governo.

Com relação ao Governo, Molas (2003) ensina ser esta a instituição encarregada da direção da política interna e externa e, que, como tal, dirige a Administração do Estado, da qual é parte integrante. A Constituição não define o Governo somente como Poder Executivo, já que, atualmente, é o verdadeiro motor do sistema político, a quem compete executar as leis, mas, sobretudo, governar. Por isso, a Constituição, ao definir o Governo, usa um método descritivo: “*dirige a política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado*” (ESPANHA, 2003, art. 97). Para realizar as funções de direção política e executiva, o Governo conta com a faculdade de dirigir a Administração Pública.

Quando discorre sobre a Administração Pública, Molas (2003) defende que essa se compõe do conjunto de meios materiais e humanos estáveis de que dispõe o Governo para realizar suas funções executivas e de direção política. Por sua vez, o Governo forma parte da Administração, visto que é o órgão supremo da Administração Geral do Estado.

Na lição de Guerra et al (2002), a Administração Pública é o instrumento fundamental por meio do qual se levam a cabo as funções estatais constitucionalmente definidas. Trata-se de uma organização complexa que tem como finalidade gerir a ação do Estado, submetendo-se a um regime jurídico particular, cujas bases estão assentadas pela própria Constituição, em seu Título IV, “*Del Gobierno y de la Administración*”.

Os autores destacam que a configuração do Estado contemporâneo, especialmente sua dimensão de Estado Social, insculpida no artigo 1.1 da Constituição espanhola⁷, traz consigo uma grande complexidade, tanto nas funções em que deve cumprir, como em suas formas de atuação. Por sua vez, ainda que a Administração seja o instrumento fundamental de ação dos poderes públicos, não se pode falar de equivalência absoluta entre essa ação e a ação

⁷ “*Artículo 1.*

1. *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*” (grifei)

administrativa. Por exemplo, há ações do Estado que são desempenhadas por particulares, enquanto a Administração pode vir a executar ações típicas de pessoas jurídicas de direito privado. Pode ainda ocorrer de o regime jurídico da Administração Pública ser muito rígido ou inadequado para determinadas tarefas. Por isso, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de outros instrumentos para a realização das ações públicas. A visão dos autores corrobora a ideia de que Governo e Administração não se confundem.

Ressaltando que o princípio da divisão de poderes não tem mais o mesmo significado de sua formulação clássica, Enrique Álvarez Conde observa que a Constituição espanhola não utiliza a expressão “Poder” para referir-se aos poderes políticos autônomos, com exceção do Poder Judiciário. Isso não quer dizer que o princípio não esteja acolhido, mas somente que a divisão de poderes recebe uma configuração distinta. Assim, a Constituição não menciona o “Poder Executivo”, mas sim a função executiva, a qual atribui ao Governo, conforme artigo 97⁸ (CONDE, 1997).

Suscita então o autor a questão de se o Governo se identifica com o Poder Executivo ou se há outros poderes públicos que também o integram. Inicialmente, verifica-se que as funções atribuídas ao Governo pelo artigo 97 lhe conferem uma posição constitucional que ultrapassa os limites do Poder Executivo. Historicamente, esse Poder, de caráter residual, teve sua titularidade deslocada do monarca para o Governo. Quanto à presença da Administração Pública no sistema político espanhol, entende o autor que essa consiste de um poder público com personalidade jurídica própria, que também exerce funções executivas. Assim, tal presença não implica ou não deveria implicar uma total dependência do Governo. Por isso, o cabeçalho do Título IV da Constituição menciona os dois órgãos, evidenciando tratar-se de órgãos distintos (CONDE, 1997).

Reconhecendo a dificuldade em definir com precisão o que se entende por função executiva e o próprio conceito de Governo, qualificado às vezes de representante e outras de órgão de Estado, Conde (1997) tece uma análise histórica de um fenômeno comum a todos os sistemas políticos, que é o fortalecimento do Executivo.

Desde o Estado Liberal, quando o Poder Executivo tendia naturalmente a ser fraco, as transformações do capitalismo conduziram a uma necessidade de planejamento da

⁸ “Artículo 97.

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.” (grifei)

atividade econômica e a prestação de serviços públicos que requerem um Executivo forte. Também a dinâmica dos partidos políticos e observância do princípio democrático fortaleceram o Executivo. Nesse contexto, além da relevante posição que o Governo passa a ocupar como órgão colegiado, a Administração Pública assume grande importância. A debilidade dos ministros pode tornar a Administração ainda mais forte, ao ponto de o Executivo ser controlado por esta, estabelecendo-se um governo de funcionários. O controle dessa situação é um dos maiores problemas dos sistemas democráticos, pois, mesmo partindo do princípio de que os burocratas são necessários para o funcionamento do Estado, não se pode adotar uma forma de governo tecnocrática, pois esta não se sujeita aos sistemas de controles indispensáveis à existência de um sistema democrático.

Muito além de concluir que Poder Executivo e Governo não coincidem, Conde (1997) entende que a regulação constitucional do Poder Executivo na Espanha incorpora a evolução descrita, manifestando-se fundamentalmente em três aspectos: (i) a relevante posição constitucional do Governo, que se converte em órgão constitucional, no centro do sistema político espanhol, (ii) a preeminência do presidente do Governo no processo de decisão política, e (iii) a constitucionalização da Administração como um poder público inserido no “Poder Executivo”.

O importante relevo constitucional de que desfruta a Administração Pública na Espanha é reforçado pelo autor quando afirma que é insustentável o princípio segundo o qual o Governo dirige e a Administração obedece. A quebra do princípio é evidente pelas seguintes razões. Por um lado, do ponto de vista orgânico, pela identificação entre o Governo e os altos cargos da Administração, ou seja, os Ministros, por exemplo, além de serem membros do Governo são também órgãos administrativos. Por outro lado, há também uma identificação funcional, já que ambos exercem funções administrativas. Ademais, a realidade demonstra que a Administração é atualmente o eixo central do “Poder Executivo”, tendo ultrapassado e eclipsado o Governo, o que reivindica uma revisão das relações entre esses órgãos, segundo a observância do princípio da “neutralidade política da Administração e neutralidade administrativa do Governo”, proposto por Garrido Falla (FALLA, 1976). O autor enfatiza que, embora a Constituição pareça mais preocupada em garantir a primeira premissa do princípio, tal como se verifica da determinação de que a Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais (artigo 103.1) e atuar com imparcialidade no exercício

de suas funções (artigo 103.3)⁹, o princípio como um todo deve ser respeitado (CONDE, 1997).

Assim, para Conde (1997), a neutralidade da Administração não deve significar uma assepsia valorativa, já que, como poder público, encontra-se sujeita à Constituição e ao ordenamento jurídico. Ou seja, a neutralidade política é no sentido de atuar conforme os interesses gerais, sob a direção do Governo, mas sem uma subordinação cega à equipe ministerial que, conjuntamente, esteja no poder.

Por sua vez, a neutralidade administrativa do Governo supõe a não ingerência nos assuntos da Administração, salvo a função de direção atribuída pelo artigo 97. O problema consiste em delimitar o alcance dessa função de direção. A questão encontra-se intimamente ligada com a organização da própria Administração do Estado, onde parece adequado que os cargos de livre disposição do Governo tenham um limite determinado, tal como o de Diretor Geral, que deve ser nomeado pelo Governo, entre os altos funcionários do Departamento em questão. Conclui o autor que a tendência deve ser a de profissionalização da Administração, de acordo com os princípios contidos no artigo 103.3, evitando que essa se torne um mero instrumento do Governo.

Conclui-se que a doutrina constitucional espanhola é convergente no sentido de não se filiar à tripartição proposta por Montesquieu, embora reconhecendo o acolhimento do princípio da divisão de poderes pela Constituição. Assim, adverte que Poder Executivo não coincide com Governo e engloba a Administração, com a qual não se confunde. Para acolher a evolução do Poder Executivo, a técnica constitucional adotada pela Constituição de 1978 optou por não empregar essa expressão, mas pela institucionalização de órgãos constitucionais responsáveis pela realização de funções estatais que extrapolam as conceituações tradicionais. Conforme a Seção seguinte, a constitucionalização, na Espanha, da Administração Pública como poder público, ao qual compete servir com imparcialidade os

⁹ “Artículo 103.

1. *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

2. *Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.*

3. *La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la **imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.**” (grifei)*

interesses gerais, implementa a proposta de Max Weber de concretização formal da Administração como poder político.

2.2 Normas jurídicas

A presente Seção dedica-se a revelar o discurso do direito positivado acerca da Administração Pública, por meio da identificação e análise dos dispositivos constitucionais que a caracterizam. Cabe, no entanto, observar que, conforme a doutrina de Souza Junior e Reverbel (2016), a Administração Pública, no contexto da hexapartição dos poderes, é um poder autônomo proposto, formulado e executado em nível infraconstitucional. Portanto, quando relevante para a compreensão de sua natureza e caracterização, o texto adentra também nas normas infraconstitucionais que definem a Administração Pública.

Importante enfatizar as principais semelhanças e diferenças entre os contextos históricos em que tanto Brasil como Espanha elaboraram suas atuais constituições. Em primeiro lugar, foram promulgadas com uma diferença temporal de apenas dez anos, além de estarem localizadas na segunda metade do século XX, o que lhes permitiu incorporar os avanços do Direito Constitucional pós-Segunda Guerra Mundial, em especial, os princípios que informam o Estado Democrático de Direito, inclusive no que dizem respeito à atuação dos poderes públicos orientada à consecução de valores, entre eles, e principalmente, a garantia e proteção da liberdade individual e política (PASTOR, 1991).

Em segundo lugar, em ambos os países o objetivo era a inauguração de uma nova ordem constitucional após o término, relativamente pacífico, de regimes políticos totalitários.

Tais semelhanças refletiram-se, em grande medida, em textos constitucionais estruturalmente próximos, especialmente no que tange à declaração de direitos e garantias fundamentais e ao papel ampliado do Estado na promoção da igualdade material.

Entretanto, precisamente no que se refere à escolha da organização estatal, os dois países se inspiraram, em certa medida, na experiência vigente em seus continentes: o Brasil, no modelo da república presidencialista dos Estados Unidos, e a Espanha, nos Estados democráticos liberais europeus. Ocorre que, no que diz respeito à divisão dos poderes, a ordem constitucional nos Estados Unidos não sofreu alteração em sua essência desde que foi estabelecida, no final século XVIII, enquanto as principais democracias da Europa continental refundaram, em algumas oportunidades, suas ordens constitucionais, incorporando os avanços

do constitucionalismo, determinados em grande parte pelas vicissitudes enfrentadas pela Europa desde a segunda metade do século XIX até a primeira metade do século XX. É na opção pelas diferentes inspirações adotadas pelos dois países que parece residir a enorme disparidade entre os modelos institucionais de divisão dos poderes.

2.2.1 No Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, já em seu artigo 2º, declara serem três os poderes da União (BRASIL, 2017a):

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O texto constitucional, por si só, é bastante claro ao declarar a opção soberana da Assembleia Nacional Constituinte pela tripartição dos poderes. Mais ainda, ao adjetivar os poderes como independentes e harmônicos entre si, revela sua inspiração em Montesquieu, que pregava o equilíbrio dos poderes, no sentido de serem organicamente independentes e não hierarquizados. Ademais, o posicionamento do dispositivo no “Título I – Dos Princípios Fundamentais” da Carta Magna, combinado com sua petrificação pelo artigo 60, § 4º, III, o coloca entre os dispositivos mais caros à ordem constitucional brasileira:

“Art. 60.

 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

 III - a separação dos Poderes;
”

A opção pela tripartição montesquiana dos poderes difere da proposta inicial do “Anteprojeto Afonso Arinos”¹⁰ (BRASIL, 1986), e também da redação do “Projeto de Constituição ‘C’ ”, última versão de projeto constitucional submetida à apreciação dos constituintes antes da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. O dispositivo não fazia parte do “Título I – Dos Princípios Fundamentais”, nem se referia à independência e harmonia entre os poderes. Entretanto, como fruto de debate entre os constituintes Fernando Henrique Cardoso, Nelson Jobim e Michel Temer, no âmbito da Comissão de Redação, chegou-se à configuração finalmente adotada. Coube ao primeiro a sugestão de deslocamento do dispositivo para o Título I, ao segundo a sua defesa, como forma de estender aos demais

¹⁰ Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.

entes federados a aplicação do princípio, e ao terceiro, a adjetivação dos poderes como “independentes e harmônicos” (BRASIL, 2017b).

Entretanto, a própria Constituição permitiu que essa opção fosse alterada, quando, por meio do artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a realização de plebiscito, no dia 7 de setembro de 1993, para a definição da forma (república ou monarquia constitucional) e do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no país a partir de então. Vislumbrou-se, assim, a possibilidade do surgimento de mais um poder autônomo na ordem constitucional brasileira, o Poder Ministerial, caso se tivesse optado pela mudança do sistema de governo para o parlamentarismo. No entanto, o resultado do plebiscito, efetivamente levado a cabo no dia 21 de abril de 1993, determinou a manutenção da república e do presidencialismo como forma e sistema de governo, respectivamente.

De outro lado, a revisão constitucional prevista pelo artigo 3º do mesmo Ato para ser realizada após cinco anos da promulgação da Constituição resultou na aprovação de cinco Emendas Constitucionais de Revisão que não trouxeram qualquer inovação a respeito da divisão dos poderes do Estado. Prevalece, portanto, a tripartição de poderes exatamente como originalmente instituída em 1988.

Por não figurar como poder autônomo no artigo 2º da Constituição, a Administração Pública, por óbvio, não é contemplada em seu “Título IV – Da Organização dos Poderes”. Não havendo, portanto, que se falar na existência, no Brasil, de mais de três poderes autônomos, cabe avaliar o exato papel que cumpre a Administração Pública na organização do Estado brasileiro.

O que se constata das considerações a seguir é que à Administração Pública é atribuído grande destaque pelas normas constitucionais definidoras da ordem estatal brasileira. Em sua materialidade, não há dúvida de que, constitucionalmente, a função administrativa - em seus serviços de acompanhamento da execução das leis, de apoio ao funcionamento da Justiça, de operação contínua da máquina do poder público - deve ser disciplinada, leal e eficiente na consecução das diretrizes e políticas públicas traçados pelo Parlamento e pelo Governo. Entretanto, embora todos os elementos formais definidores da essência da função administrativa resem bem caracterizados pela Constituição, em consonância com a legitimidade racional legal de Weber (1998), que fundamenta a elevação da Administração Pública à condição de poder político, nosso direito constitucional, por meio

do constituinte originário de 1988, optou por mantê-la inserida nos demais poderes. Conforme Seção anterior, na prática, a função administrativa é primária no âmbito do Poder Executivo, e secundária nos demais poderes. Por isso, concentra-se essencialmente no Poder Executivo.

Ao discorrerem sobre a hexapartição dos poderes, Souza Junior e Reverbel (2016) sustentam que quatro poderes, quais sejam, a Administração Pública, o Poder Judiciário, o Parlamento e o Governo, embora constitucionalmente estabelecidos, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional, ao passo que a chefia de Estado e o Tribunal Constitucional são definidos exclusivamente em nível constitucional.

Nesse ponto, reside já uma particularidade da ordem constitucional brasileira: a Administração Pública, embora não caracterizada como poder autônomo, é, em grande medida, proposta no nível constitucional. Precisamente, é no “Título III – Da Organização do Estado” que a Constituição situa a Administração Pública, dedicando-lhe o “Capítulo VII – Da Administração Pública”, composto de quatro Seções, que tratam, respectivamente, “Das Disposições Gerais”, “Dos Servidores Públicos”, “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” e “Das Regiões”.

Adicione-se o fato de que não se esgotam no referido Capítulo VII do Título III os dispositivos constitucionais que versam sobre a Administração Pública. Conforme o Índice Temático da Constituição (BRASIL, 2017a), diversos comandos afetos à Administração Pública permeiam o texto constitucional, extrapolando seu capítulo específico. Ademais, determinadas atividades permanentes do Estado, executadas pela Administração Pública, e categorizadas pelo mencionado Índice em Finanças Públicas, Impostos, Orçamento, Poder Público, Tribunais de Contas e Tributos são, por sua importância, tratadas em títulos e capítulos específicos, tais como o “Título VI - Da Tributação e do Orçamento”, que contém capítulos que discorrem sobre o Sistema Tributário Nacional e as Finanças Públicas.

Por sua vez, diversos são os dispositivos constitucionais que atribuem ao poder público, e em consequência, à Administração Pública, a responsabilidade pela elaboração e execução de políticas públicas, evidenciando a opção adotada pelo constituinte originário por uma configuração estatal que consagra o Estado Social como o responsável, em primeiro lugar, pela promoção da igualdade material. Cite-se, como exemplo, o “Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira” e o “Título VIII - Da Ordem Social”, onde fartos são os dispositivos que atribuem atividades à responsabilidade da Administração Pública.

A despeito de ser em grande parte caracterizada no nível constitucional, a Administração Pública tem suas normas gerais definidas infraconstitucionalmente, por meio de legislação emanada exclusivamente da União, conforme atribuição dada pelo artigo 22, inciso XXVII.

No que tange à natureza da Administração Pública brasileira, a leitura do artigo 37 permite identificar alguns dos elementos formais definidores da essência da função administrativa, nos termos elaborados por Weber (1998):

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

.....
 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de **aprovação prévia em concurso público** de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
” (grifei)

Assim, a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como o ingresso no serviço público por meio de aprovação em concurso público objetivam garantir a continuidade, o profissionalismo, a técnica, a imparcialidade e a apartidariedade, elementos que exprimem a forma da função administrativa, necessária à preservação e garantia dos interesses gerais, impessoais e públicos.

Evidente está, portanto, a grande importância atribuída em nível constitucional à Administração Pública no Brasil, à qual o constituinte originário impôs princípios que a conduzissem à técnica e ao profissionalismo necessários ao exercício da função administrativa. Poder-se-ia argumentar que, ao fundar-se nos elementos materiais e formais que definem a burocracia de Max Weber, a Administração Pública no Brasil, de fato, funciona como um poder, mitigando-se o fato de que formalmente não o é. Definitivamente, não é esse o caso, pois a razão de ser da burocracia de “por a ordem jurídica, em sua execução, fora do alcance maquinador dos que exercem o poder” (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 107), encontra grandes dificuldades de ser alcançada em um arranjo institucional em que se encontra fundida com o Governo.

Soma-se ao fato de não figurar como poder autônomo, a existência, na Constituição de 1988, de dispositivos constitucionais que atuam em sentido contrário, ou seja, no de enfraquecer a imparcialidade, a continuidade e a apartidariade da Administração Pública. Nesse ponto reside o cerne do presente estudo, pois, diversamente do que parecem ter sido os melhores objetivos almejados pelo constituinte, não se pode reivindicar a irrelevância da caracterização da Administração Pública como poder autônomo para a consecução de seus fins.

Inicialmente, ressalta-se que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, conforme determina o artigo 76:

“Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

Por sua vez, no artigo que estabelece as atribuições exclusivas do Presidente da República, verifica-se que cabe a esse exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal. Do ponto de vista da autonomia da função administrativa, não há impropriedade na regra, visto ser da materialidade da Administração Pública sua lealdade ao Governo e ao Parlamento. No presente caso, mesmo a subordinação formal da administração federal ao Presidente da República se justifica, visto não ser essa um poder autônomo. Entretanto, no mesmo artigo, encontra-se dispositivo que atribui grande poder ao Presidente da República, ao permitir que edite decretos autorizando a organização e funcionamento da administração federal, bem como a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Eis os dispositivos, constantes do artigo 84, incisos II e VI:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

.....

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

.....

~~VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;~~

VI - **dispor, mediante decreto**, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) **extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;** (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
” (grifei)

O decreto de que trata o inciso VI supra, inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, é entendido pela doutrina majoritária como decreto autônomo, por emanar diretamente da Constituição, diversamente do que ocorria sob a redação anterior do mesmo dispositivo, que previa observância da lei, e do que ocorre nos casos do inciso IV, que trata dos decretos de execução (DI PIETRO, 2014). Assim, ainda que limitada, a permissão ao Presidente da República para a edição de decretos autônomos configura poder extra ao chefe do Poder Executivo, que se soma àquele decorrente do exercício formal da chefia da Administração Pública federal, conforme artigo 84, II.

A expedição de decretos autônomos se restringe à organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, ou à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Entretanto, não se encerra aqui a participação do Presidente da República na elaboração das regras que incidem sobre a Administração Pública. A disciplina para a criação e extinção de órgãos e cargos públicos de forma ampla, entre outras, embora emane de lei aprovada pelo Poder Legislativo, é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, tal como dispõe o artigo 61, §1º, II:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º **São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:**

.....

II - disponham sobre:

a) **criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;**

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) **servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) **criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

.....” (grifei)

Precisamente nos dispositivos supracitados encontra-se a evidência de que, na organização constitucional brasileira dos poderes políticos, Governo e Administração Pública se imiscuem na figura do chefe do Poder Executivo. Não se trata de mera atribuição de uma chefia figurativa da Administração Pública ao Presidente da República, mas de efetivo poder para propor a regulamentação da execução das leis e, em alguns casos, de disciplinar diretamente, sem a participação do Poder Legislativo, a própria estrutura da Administração Pública.

Com relação à ocupação de cargos e empregos públicos, a Constituição de 1988 determina que essa se dê pela via da aprovação em concurso público, na forma prevista em lei, nos termos do artigo 37, inciso II supra. Tal medida se coaduna com a busca pela efetivação do profissionalismo, da continuidade e da imparcialidade da Administração Pública, elementos definidores da essência da função administrativa.

Entretanto, o mesmo dispositivo faz a ressalva de que cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração dispensam a aprovação em concurso para sua nomeação. Tal dispositivo, combinado com a prerrogativa de iniciativa de lei atribuída pelo artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, ao Presidente da República, representa a possibilidade, constitucionalmente estabelecida, de que parte dos quadros da Administração Pública possa ser constituída por servidores dos quais não se exige a comprovação de capacidade técnica para a ocupação dos respectivos cargos públicos. Note-se que o dispositivo não faz restrição aos tipos de cargos em comissão que podem ser declarados pela lei como de livre nomeação e exoneração. Por exemplo, não há óbices a que cargos de livre nomeação sejam criados em qualquer nível da Administração. A depender da capacidade política do Presidente da República para promover a aprovação no Legislativo de lei de sua iniciativa que crie esses cargos, a possibilidade de que o Governo estenda sua influência sobre a Administração pode não encontrar limites. Tal configuração constitucional é contraproducente no sentido de dotar a Administração Pública dos elementos que a caracterizam.

Ora, se a própria Constituição permite que a estrutura da Administração Pública seja alterada ao sabor do Parlamento e do Governo, pela via da criação de órgãos ou da admissão de servidores não concursados, por meio de legislação ordinária e de decretos autônomos, ficam comprometidas a imparcialidade, a continuidade e a apartidariedade, elementos definidores da essência da função administrativa.

2.2.2 Na Espanha

Antes de adentrar nos dispositivos do direito positivado espanhol que definem a Administração Pública, convém descrever brevemente como se organiza o Estado espanhol. A Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 1º, define a Espanha como um Estado Social e Democrático de Direito, cuja forma política é a monarquia e o sistema de governo é o parlamentarismo (ESPANHA, 2003):

“Artículo 1

1. *España se constituye en un **Estado social y democrático de Derecho**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*
2. ***La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.***
3. *La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.”* (grifei)

A Constituição da Espanha, de 1978, é fruto de um amplo consenso da sociedade espanhola, após um longo período de regime totalitário vivido naquele país, de 1936 a 1975, sob a chefia do ditador Francisco Franco. O texto constitucional vigente está alinhado com a tradição democrática ocidental, tendo como pilares a proclamação de direitos fundamentais e liberdades públicas, e a divisão de poderes, os quais emanam da soberania popular.

Para iniciar a compreensão da importância da Administração Pública no Estado espanhol, cumpre ressaltar que, conforme Seção 1.6 supra, o surgimento do Estado Social, em substituição ao Estado Liberal Clássico, de feição aristocrática e incapaz de lidar com as desigualdades sociais decorrentes da Revolução Industrial, é o acontecimento histórico que alça a Administração Pública à condição de poder autônomo, em um arranjo institucional melhor qualificado para atender às novas exigências de igualdade de condições econômicas e de justiça social.

Por isso é que se mostra de grande relevância a essa análise a explícita decisão do constituinte originário espanhol em caracterizar a Espanha como um Estado Social. Segundo García-Campero (2005), a opção pelo “Estado social e democrático de Direito” se inspirou na fórmula condensada da organização jurídico-política dos Estados democráticos liberais europeus da segunda metade do século XX. Especificamente em relação ao termo Estado Social, o autor esclarece que sua formulação inicial visava atribuir ao Estado contemporâneo não apenas a tarefa de ditar as regras segundo as quais os indivíduos desenvolvem suas relações sociais e econômicas, mas também a de efetivamente atuar para garantir o mínimo existencial para que a sociedade se desenvolva. Posteriormente, a ideia de Estado Social de Direito, desenvolvida pelo alemão Hermann Heller (1968) entre os anos 1920 e 1930, era de alternativa socialdemocrata entre a anarquia econômica e a ditadura fascista, dando ao Estado de Direito um conteúdo econômico e social, agora incumbido de realizar uma nova ordem laboral e de distribuição de bens. A generalização desse ideário, que inicialmente se restringe aos socialdemocratas, para posteriormente se estender aos partidos cristão-democratas, liberais e até conservadores, leva à conclusão de García-Pelayo (1991) de que Estado Social significaria, historicamente, a tentativa de adaptação liberal-burguesa da realidade às condições da civilização industrial e pós-industrial.

Conclui García-Campero (2005) que o Estado Social não é apenas um poder regulador, mas também gestor e distribuidor, cuja consequência é a extensão das políticas públicas das tradicionais áreas da educação, saúde e seguridade social, para a intervenção no mundo laboral e econômico, no urbanismo, na moradia, no meio ambiente, na cultura, nos meios de comunicação social e na proteção aos cidadãos que mais necessitam.

A Constituição espanhola adota o conceito de Estado Social da primeira constituição que o consagra, qual seja, a Lei Fundamental de Bonn. É o que se depreende do artigo 9, item 2, que detalha o seu conteúdo:

“Artículo 9

- 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
- 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*
- 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las*

disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (grifei)

Ademais, ao longo de todo o texto constitucional espanhol se desenvolve o conceito de Estado Social, especialmente nos Títulos I ("*De los derechos y deberes fundamentales*") e VIII ("*Economía y Hacienda*")¹¹. Segundo o que determina a Constituição espanhola, poucas matérias ou setores sociais desprotegidos ficam fora da ação dos poderes públicos. Na lição de García-Campero (2005), isso representa uma nova dimensão da função milagrosa que o constitucionalismo teve para o liberalismo espanhol do século XIX desde a Constituição de Cádiz, de 1812.

Nos termos do que apregoa Weber (1998), para dar conta da enorme gama de atribuições consensualmente estabelecidas aos poderes públicos do Estado Social espanhol pela Constituição de 1978, legitima-se racionalmente a existência de uma Administração Pública consolidada no arranjo institucional como um poder independente, capaz de assegurar a ordem jurídica objetiva, já que fundada em elementos de tecnicidade, continuidade, imparcialidade e apartidariade. Em relação ao *status* da Administração Pública, essa foi a opção do constituinte espanhol.

A própria estrutura da Constituição espanhola de 1978 revela a adoção da hexapartição dos poderes, ao dedicar cinco de seus onze Títulos à descrição dos seis poderes autônomos que constituem o Estado espanhol. Após um Título Preliminar, que discorre sobre os preceitos fundamentais do regime constitucional espanhol, e o Título I, que elenca direitos e deveres fundamentais, os Títulos II, III, IV, VI e IX, descrevem, respectivamente, a Coroa (Chefia de Estado), as Cortes Gerais (Parlamento), o Governo e a Administração, o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional.

A primeira menção aos poderes estatais surge no Título Preliminar, em seu artigo 1º, conforme supratranscrito. Dispõe o inciso 2 do referido artigo que os poderes do Estado emanam do povo espanhol, sobre o qual reside a soberania nacional. Em seguida, ainda no Título Preliminar, o artigo 9, supratranscrito: 1) sujeita os poderes públicos à Constituição e

¹¹ Conforme García-Campero (2005), entre as mais significativas atribuições constitucionais ao Estado Social se incluem: a função social da propriedade (art. 33.2) e a subordinação da riqueza do país ao interesse geral (art. 128.1); a promoção do progresso social e econômico e uma distribuição da renda geral e pessoal mais equitativa (art. 40); a promoção da participação nas empresas e do cooperativismo (art. 129); a proteção social, econômica e jurídica da família (art. 39), das crianças (art. 39.4), dos emigrantes (art. 42) e dos deficientes (art. 49); a proteção e tutela da saúde (art. 43), da cultura e da pesquisa científica e técnica (art. 44); o meio ambiente (art. 45), o patrimônio histórico e artístico (art. 46) e o urbanismo (art. 47).

ao ordenamento jurídico, 2) atribui aos poderes públicos a promoção das condições para que a liberdade e igualdade dos indivíduos e grupos sejam reais e efetivas, e 3) garante a responsabilidade dos poderes públicos e a vedação de sua arbitrariedade. No Título I, que declara os direitos e deveres fundamentais, e no Título VIII, que discorre sobre Economia e Fazenda, é atribuída aos poderes públicos a responsabilidade por diversas prestações positivas.

Diferentemente da Constituição do Brasil, não há menção expressa na Constituição espanhola à clássica tripartição de poderes, ou aos termos “Poder Executivo” e “Poder Legislativo”, mas somente ao Poder Judiciário.

A descrição das atribuições de cada poder político se inicia com os Títulos II e III, que detalham, respectivamente, as competências da Coroa (Chefia de Estado) e das Cortes Gerais (Congresso de Deputados e Senado). Os Títulos VI e IX fazem o mesmo para o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional.

É no Título IV que se encontra a caracterização da Administração Pública no Estado espanhol. Embora o referido Título disponha também sobre Governo, sua denominação, “*Del Gobierno y de la Administración*”, por si só transmite a ideia de que não são a mesma coisa. O artigo 97 inicia o Título atribuindo ao Governo a direção das políticas interna e externa, a Administração civil e militar, a defesa do Estado, a função executiva e o poder regulamentar.

“Artículo 97

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

O artigo 97 estabelece a relação entre Governo e Administração, pela qual ao primeiro cabe a direção do segundo. Ao discorrer sobre essa relação, Matesanz (2003) sintetiza que ao Governo compete desenvolver uma atividade política, principal, e à Administração uma atividade administrativa, ou subordinada. Justifica a autora a afirmação, ao destacar, em primeiro lugar, que, do ponto de vista orgânico, há uma identificação entre Governo e a alta Administração, visto que a cúpula da Administração é ocupada pelo Governo. Em segundo lugar, de um ponto de vista funcional, tanto o Governo quanto a Administração produzem atos administrativos, sujeitando-se ambos à revisão da jurisdição contencioso-administrativa. Por último, ainda que a competência da função executiva recaia

sobre o Governo, entende a autora que, por ter a Administração assumido papel central nessa função, é imperioso que se reavalie a relação entre Governo e Administração de forma a atender ao princípio de neutralidade política da Administração e neutralidade administrativa do Governo (FALLA, 1976).

A redação do artigo 97, com a atribuição ao Governo da função de direção da Administração Pública, reconhece a materialidade da função administrativa, no sentido de que a Administração deve subordinar-se ao Governo. Conforme visto na Seção 1.6, o aspecto material de subordinação da função administrativa não é incompatível com a realização de sua forma, ou seja, com sua elevação à condição de poder político. Como se conclui a seguir, essa foi precisamente a escolha do constituinte espanhol.

Argumenta Matesanz (2003) pela obviedade de que Governo e Administração são dois órgãos distintos, seja pela denominação do Título IV, seja pelo disposto nos artigos 98 e 103. O primeiro estabelece a composição do Governo, enquanto o segundo remete à lei para definir a composição da Administração Pública:

“Artículo 98.

- 1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.*
- 2. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión.*
- 3. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.*
- 4. La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno.”*

“Artículo 103.

- 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*
- 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.*
- 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”*

Ao estabelecer como devem ser as composições do Governo e da Administração, a Constituição espanhola claramente os distingue. Quanto ao Governo, conforme o artigo 98.1, esse se compõe do Presidente, dos Vice-presidentes, se houverem, dos Ministros e dos demais membros que a lei estabeleça. Ou seja, a composição do Governo é um conjunto restrito de membros dado pela própria Constituição, do qual também participam outros membros, desde que estabelecidos em lei. A nomeação do Presidente do Governo é fruto de consenso dos grupos políticos representados no Congresso de Deputados, nos moldes do sistema parlamentarista de governo, e ocorre na forma do rito do artigo 99. Os demais membros do Governo são propostos pelo Presidente para nomeação pelo Rei.

A lei infraconstitucional que dispõe sobre o Governo, *Ley 50/1997*, foi restritiva ao manter a composição do artigo 98.1, sem adicionar outros membros (ESPAÑA, 1997):

“Artículo 1. - Del Gobierno

1. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes .

2. El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros .

3. Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno.” (grifei)

A exposição de motivos da *Ley 50/1997* ressalta a escolha do legislador por manter a composição do Governo estabelecida pela Constituição, além de manter o caráter de disponibilidade do Vice-presidente ou Vice-presidentes, e de optar por não estabelecer outros membros (ESPAÑA, 1997):

*[...] el artículo 98.1 de nuestra Carta Magna establece una composición fija - aún con elementos disponibles - del Gobierno, remitiéndose a la Ley para determinar el resto de sus componentes . **En este sentido, se opta ahora por un desarrollo estricto del precepto constitucional, considerando como miembros del Gobierno al Presidente, a los Vicepresidentes cuando existan, y a los Ministros.** [...] Se mantiene, como no podía ser de otra manera, el carácter disponible de los Vicepresidentes, cuya existencia real en cada formación concreta del Gobierno dependerá de la decisión del Presidente. **No se ha estimado conveniente, por otra parte, aumentar cualitativamente el número de categorías de quienes pueden ser miembros del Gobierno aun cuando esa posibilidad se encuentra permitida por el inciso final del artículo 98.1 .***

Por outro lado, a Constituição determina, no artigo 103, que os órgãos da Administração do Estado sejam criados, regidos e coordenados de acordo com a legislação

infraconstitucional. Assim o fez a *Ley 6/1997*, em seu artigo 6º. Essa lei foi revogada pela entrada em vigor, em 2 de outubro de 2016, da *Ley 40/2015*. Essa última, entretanto, conservou a redação da lei anterior, estabelecendo, em seu artigo 55 a estrutura da Administração Geral do Estado espanhol¹² (ESPAÑA, 2015a):

“Artículo 55. Estructura de la Administración General del Estado.

1. La organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por esta Ley.

2. La Administración General del Estado comprende:

a) La Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes.

b) La Organización Territorial.

c) La Administración General del Estado en el exterior.

3. En la organización central son órganos superiores y órganos directivos:

a) Órganos superiores:

1.º Los Ministros.

2.º Los Secretarios de Estado.

b) Órganos directivos:

1.º Los Subsecretarios y Secretarios generales.

2.º Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.

3.º Los Subdirectores generales.

.....” (grifei)

A “*Administración General del Estado*” compreende três dimensões: a organização central, a organização territorial e a administração no exterior. No que tange à organização central, a Administração Geral do Estado espanhol está composta de órgãos superiores e órgãos diretivos. Da comparação entre as composições do Governo e da Administração Geral do Estado, verifica-se que apenas os Ministros integram ambos os órgãos constitucionais. Essa sobreposição, mínima, operacionaliza a materialidade da função administrativa, visto ser essa subordinada ao Governo. O restante das composições demonstra serem Governo e Administração Pública, formalmente, órgãos distintos.

Essa evidência, somada à explícita separação de competências de cada órgão, especificadas nos artigos 98.2 e 103.1, supratranscritos, permite concluir que a Administração Pública na Espanha é um poder político autônomo, na acepção do termo empregada nesse

¹² Estado espanhol tem conotação análoga à de União (esfera Federal) no Brasil.

trabalho, qual seja, a de órgão constitucional exercente de atividades e competências juspolíticas (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016).

Merece maior aprofundamento a análise de como se dá a criação e extinção dos órgãos componentes da Administração Pública na Espanha, com o objetivo de melhor confrontar com o modelo brasileiro descrito na Subseção anterior.

A *Ley 50/1997* atribui ao Presidente do Governo a competência para criar e suprimir, por Real Decreto, os Departamentos Ministeriais e as Secretarías de Estado (ESPAÑA, 1997):

“Artículo 2. -Del Presidente del Gobierno

1 . El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión .

*2 . En todo caso, **corresponde al Presidente del Gobierno:***

.....
*j) **Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.***

*k) **Proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros .***

.....” (grifei)

Por sua vez, a *Ley 40/2015*, que discorre sobre a organização da Administración General do Estado, é mais detalhista, deixando claro, em seu artigo 57.3, que o número, nome e competência dos Ministerios são determinados por Real Decreto do Presidente do Governo (ESPAÑA, 2015a):

“Artículo 57. Los Ministerios.

1. La Administración General del Estado se organiza en Presidencia del Gobierno y en Ministerios, comprendiendo a cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa.

2. La organización en Departamentos ministeriales no obsta a la existencia de órganos superiores o directivos u Organismos públicos no integrados o dependientes, respectivamente, en la estructura general del Ministerio que con carácter excepcional se adscriban directamente al Ministro.

*3. **La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno.***” (grifei)

Cabe esclarecer que, nos termos do artigo 25 da *Ley 50/1997*, o Real Decreto é uma das espécies de norma derivada do Poder Regulamentar do Governo. Consiste de uma norma jurídica expedida pelo Rei (cf. artigo 62 da Constituição), de hierarquia inferior à lei, proposto e aprovado pelo Presidente do Governo ou pelo Conselho de Ministros. Portanto, conclui-se que o Governo tem a prerrogativa de, sem depender de aprovação do Poder Legislativo, definir em grande parte a estrutura da Administração Pública.

Igualmente, merece aprofundamento a avaliação da forma como se dão a nomeação e a exoneração dos cargos de alto escalão da Administração Pública espanhola, bem como a criação e extinção de cargos públicos. Os Ministros têm sua nomeação e exoneração (em espanhol, “*separación*”) propostas pelo Presidente do Governo e efetivadas pelo Rei, nos termos do artigo 2.2.k da *Ley 50/1997*, supratranscrito, e conforme ressaltado no artigo 12 da mesma Lei (ESPANHA, 1997):

“Artículo 12. - Del nombramiento y cese

1. El nombramiento y cese del Presidente del Gobierno se producirá en los términos previstos en la Constitución .

2. Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.

3. La separación de los Vicepresidentes del Gobierno y de los Ministros sin cartera llevará aparejada la extinción de dichos órganos”. (grifei)

Embora não façam parte do Governo, mas somente da Administração Geral do Estado, os Secretários de Estado têm sua nomeação e exoneração propostas pelo Presidente do Governo e efetivadas por Real Decreto do Conselho de Ministros, conforme artigo 15 da *Ley 50/1997* (ESPANHA, 1997):

“Artículo 15. - Del nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades de los Secretarios de Estado

1 . Los Secretarios de Estado son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, aprobado a propuesta del Presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo Departamento pertenezcan.

.....” (grifei)

Portanto, os órgãos superiores da Administração Geral do Estado (Ministros e Secretários de Estado) têm suas nomeações e exonerações propostas pelo Presidente do Governo e efetivadas por Real Decreto. Quanto aos demais membros da Administração, o artigo 61 da *Ley 40/2015* atribui aos Ministros a competência para nomear e exonerar os titulares dos órgãos diretivos dos Ministérios e organismos públicos deles dependentes,

quando for de sua competência, ou propor a nomeação ao Conselho de Ministros quando a competência for desse último (ESPANHA, 2015a):

“Artículo 61. Los Ministros.

Los Ministros, como titulares del departamento sobre el que ejercen su competencia, dirigen los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio, y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección. A tal fin, les corresponden las siguientes funciones:

a) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

f) Nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio y de los Organismos públicos o entidades de derecho público dependientes del mismo, cuando la competencia no esté atribuida al Consejo de Ministros a otro órgano o al propio organismo, así como elevar a aquél las propuestas de nombramientos que le estén reservadas de órganos directivos del Ministerio y de los Organismos Públicos dependientes del mismo.

.....” (grifei)

Importante ressaltar que, a despeito de a nomeação e a exoneração dos membros que compõem a cúpula da Administração Geral do Estado espanhol recaírem sobre membros do Governo, somente os órgãos superiores (Ministros e Secretários de Estado) são de livre escolha do Presidente do Governo. Com exceção dos Secretários Gerais, todos os demais órgãos diretivos (Subsecretários, Secretários Gerais Técnicos, Diretores Gerais e Subdiretores Gerais), embora nomeados e exonerados pelos Ministros, devem ser escolhidos entre o corpo de servidores públicos de carreira, desde que com curso superior (subgrupo A1 da *Ley 7/2007*, sucedida pelo Real Decreto Legislativo 5/2015) e atendidos os requisitos para o exercício de alto cargo da Administração Geral do Estado, de que trata a *Ley 3/2015*. É o que se verifica da leitura dos artigos 55.11, 63.3, 65.3, 66.2 e 67.2 da *Ley 40/2015*. O artigo 55.11 se aplica a todos os órgãos diretivos, enquanto os demais artigos têm redação semelhante, determinando que a escolha deve recair entre funcionários de carreira para cada órgão diretivo, exceto os Secretários Gerais. A seguir, a redação dos artigos 55.11 e 63.3 (ESPANHA, 2015a):

“Artículo 55. Estructura de la Administración General del Estado.

11. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, los titulares de los órganos superiores y directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, en la forma establecida en esta Ley, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

a) La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada.

b) La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.” (grifei)

“Artículo 63. Los Subsecretarios.

.....
 3. *Los Subsecretarios serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio.*

Los nombramientos habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. En todo caso, habrán de reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.” (grifei)

Os demais cargos públicos da Administração Geral do Estado espanhol são preenchidos de acordo com as regras de acesso às funções públicas, conforme determinam os artigos 103.3 e 149.1.18^a da Constituição, que preveem a regulação em lei do estatuto dos funcionários públicos. O Real Decreto Legislativo 5/2015, que dispõe sobre o “*Estatuto Básico del Empleado Público*”, determina, em seu artigo 8º, que há quatro tipos de empregados públicos: funcionários de carreira, funcionários interinos, pessoal laboral (fixo, por tempo indefinido ou temporário) e pessoal eventual. Por sua vez, o artigo 9º da mesma norma define funcionário de carreira como aquele nomeado legalmente e vinculado à Administração Pública em caráter permanente. Ademais, determina que compete exclusivamente aos funcionários (de carreira ou interinos) o exercício das funções que impliquem a participação direta ou indireta no exercício dos poderes públicos ou na salvaguarda dos interesses gerais do Estado e das outras Administrações Públicas (ESPAÑA, 2015b):

Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos.

1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

a) Funcionarios de carrera.

b) Funcionarios interinos.

c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

d) Personal eventual.

Artículo 9. Funcionarios de carrera.

1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.” (grifei)

O acesso ao emprego público na Espanha se dá segundo os princípios da igualdade, mérito e capacidade, mediante procedimentos que atendam à publicidade, transparência, imparcialidade, profissionalismo, independência e discricionariedade técnica dos órgãos de seleção, adequação dos conteúdos às tarefas a realizar, e agilidade, nos termos do artigo 55 do Real Decreto Legislativo 5/2015 (ESPAÑA, 2015b):

“TÍTULO IV

Adquisición y pérdida de la relación de servicio

CAPÍTULO I

Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio

Artículo 55. Principios rectores.

1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

b) Transparencia.

c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.” (grifei)

Por sua vez, o acesso dos funcionários de carreira à Administração Pública espanhola se dá exclusivamente por concurso público de provas (“*oposición*”) ou provas e títulos (“*concurso-oposición*”), conforme determina o artigo 61 do Real Decreto Legislativo 5/2015 (ESPAÑA, 2015b):

“Artículo 61. Sistemas selectivos.

1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

.....
6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

.....” (grifei)

Conclui-se que a nomeação aos órgãos diretivos da Administração Pública espanhola, com exceção dos Secretários Gerais, é rigorosamente vinculada aos princípios e procedimentos concorrenciais afetos ao acesso dos funcionários de carreira aos quadros administrativos, o que, certamente, limita o poder de influência do Governo sobre a Administração, sem que essa deixe de servi-lo com profissionalismo e imparcialidade.

Finalmente, o planejamento dos recursos humanos da Administração Pública espanhola adota critérios e procedimentos racionais, entre os quais um instrumento de gestão denominado “*Oferta de empleo público*”, por meio do qual se elabora uma previsão anual de incorporação de novos empregados públicos, aprovada pelos órgãos de Governo das Administraciones Públicas (Ministros, no caso da Administración General del Estado). É o que dispõem os artigos 69 e 70 do Real Decreto Legislativo 5/2015 (ESPAÑA, 2015b):

“TÍTULO V

Ordenación de la actividad profesional

CAPÍTULO I

Planificación de recursos humanos

Artículo 69. Objetivos e instrumentos de la planificación.

1. La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los

recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del presente título de este Estatuto.

e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

3. Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.

Artículo 70. Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.” (grifei)

Conforme visto, o Governo espanhol tem a prerrogativa de, sem depender de aprovação do Poder Legislativo, definir em grande parte a estrutura da Administração Pública. Tal prerrogativa é inclusive mais ampla do que aquela do modelo brasileiro, segundo a qual não é possível a criação ou extinção de órgãos públicos por meio da expedição de decretos autônomos pelo Presidente da República (BRASIL, 2017, art. 84, VI). No Brasil, a

disciplina para a criação e extinção de órgãos públicos emana de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República, aprovada pelo Poder Legislativo (BRASIL, 2017, art. 61, §1º, II).

No que tange à nomeação de cargos públicos, reside uma importante diferença entre as Administrações Públicas dos dois países. Enquanto no Brasil há a possibilidade de nomeação, pelo titular do Poder Executivo, de cargos previamente criados por lei de sua iniciativa, em quaisquer níveis da Administração, escolhidos entre pessoas que não integram as carreiras públicas de Estado, na Espanha essa possibilidade se restringe à nomeação dos Ministros, Secretários de Estado e Secretários Gerais.

2.3 Precedentes jurisdicionais

2.3.1 No Brasil

Verifica-se no Brasil a inexistência de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra na interpretação da Constituição, a respeito da diferença entre Governo e Administração Pública. Não poderia ser de outra forma, pois a opção do constituinte originário pela tripartição de poderes *à la Montesquieu*, exclui a discussão sobre a autonomia da Administração Pública frente aos demais poderes, corroborando a tese de que Governo e Administração Pública coincidem formalmente, ainda que possam ser diferenciados a partir do entendimento de que sejam criações abstratas da Constituição e das leis (MEIRELLES, 2010).

2.3.2 Na Espanha

Sem o intuito de ser exaustiva, a presente Subseção traz dois precedentes oriundos de decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, suficientes para deixar inequívoca a diferenciação entre Administração Pública e Governo.

Cabe salientar que o Tribunal Constitucional, ele mesmo um órgão constitucional com *status* de poder político autônomo, que não integra o Poder Judiciário, tem sua competência estabelecida pelo artigo 161 da Constituição espanhola (ESPANHA, 2003):

“Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de

una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.” (grifei)

Em resumo, cabe ao Tribunal Constitucional a jurisdição constitucional sobre todo o território espanhol, exercendo o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, que se dá pela via concentrada ou abstrata.

O primeiro precedente consiste da Sentença do Tribunal Constitucional nº 16, de 6 de fevereiro de 1984. No caso analisado, o Governo central, com fundamento no artigo 161.2 supratranscrito, impugna uma resolução do Presidente do Parlamento Foral de Navarra, que propôs ao Rei a nomeação de determinada pessoa como “*Presidente de la Diputación Foral de Navarra*”. Alegou o Governo que o ato violou dispositivo de lei orgânica que integra o bloco de constitucionalidade.

O trecho da referida Sentença que interessa ao presente trabalho surge em seus fundamentos jurídicos quando, para rebater a alegação da Comunidade de Navarra de que, conforme a mesma lei orgânica, as discrepâncias que surjam entre a “*Administración del Estado*” e a “*Comunidad Foral de Navarra*” sejam resolvidas por uma “*Junta de Cooperación*”, o Tribunal Constitucional argumenta que o conflito em análise é entre o Governo central e a Comunidade de Navarra (ESPAÑA, 1984):

*[...] Por lo que se refiere a la intervención de la Junta de Cooperación prevista en el mismo artículo, la exigibilidad de tal requisito no puede plantearse como cuestión a resolver en el presente caso, no sólo por no haberse constituido tal organismo en el momento en que se produjo la impugnación gubernamental, sino también porque **no estamos ante una discrepancia propiamente dicha entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral, pues de una parte, la impugnación ha sido planteada por el Gobierno de la Nación que, según el Título IV de la C.E., aparece***

diferenciado de la administración propiamente dicha a la que dirige, y de otra, el objeto de la impugnación es un acto que, como veremos, ha de incluirse en la materia constitucional. (grifei)

Note-se, portanto, que o Tribunal Constitucional interpreta a Constituição, especificamente seu Título IV – “*Del Gobierno y de la Administración*”, no sentido de que o Governo e a Administração Geral do Estado não se confundem, ainda que essa seja encabeçada e dirigida por aquele.

O segundo precedente consiste da Sentença do Tribunal Constitucional nº 204, de 26 de novembro de 1992. Nesse caso, a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana suscitou uma questão de inconstitucionalidade em dois recursos, pela qual um artigo da lei orgânica que regula o Conselho de Estado poderia vulnerar cinco artigos da Constituição. O Conselho de Estado é o órgão consultivo supremo do Governo, conforme definido pelo artigo 107 da Constituição.

Em resposta à argumentação do Advogado Geral do Estado de que o Conselho de Estado deveria ser entendido como órgão consultivo supremo do Governo e da Administração, o Tribunal Constitucional, nos fundamentos jurídicos da sentença, afastou o argumento sustentando que Governo não inclui Administração Pública, já que esses estão perfeitamente diferenciados no Título IV da Constituição (ESPANHA, 1992):

*[...] Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta es la acepción del término "Gobierno" que el art. 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. **Tampoco cabe entender que, por "Gobierno", el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace, en cambio, el art. 103 C.E., pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta.** De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo "en materias de Gobierno y Administración", que figuraba en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituido por la definición más estricta de "supremo órgano consultivo del Gobierno". Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas.*

Portanto, na referida decisão, o Tribunal Constitucional reiterou sua interpretação de que Governo e Administração Pública são órgãos distintos. Em sua fundamentação, afasta

a ideia de que o tradicional Poder Executivo corresponderia ao Governo, que por sua vez, inclui a Administração.

Em conclusão, cabe enfatizar a importância que os dois precedentes jurisdicionais citados representam. Tratam-se de manifestações do órgão constitucional cuja função é justamente zelar pela conformidade do ordenamento jurídico com a Constituição. As interpretações emanadas reforçam a compreensão da organização dos poderes estatais que o constituinte espanhol implementou, por meio da criação de órgãos constitucionais dotados de competência para desempenhar funções típicas da própria essência do Estado. Assim, a Administração Pública deve ser compreendida como o órgão constitucional ao qual compete servir com objetividade aos interesses gerais, de acordo com princípios constitucionalmente definidos e sujeita à lei e ao Direito, não se confundindo com o Governo e nem mesmo com o chamado Poder Executivo, expressão deliberadamente evitada pelo constituinte espanhol.

2.4 Análise

Da exposição das doutrinas, normas e precedentes jurisdicionais relativos à configuração constitucional dos poderes políticos e do *status* de que desfruta a Administração Pública nos países analisados, obtém-se a caracterização de duas opções distintas de divisão dos poderes em nível constitucional, inclusive no que diz respeito à autonomia da Administração Pública.

No caso do Brasil, vigora a tripartição dos poderes, inspirada na clássica proposta de Montesquieu, com a Administração Pública inserida preponderantemente no Poder Executivo, a cujos titulares (Presidente da República e seus Ministros) compete a sua direção. A Constituição de 1988 dedica-se a descrever e organizar o Poder Executivo, mas não define Governo nem o separa expressamente da Administração Pública. Embora a doutrina admita a existência de uma função governamental, distinta da função administrativa, somente em termos abstratos faz a diferenciação entre Governo e Administração Pública, não militando por uma separação formal e claramente delimitada, ainda que com alguma sobreposição, implementada por órgãos constitucionais distintos.

Apesar da grande importância atribuída à Administração Pública pela Constituição brasileira, com a implementação de seus elementos essenciais de profissionalismo, continuidade e imparcialidade, constata-se a ampla possibilidade de interferência do Poder Executivo sobre seu funcionamento, a ponto de colocar em risco a

efetividade desses elementos essenciais. Especificamente, a possibilidade se manifesta pela competência que detém o Presidente da República para propor leis que alteram sua estrutura e, principalmente, para nomear cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração, que dispensam a realização de concurso público. Ademais, além de não impor limites claros à livre nomeação de cargos em comissão, a Constituição de 1988 não define membros ou órgãos de cúpula da Administração, e, conseqüentemente, tampouco aqueles que poderiam ser ocupados por agentes políticos ou de livre nomeação.

A aderência da doutrina e do direito constitucional positivado brasileiros à tripartição clássica dos poderes parece ter inibido a provocação do Supremo Tribunal Federal no sentido de se confrontar a Administração Pública em relação aos poderes constituídos. Assim, por não se verificar a existência de precedentes jurisdicionais sobre a questão, reforça-se a ideia de que Governo e Administração Pública coincidem formalmente.

Em contraste, a divisão do poder na Espanha se faz por meio da implementação de seis órgãos constitucionais que exercem funções estatais delimitadas (Coroa, Parlamento, Governo, Administração, Poder Judiciário e Tribunal Constitucional). Essa configuração revela que a Constituição espanhola de 1978 incorpora o desenvolvimento do constitucionalismo e do próprio Estado liberal nos últimos dois séculos, no que tange à evolução da divisão de poderes.

A função da Administração Pública espanhola é estabelecida no nível constitucional, enquanto que sua composição é delegada constitucionalmente para o nível infraconstitucional. Por sua vez, as funções e a composição do Governo são expressamente definidas constitucionalmente. Conforme a legislação vigente, a sobreposição entre Governo e Administração Geral do Estado espanhol se limita ao Presidente do Governo e aos Ministros. Esses últimos compõem um dos órgãos superiores da organização central da Administração Geral, ao lado dos Secretários Gerais, que não integram o Governo, mas são nomeados pelo Presidente. Os órgãos diretivos também compõem a Administração Geral e correspondem a membros indicados pelos ministros entre funcionários de carreira da Administração Pública.

Constata-se que o grande mérito do constituinte espanhol no que tange à efetiva caracterização da Administração Pública como poder, além de sua diferenciação do Governo em termos das funções estatais que exercem, foi a clara delimitação das composições de cada órgão constitucional, permitindo-se uma sobreposição apenas minimamente necessária para que o Governo possa exercer a direção da Administração. Certamente, a ausência de

autorização constitucional para a livre nomeação, pelo Presidente do Governo, de cargos em comissão da Administração, deixa pouca ou nenhuma margem para a ingerência de um sobre o outro, contribuindo para a consecução do princípio da “neutralidade política da Administração e neutralidade administrativa do Governo” (FALLA, 1976).

A existência de precedentes do Tribunal Constitucional espanhol, no sentido de confirmar que Governo e Administração Pública são órgãos constitucionais que não se confundem, evidencia a efetividade da organização desses poderes efetuada pela Constituição de 1978.

Portanto, a comparação do Direito Constitucional dos países objeto do presente estudo, em relação à divisão dos poderes políticos e ao *status* constitucional da Administração Pública, demonstra haver uma homogeneidade de discursos, nas três dimensões analisadas (doutrina, direito positivado e precedentes jurisdicionais), no sentido de corroborar a hipótese de que a Administração Pública é um poder autônomo na Espanha, mas não no Brasil.

3 CONCLUSÃO

Pela presente pesquisa foi analisado o *status* da Administração Pública, segundo a comparação do Direito Constitucional de dois países - Brasil e Espanha -, Estados ocidentais representativos de duas configurações estatais distintas para a realização do princípio da divisão de poderes políticos.

Definindo como poderes os órgãos constitucionalmente instituídos para o exercício de funções de soberania estatal una (SOUZA JUNIOR E REVERBEL, 2016), foram avaliados os discursos doutrinário, normativo e jurisdicional dos Estados analisados, a fim de testar a hipótese de pesquisa de que a Administração Pública configura-se formalmente como poder autônomo na Espanha, mas não no Brasil, onde se acha inserida preponderantemente no Poder Executivo, juntamente com o Governo e a Chefia de Estado.

A opção do constituinte originário em cada caso se alinha com a tradição constitucionalista de cada país. Enquanto o Brasil tem como referência o presidencialismo com tripartição montesquiana de poderes implantado nos Estados Unidos, a Espanha, à semelhança da configuração juspolítica da maioria dos Estados europeus ocidentais, incorporou à clássica tripartição a evolução da divisão de poderes ocorrida ao longo dos séculos XIX e XX, que subtraiu do Poder Executivo tradicional as funções governamental e administrativa e as atribuiu a órgãos constitucionalmente instituídos.

A doutrina constitucionalista e administrativista brasileira converge no sentido da tripartição formal dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, órgãos encarregados das tradicionais funções estatais legislativa, administrativa e jurisdicional. Reconhece que a Administração Pública tem papel decisivo na consecução dos objetivos do Estado, e por isso, foi dotada de princípios constitucionais que visam garantir sua tecnicidade e profissionalismo na consecução dos interesses gerais de um Estado do qual se exige uma ampla atuação na realização da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Reconhece ainda, a existência de uma função governamental, distinta da administrativa, encarregada da gestão superior da vida estatal e da condução da Administração Pública para a realização de seus objetivos.

A doutrina elabora os conceitos de Governo e Administração, a quem atribui, respectivamente, as funções governamental e administrativa, a partir de abstrações da Constituição, já que sua definição e composição não se encontram inequivocamente elaboradas no texto constitucional. Para alguns (DA SILVA, 2014; MEIRELLES, 2010)

Governo e Administração são manifestações do Estado sob a forma de órgãos. Entretanto, a Administração Pública seria o conjunto de órgãos dependentes, instrumentais, enquanto o Governo seria o conjunto de órgãos constitucionais (os três poderes) incumbido do exercício do poder político. Para outros (FERREIRA FILHO, 2013), a Administração insere-se no Poder Executivo, junto com o Governo.

Já a doutrina espanhola, embora reconhecendo a aplicação do princípio da divisão dos poderes pela Constituição de 1978, não se aferra à clássica tripartição de Montesquieu. Tanto é assim que, à exceção do Poder Judiciário, a Constituição não faz referência a “Poderes”. Na evolução do Estado Liberal para o Estado Social, a doutrina reconhece o fortalecimento histórico do Poder Executivo, forjado pelas transformações do capitalismo, pelas exigências de promoção da igualdade econômica e social pelo Estado, pela incidência do princípio democrático e pela dinâmica partidária. Processo que culmina com a existência de Governo e Administração Pública fortes e funcionalmente distintos, o suficiente para serem configurados como órgãos constitucionais separados. Nessa nova configuração, a relação entre esses órgãos deve seguir o princípio da “neutralidade política da Administração e neutralidade administrativa do Governo”, proposto por Falla (1976).

As disposições constitucionais brasileiras dedicam grande espaço e importância à Administração Pública, realizando materialmente e, em grande parte, formalmente, a essência da função administrativa teorizada por Max Weber. Entretanto, na prática efetivam a Administração como um conjunto de órgãos dependentes, servientes aos três poderes tradicionais, não cumprindo a prescrição de Weber de que formalmente fosse constituída como um poder autônomo, com lastro na legitimidade racional legal burocrática.

Quando apropriadamente atribui a direção superior da Administração Pública federal ao chefe do Poder Executivo e seus auxiliares – Presidente da República e Ministros -, mas não estabelece limites claros para os níveis superiores da Administração que deverão ser ocupados pelos membros do Governo, nem para a criação de cargos em comissão que dispensam a realização de concurso público como requisito de ingresso nos quadros da Administração, a Constituição do Brasil termina por imiscuir esses dois órgãos, alterando o equilíbrio dos poderes políticos em favor do Governo e em desfavor da Administração, abrindo a possibilidade de se colocar em risco a efetividade dessa última, a quem compete “assegurar a ordem jurídica objetiva, imparcial e consentânea [...], fora do alcance maquinador dos que exercem o poder” (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 107).

Pode-se argumentar que a prerrogativa do chefe do Poder Executivo para a iniciativa de leis que alteram a estrutura da Administração não configura poder excessivo, já que a aprovação dessas leis é competência do Poder Legislativo. De fato, mas, justamente a referida ausência de limites constitucionais a essas alterações de estrutura é fator que, na prática, contribui para uma alta frequência de alterações que comprometem a desejável neutralidade política da Administração. Não se pode deixar de registrar que outro fator é a ineficiência do atual sistema de representação política no Brasil, caracterizado por um multipartidarismo exacerbado, que tem como um de seus efeitos a perversa prática de negociação de cargos públicos em troca da garantia da governabilidade. Nesse contexto, mais ainda se justifica uma delimitação constitucional da participação e possibilidade de interferência do Governo na estrutura da Administração Pública.

A Constituição espanhola, ao contrário, logra diferenciar Governo e Administração Pública como órgãos distintos, atribuindo-lhes as respectivas funções estatais, configurando-os efetivamente como poderes políticos na acepção que se emprega neste trabalho. Ademais, define a composição de cada órgão, estabelecendo claramente os cargos de alta direção ocupados pelo Governo na Administração. Precisamente, os Ministros são os únicos membros do Governo que têm assento na Administração Geral do Estado, na condição de órgão superior. Mais ainda, a legislação infraconstitucional afeta ao Governo e à Administração definem claramente as atribuições dos membros do Governo e dos órgãos superiores e diretivos da Administração Pública, mitigando a ingerência que o primeiro poderia ter sobre o segundo. Finalmente, a legislação espanhola determina que, à exceção dos Ministros e os Secretários de Estado, que funcionam como órgãos superiores da Administração e são indicados livremente pelo Presidente do Governo, os membros dos órgãos diretivos devem ser escolhidos entre os funcionários de carreira do quadro da Administração Pública, cujo acesso se dá exclusivamente pela via do concurso público.

A análise dos precedentes jurisdicionais aponta pela reiteração da interpretação, pelo Tribunal Constitucional espanhol, de que Governo e Administração Pública não se confundem, vez que concebidos como órgãos distintos pela Constituição de 1978. No Brasil, a opção do constituinte originário pela explícita tripartição clássica dos poderes e a grande ascendência dos titulares do Poder Executivo sobre a Administração Pública, em uma configuração que não define nem delimita claramente a composição e o alcance do Governo, parecem não favorecer a provocação do Supremo Tribunal Federal para o posicionamento

sobre a diferenciação entre esses dois entes, conforme se constata pela ausência de precedentes jurisdicionais nesse sentido.

Cabe uma reflexão sobre uma eventual possibilidade de aprimoramento da atual configuração constitucional de poderes políticos no Brasil. Ressalta-se que a existência da Administração Pública como poder autônomo é um fenômeno que historicamente ocorreu após a tetrapartição dos poderes, ou seja, como a parcela de poder que o Direito Constitucional deslocou do Chefe de Estado, atribuindo-lhe autonomia, posteriormente à separação ocorrida entre Chefia de Estado e Governo. A evolução histórica sugere que o Brasil deveria, antes de alçar a Administração Pública à condição de poder autônomo, operar e vivenciar a separação do Governo, ou Poder Ministerial, da Chefia de Estado. Entretanto, não seria descabida nem inédita uma evolução direta da tripartição para a pentapartição de poderes, visto ter sido exatamente esse o salto que a Constituição de Weimar realizou, ao estabelecer, a partir de uma monarquia constitucional, o parlamentarismo com independência formal da Administração.

Inédito, mas aparentemente sem nenhum impedimento, seria se o Brasil optasse por tornar a Administração Pública um poder autônomo, mantendo Governo e Chefia de Estado ainda concentrados no Poder Executivo, ou seja, sem aderir ao sistema de governo parlamentarista. Em princípio, isso seria possível por meio da edição de emenda constitucional que contemplasse uma clara definição da composição e das atribuições dos membros do Governo e da Administração Pública, a delimitação dos cargos de alta direção dessa última que seriam ocupados pelo Governo, e a vedação à criação de cargos em comissão na Administração Pública, de livre nomeação pelo Governo.

A implementação de qualquer dessas duas opções de reestruturação constitucional da organização estatal não supõe afronta ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição de 1988, visto que se estaria ampliando e separando poderes, ao invés de se reduzir ou misturá-los.

As evidências do fracasso do sistema de representação política no Brasil, que comprometem seriamente a eficiência do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento econômico e da justiça social, deveriam fomentar o debate acerca da realização de uma inevitável reforma política, no bojo da qual, a reorganização constitucional dos poderes certamente poderia ser contemplada como instrumento eficiente de distribuição, equilíbrio, alinhamento, cooperação e exercício dos poderes e de suas respectivas funções estatais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-715, jan., 2000.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970, t. 1, p. 7-8.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2015.

BRASIL. Anteprojeto Constitucional (1986). *Anteprojeto Constitucional*. *Diário Oficial da União*, Brasília, Suplemento especial ao n. 185, 26 setembro 1986. Seção 1. p. 1-61.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2017a.

_____. Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento “B” - Comissão de Redação (1988). In: *Anais da Assembleia Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 2017b. p. 177-178.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*, v. 4, n. 186, 1969.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: editora Atlas, 2014.

CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional, volúmen II: Los órganos constitucionales. El Estado autonómico*. 2. ed. Madrid: editora Tecnos, 1997.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2014.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: editora Atlas, 2014.

ESPAÑA. Constituição (1978). *Constitución*. Madri: Congreso de los Diputados, 2003.

_____. Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Del Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 285, 28 de noviembre de 1997.

_____. Ley 40/2015, de 1 de octubre. De Régimen Jurídico del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 236, 2 de octubre de 2015 (a).

_____. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 261, 31 de octubre de 2015 (b).

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia 16/1984. Ementa: Promovido por el Gobierno de la Nación contra la resolución del Presidente del Parlamento de Navarra, de 25 de agosto de 1983, proponiendo a S.M. el Rey la designación de don José Angel Zubiaur Alegre como Presidente del Gobierno de Navarra. *Recurso de amparo 617-1983, 619-1983*. Tribunal Pleno. Recorrente: Gobierno de la Nación. Norma atacada: Resolución del Presidente del Parlamento de Navarra. Madrid, 6 de febrero de 1984. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid n. 59, 9 de marzo de 1984.

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia 204/1992. Ementa: En relación con el art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado. *Cuestión de inconstitucionalidad 2414-1991*. Tribunal Pleno. Recorrente: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Norma atacada: Art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980. Madrid, 26 de noviembre de 1992. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid n. 307, 23 de diciembre de 1992.

FALLA, Fernando G. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2013.

GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren. *Sinopsis de los artículos de la Constitución: artículos 1 a 3*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1991. p. 16-18.

GUERRA, Luis López, ESPÍN, Eduardo, MORILLO, Joaquín García, TREMPs, Pablo Pérez, SATRÚSTEGUI, Miguel. *Derecho Constitucional, volumen II: Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. 5. ed. Valencia: editora Tirant lo Blanch, 2002.

HELLER, Hermann. *Staatslehre, Teoria do Estado*. Trad. de Lyango G. da Motta. São Paulo: Edit. Mestre Jou, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governamental process*. University of Chicago Press, 1965, p. 42.

MATESANZ, Isabel María Abellán. *Sinopsis de los artículos de la Constitución: artículo 97*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2016.
- MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Madrid: editora Tecnos, 2003.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, D.L. 1991. p. 1244.
- ROCHA, Cármen Lúcia A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1994.
- SABATER, José Asensi. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Valencia: editora Tirant lo Blanch, 1996.
- SOUZA JUNIOR, Cezar. S., REVERBEL, Carlos. E. D. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos*. 2. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.
- VALVERDE, José. Z. *Poder y poderes*. Pamplona: Eunsa, 1975.
- VISSCHER, Paul. *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*. Paris: 1947. p. 21-22.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4ª ed. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998.