

## A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO (\*)

— I —

### ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO

FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA

Professor de Direito Administrativo na Universidade  
Federal do Paraná

1. **A administração como atividade privada e pública** — Entende-se por **administrar** a ação de gerir um patrimônio, próprio ou alheio, segundo a sua destinação, participando da **administração** um conjunto de atos de coordenação e aplicação de meios disponíveis, na consecução de um fim determinado. A idéia de administração está associada à de movimento, de **atividade**, para exprimir uma atuação dinâmica que tenha um destino pre-ordenado. Em sentido amplo, é administração toda atividade humana de caráter prevalentemente econômico, planejada para alcançar determinados fins humanos (1).

A moderna **ciência da administração**, tratando dos princípios que organizam a direção das empresas, atribui-lhe a função geral de harmonizar as atividades particulares do organismo, tal como o sistema nervoso dirige as funções dos órgãos que constituem os seres vivos. Na clássica concepção de HENRI FAYOL, que vale para a condução dos negócios privados e públicos, administrar é prever, organizar, coordenar, comandar e controlar (2).

Todavia, na linguagem comum e técnica, a palavra administração não tem um significado uniforme. Como reflexo da sua ambigüidade originária, acentuada pelos etimologistas (3) o vocábulo tem representado, no mundo jurídico, situações supostamente antagôni-

(\*) Trabalho oferecido pelo A. ao número especial da "Revista da Universidade de Buenos Aires" em homenagem a Rafael Bielsa.

1) ADOLFO MERKL — Teoria General del Derecho Administrativo, ed. s/d, pág. 8.  
2) Dictionnaire des Sciences Economiques, sob a direção de JEAN ROMEUF, Presses Universitaires de França, Paris, 1926, verbete ad lministration, t. I, pág. 35.  
3) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, Tratado de Direito Administrativo, São Paulo, 1966, t. I, pág. 21.

cas: ora a função superior e qualificada, exercida pelos agentes diretores, ora a atividade de simples execução, obediente a um comando. Embora os administradores das pessoas jurídicas sejam frequentemente identificados com os seus dirigentes, o certo é que, perante o Direito Privado, os atos de administração estão limitados aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, sem compreender os que possam importar em alienação, exclusivos dos proprietários. Nessa posição estão as atividades dos pais, tutores, curadores, gestores de negócios, gerentes e demais prepostos, administrando bens alheios, no interesse dos filhos, incapazes, donos e preponentes. Já no âmbito do Direito Público, a imagem do administrador se confunde com a do governante, reservando a lei somente aos agentes de maior hierarquia a competência para dispor dos bens do Estado e dos interesses superiores da comunidade.

As contradições expostas são mais aparentes do que reais, pois enquanto o administrador privado está sujeito à vontade presumida ou às instruções do proprietário, ou às prescrições legais protetoras dos interesses em causa, ou ainda, às determinações estatutárias pertinentes às pessoas jurídicas, atua o administrador público submetido às normas da Constituição ou do Direito Administrativo. Estão ambos obrigados à prestação de contas e sujeitos aos controles internos, próprios dos entes organizados, bem como ao de natureza judicial que, preventiva ou sucessivamente, define a licitude e a idoneidade dos atos por eles praticados.

Tanto na administração privada, quanto na pública, há sempre atividade dependente de uma **vontade externa**, individual ou coletiva, vinculada ao requisito da **utilidade** e dominada pelo princípio supremo da **finalidade**. São essas características que se completam: os atos de administração hão de ser **úteis**, isto é, proveitosos em relação ao **fim** previsto, que por sua vez é estabelecido em função do **interesse** a satisfazer.

Confirma RUY CIRNE LIMA: "O elemento teleológico ou finalístico não é, sem dúvida, o único, a sinalar especificamente essa forma de atividade. Mas não há negar que constitui a nota principal dentre quantas compõem o conceito de administração". No Estado moderno, o Poder Executivo não é aquele que detém o mandamento inicial que compete à lei, nem a decisão terminante, presente na sentença judicial. Carecendo de atribuições irrestritas, desenvolve a atividade administrativa não de acordo com o seu arbítrio, mas vinculado à finalidade impessoal determinada tendo em vista



a utilidade pública. A atividade jurídica do Poder Executivo, cobrindo o intervalo entre a lei e a sentença, tem assim algo de interinado, de transitório, em relação à vida do Estado. E nisto o Poder Executivo se assemelha aos administradores privados — pais, tutores, órgãos das pessoas jurídicas — todos gestores interinos, ou transitórios de interesse alheios<sup>(4)</sup>.

2. **O governo e a administração na formação do Estado** — Mesmo nos mais simples e primitivos agrupamentos humanos, antecedentes da organização estatal, a vida comunitária se desenvolveu sob um **poder diretivo**, exercido por um ou mais indivíduos, ora personificado no chefe, ora nos anciãos ou pais de família, reunidos em conselhos ou assembléias.

Contudo, somente nas sociedades sedentárias, mais amplas e evoluídas, estratificadas em classes, definiu-se o **governo** como um dos elementos do Estado, então constituído, e como função permanente dos seus órgãos superiores. Já não mais se tratava de simples expressão de prestígio ou liderança, em que o comando se impunha pelas qualidades pessoais de quem o exercia, mas sim, como explica PINTO FERREIRA, de manifestação de **autoridade**, caracterizando dominação oficial e legal, fundada em um poder superpessoal, de procedência externa, regulada pelas normas objetivas do ordenamento jurídico<sup>(5)</sup>.

Nas suas formações mais antigas, o governo não legislava, pois a criação do Direito se realizava pelo costume, como produto espontâneo da cultura popular. O governante se limitava a resolver os litígios, procedendo como árbitro na aplicação das normas de conduta social preexistentes. Tanto que, conforme observa ROBERT M. MAC IVER, só em uma etapa mais avançada apareceram as figuras heróicas dos legisladores, como Licurgo, Solon, Hammurabi e Moisés que, aliás, apenas codificaram as leis tradicionais ou as apresentaram como mandamentos oriundos da divindidade<sup>(6)</sup>.

Igualmente sustentando a anterioridade cronológica da jurisdição, afirma HANS Kelsen que o Estado primitivo se limitava a realizar atos coativos de punição dos delitos e da guerra, como fatos socialmente prejudiciais, embora ressalvando que a inexistência de um Direito legislado, isto é, formulado pelos órgãos governamentais, não significava a ausência de leis, contendo normas gerais, desde que a criação consuetudinária também traduz **legis latio**. Com

4) RUY CYRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre, 1954, págs. 21/2 e *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1953, págs. 17 a 21.

5) PINTO FERREIRA, *Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, págs. 269 a 271.

6) ROBERT M. MAC IVER, *Teoría del Gobierno*, trad. esp. de Augustín Gil Lasierra, Madrid, 1966, págs. 68/9.



veemente argumentação, contesta Kelsen a tese oposta, de GEORG JELLINEK, no sentido da histórica supremacia da administração, como função pública permanente, essencial e precursora das demais. Acentuara esse tratadista, com efeito, a intermitência da legislação e da jurisdição, contrastada com a necessária continuidade da administração, nessa incorporadas, mais recentemente, as atividades de preparação das leis e de execução das sentenças judiciais. Mesmo historicamente — explicara JELLINEK — apresenta-se a administração como atividade fundamental, pois a ela estava inicialmente unida a legislação. Mais tarde há o desprendimento da função jurisdicional, restrita no princípio a ações insignificantes, para depois alcançar um campo cada vez mais amplo, de modo que, por fim, na administração estaria compreendida a função governamental, remanescente da separação, não só da atividade jurisdicional, como também daquela de índole legislativa<sup>(7)</sup>.

De qualquer maneira, não se poderia deixar de conceituar como atividades substancialmente administrativas aquelas presentes em todas as épocas e pelo menos contemporâneas das outras funções públicas, consistentes nas práticas financeiras de arrecadação e aplicação de tributos <sup>(8)</sup> e no aproveitamento dos recursos materiais disponíveis, na execução de obras e serviços de interesse comum e particularmente úteis à defesa do agregado social, contra as agressões internas e externas — todas essas participantes dos fins essenciais do Estado e determinantes da sua organização. O que se pode admitir é que as funções do Estado antigo somente comportavam um conceito de administração em sentido amplo, compreensivo daquelas atividades originárias e indefinidas do governo, já que, nas suas primeiras fases, o processo evolutivo de diferenciação material das funções públicas apenas veio alcançar, progressivamente, a jurisdição e a legislação. Durante muito tempo, a administração, **stricto sensu**, tal como é hoje considerada, permaneceu sem especificação, em o núcleo central das atividades do Estado, fundida à função governamental, por sua vez carente de identidade própria.

### 3. Governo e Administração Pública como expressões equi-

7) HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. esp. de Luis Legaz Lacambra, México, 1965, pág. 232, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, trad. esp. de Fernando de Los Rios, Buenos Aires, 1954, págs. 463/4.

8) FRANCESCO NITTI, *Princípios da Ciência das Finanças*, trad. bras. de C. Machado, Rio de Janeiro, 1937, 1.º vol., pág. 35: "No começo havia ação, diz o herói de Goethe: estatuíram-se os impostos antes de pensar-se na parte teórica dessa operação; arrecadavam-se os impostos aduaneiros numa época em que se não possuía qualquer noção teórica sobre o protecionismo e sobre o livre-câmbio (...) A prática das finanças é, sem sombra de dúvida, velha como o mundo: as primeiras tribos que deveram satisfazer necessidades coletivas tinham já uma tradição financeira quando destinavam parte da riqueza adquirida a fins de utilidade pública". MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO também insiste: não há nem jamais houve Estado sem administração (Ensaio sobre a Mecânica Política do Estado, Curitiba, 1969, págs. 17/8).



**valentes** — Na sua acepção primitiva, a palavra governo indicava o conjunto das funções do Estado, de que se separou, primeiro, a justiça, depois, a legislação. Atualmente o termo é empregado por muitos autores para designar tão-somente as **atividades residuais**, atribuídas ao chamado **poder executivo**. Mas aquele significado genérico ainda tem prevalecido para exprimir o **poder público** ou **jurídico**, inseparável da coatividade e que, como elemento formal, conjugado com o **território**, como dado material e com o **povo**, que é o componente social, constituem, no seu todo, o Estado. Ainda nesse sentido geral, de **autoridade pública** ou, nas palavras de A. ESMEIN, de **soberania** posta em ação, distingue-se o governo em **despótico** ou **legal**, **direto** ou **representativo**, **democrático** ou **autocrático**, **parlamentar**, **presidencial** ou **colegial**, segundo fundado na vontade arbitrária do soberano, ou na lei conforme seja essa vontade manifestada direta ou indiretamente, participando o povo, ou não, da sua formação e do seu funcionamento, ou ainda de acordo com o sistema de organização e divisão do poder estatal <sup>(9)</sup>.

Tratadistas de Direito Administrativo, especialmente os alemães, preferem referir-se à **Administração Pública**, **lato sensu**, quando tratam dos empreendimentos totais do Estado no cumprimento dos seus fins, sobretudo em contraste com a **Constituição**, pela qual é a sociedade política e juridicamente organizada. O critério é aceito por RAFAEL BIELSA que, apoiando LORENZ VON STEIN, afirma: **o Estado se constitui e atua**; a Administração Pública é hoje o que foi há pouco a Constituição. Dessa dependência resulta que **as atividades administrativas, equivalentes às de governo**, devem refletir as virtudes e os defeitos da estrutura estatal, sendo objeto do Direito Constitucional o Estado na sua anatomia a fisiologia, **tal como ele é**, enquanto que a ciência administrativa, voltada para a satisfação das novas exigências de natureza política e social, “ensina o que é que esse potente e vasto organismo deve fazer” <sup>(10)</sup>. De acordo com essa concepção, também adotada por FRITZ FLEINER, é a Constituição o elemento fixo e permanente na vida do Estado, ao passo que é a Administração Pública **o Estado ativo**, na sua dinâmica, tal como se manifesta a todos nós. <sup>(11)</sup>.

9) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1947, t.I, págs. 89/90, 106/7 e 180; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, ob. cit., pág. 39; ALEXANDRE GROPALI, *Doutrina do Estado*, trad. bras. de Paulo Edmundo de Souza Queiroz, São Paulo, 1953, pág. 123 e segs.; A. ESMEIN, *Eléments de Droit Constitutionnel*, 5ème ed., Paris, 1909, págs. 14/5, 19/20; JUAN A. GONZALEZ CALDERON, *Curso de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1958, pág. 39; A. MACHADO PAUPÉRIO, *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial*, Rio de Janeiro, 1956, *passim*.

10) RAFAEL BIELSA, ob. e loc. cit., págs. 28/9. V. também OTTO MAYER, *Derecho Administrativo*, trad. argent. de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1950, vol. I, págs. 3 e 11; ERNEST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. esp. do Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 30/1.

11) FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, trad. franc. de Ch. Eisenmann, Paris, 1933, pág. 9.



Essa função governamental ou administrativa, geral e superior é geralmente mais concentrada nos órgãos de cúpula do Poder Executivo, sem prejuízo do teor político e, por isso também governamental, das manifestações dos demais ramos do poder público, que têm gerado decisões diretoras dos negócios do Estado, caracterizando Administração Pública naquela dimensão mais dilatada.

É inegável que o Poder Legislativo não cumpre um labor meramente técnico quando formula as regras jurídicas que formam o conteúdo da lei. Mesmo legislando, os seus membros deliberam politicamente, como representantes dos diferentes segmentos da sociedade, definindo as aspirações do povo, ou seja, a chamada **vontade geral da Nação**. Se nos sistemas parlamentares é o governo entregue a ministros dependentes da confiança política das câmaras populares, também nos sistemas presidencialistas, modelados pelo norte-americano, a influência decisiva do Poder Legislativo em assuntos igualmente afetos ao Poder Executivo tem até justificado o reconhecimento de uma espécie de governo, dito **congressional**.

O Poder Judiciário é, por definição, apolítico, havido como reacionário e insensível às mutações da realidade econômico-social, mesmo porque, sem iniciativa própria, somente se manifesta mediante provocação das partes, quando atua visando o passado, aplicando a lei aos casos concretos. Contudo, as decisões de alguns dos seus órgãos tendem a refletir os sentimentos das comunidades locais, sempre que pronunciadas por cidadãos escolhidos por sorteio ou eleição popular, para o exercício temporário de funções jurisdicionais, como é da essência de certos regimes democráticos. Não se poderá deixar de admitir, outrossim, o caráter político dos julgamentos proferidos pelos mais altos tribunais, não só pela origem dos seus componentes — nomeação pelo chefe do Poder Executivo com a concordância de órgãos do Poder Legislativo, dentre adeptos da ideologia dominante ou simplesmente do programa do partido vitorioso — mas como manifestação inerente à sua alta participação nas questões de eminente interesse público e, assim, no governo nacional. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, em momentos decisivos da história, juízes do porte de John Marshall conquistaram justa fama mundial, não só como juristas, mas sobretudo como verdadeiros estadistas <sup>(12)</sup>. Aludem os escritores a um

12) WILLIAM BENNET MUNRO, *The Government of the United States*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, 1949, págs. 576/7. Reitera CHARLES A. BEARD: "O exercício da jurisdição conferida à Suprema Corte exige dois tipos de operações intelectuais, um com respeito a amplas soluções da política pública e outro pertinente a assuntos técnicos. Na primeira hipótese, o Tribunal é usualmente controlado apenas pela linguagem geral da Constituição, a qual, como uma vez acentou um juiz, a propósito de determinada cláusula, caracteriza-se por ser "convenientemente vaga". Tratando dos problemas referentes a esse tema, os autores já citados lembram-nos: "As palavras da Constituição sobre as quais



**governo de juízes**, atribuído aos magistrados cujos votos prevalecem nos altos pretórios, bem como aos juízes que não governam, porque vencidos nos grandes pleitos, em que são interpretadas e aplicadas as normas da Constituição e estão em causa os temas de maior importância política. Entre nós, FRANCISCO CAMPOS, quando Ministro da Justiça, em discurso proferido perante o Supremo Tribunal Federal, dirigiu aos seus membros estas expressivas palavras: "Os vossos poderes não são apenas os da Justiça comum ou ordinária. A Constituição vos conferiu poderes de Governo (...) E eis, assim, aberto ou franqueado à Vossa competência todo o domínio da política: a política tributária, a política do trabalho, a política econômica, a política da produção e da distribuição, a política social, em suma, a mais política das políticas, a **polis** na sua totalidade — a sua estrutura, os seus fundamentos, a dinâmica das suas instituições e do seu governo." (13).

Quando, porém, se identifica o governo com a Administração Pública e com as funções próprias do Poder Executivo, não se pretende apenas confiná-lo, por razões históricas, na sede originária das atividades do Estado: confirma-se um fato que tem persistido, que é o da preeminência das funções governamentais que, antes emanadas do monarca, dotado de poderes absolutos, têm sido progressivamente assumidas pelo Primeiro Ministro ou Presidente do Conselho, nos sistemas parlamentares e pelo Presidente da República, no presidencialismo, como órgãos mais representativos na Nação para efeitos internos ou externos. A despeito da crescente **jurdisfação** e divisão do poder estatal, isto é das limitações impostas pelo **Estado de Direito**, são essas autoridades, no desempenho da chefia do Poder Executivo, muitas vezes acumulado com o da chefia nominal do próprio Estado, que detêm e efetivamente exercem um poder de iniciativa, condutor da política nacional e realizador dos fins estatais. É nessa posição, co-participando do Poder Executivo e associado à Administração Pública, **stricto sensu**, que sobre o governo recaem com maior intensidade as obrigações e responsabilidade pela satisfação das necessidades coletivas e que integram a noção ampla de serviço público, segundo LEON DUGUIT (14).

No Poder Executivo se situam, portanto, os dois momentos fun-

---

baseia-se uma solução, apresentam-se tão ilimitadas por seu significado intrínseco ou por sua história, pela tradição ou por decisões anteriores, que deixam livre o Juiz, se é que não o compelem a procurar um sentido, não através da leitura da Constituição, mas pela leitura da vida... O processo de interpretação constitucional obriga à tradução da política em julgamento e as concepções de controle que tem os juízes são os seus, "quadros políticos idealizados", da ordem social existente". V. *American Government and Politics*, 10th ed., New York, 1949, págs. 236/71.

13) MARTINHO GARCEZ NETO, *Democracia, Doutrinas Políticas e Segurança Nacional*, Rio de Janeiro, 1965, págs. 147/7.

14) LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, Paris, 1913, *passim*.



damentais do desenvolvimento das atividades públicas no Estado moderno: **o inicial**, de criação e orientação, pelo governo e **o final**, de execução concreta das suas realizações, pela Administração Pública. Embora os mais antigos tratadistas já dividissem o Poder Executivo em **poder executivo puro**, político ou governamental e **poder administrativo**, meramente executivo <sup>(15)</sup>, talvez seja a Constituição Francesa de 1958 a que melhor documenta essa realidade: sem abandonar a Democracia, mas ao contrário, praticando-a, garante pelo sufrágio universal a representação popular em toda a sua extensão, compreendendo os diferentes matizes da opinião pública e os interesses divergentes das várias classes sociais; mas reconhecendo que o poder público, para modelar e transformar a realidade presente, não dispensa "uma autoridade governamental concentrada, eficaz e responsável" e que governar é também legislar, compatibiliza a atuação da heterogênea e numerosa Assembléia Nacional com um Poder Executivo vigoroso e ativo que, com propriedade, é chamado de **Governo**: afinal, eleva o Presidente da República à condição de órgão máximo e dirigente, agora escolhido, aliás, por eleição direta e que faz do Povo, através do **referendum**, o juiz supremo das decisões políticas. Nessa Constituição, explica GEORGE BURDEAU, há a superposição de dois poderes: o Poder de Estado e o Poder Democrático. "Entre o poder necessário à grandeza e à continuidade do Estado e o poder do povo, a Constituição não escolhe, antes consagra-os a ambos. Ela tende a reconciliar a autoridade com a democracia: a autoridade indispensável para que a democracia não se dissolva nas cegueiras dos intuítos ou da rivalidade partidária; a democracia, não menos necessária, para que a autoridade permaneça legítima" <sup>(16)</sup>.

4. **Governo e Administração Pública em sentido estrito. A distinção entre atos políticos e atos administrativos** — Desde que ainda presente, em um plano superior, um núcleo central de atividades estatais correspondentes ao governo, ou à Administração Pública, **lato sensu**, cumpre distingui-las das que, também exercidas preponderantemente pelo Poder Executivo, compõem a **função administrativa em sentido estrito**, na clássica teoria da tríplice divisão

15) VISCONDE DE URUGUAI, Ensaio sobre o Direito Administrativo, ed. do Serv. de Documentação do Ministério da Justiça, 1960, pág. 53: "O Poder Executivo divide-se em poder executivo puro e em poder administrativo. O poder executivo puro também se denomina político ou governamental".

16) GEORGES BURDEAU, O Poder Executivo na França, ed. da Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 19, Belo Horizonte, 1961, *passim*, especialmente págs. 41/2. É verdade que a bem na França, foi esse regime imaginado e posto em execução por um homem da estatura de **Charles de Gaulle**, convocado para resolver as mais angustiantes dificuldades do seu país e que, mesmo nas crises mais agudas e graves, jamais deixou de repudiar a ditadura como solução e sempre enfrentou o povo, sem afrontá-lo, dirigindo-se a todos os franceses nas situações mais sérias serão com "os olhos nos olhos". V. CHARLES DE GAULLE, Memórias de Esperança, Rio de Janeiro, 1971, *passim* especialmente pág. 263.



do poder público. Essa distinção, implicando na diferenciação jurídica entre as decisões pelas quais se desenvolve a atuação de cada um daqueles dois setores referidos, vem sendo apreciada mediante o contraste dos chamados atos políticos ou de governo, com os **atos administrativos**.

Observara OTTO MAYES que a Administração Pública, **stricto sensu**, caracteriza-se por operar **sob o ordenamento jurídico** e, nesse aspecto fundamental, se diferencia das funções de governo. Há pois, como reitera FRITZ FLEINER, além da **administração executiva**, preposta à realização de uma vontade externa, que é a do legislador, a **administração governamental**, dispensada de tal subordinação. Depois de explicar que a liberdade de ação, frente ao Direito, encontra maior campo na legislação e maiores limitações no exercício da jurisdição, acrescenta JELLINEK, referindo-se à administração, que além do círculo de atividades regradas, cujo conteúdo é fixado pela lei, apresenta-se uma segunda esfera, livre das suas determinações, de modo que a função administrativa se desdobra em **atos de execução** e **atos de governo** (<sup>17</sup>). No entendimento dos autores mencionados, portanto, o confronto é estabelecido entre a legislação, de um lado, e o superior aparelho administrativo do Estado, do outro, este formado por dois setores: o primeiro, dedicado à execução da lei e o segundo, liberado dessa vinculação, constituído pelo governo.

É certo que os atos políticos constituem reminiscência do antigo absolutismo governamental, exatamente porque emanados no exercício daquelas atividades públicas residuais, ainda subsistentes como prerrogativas das mais altas autoridades e excluídos das funções especializadas e juridicamente disciplinadas, que formam a jurisdição, a legislação e a administração. Daí a conclusão de muitos tratadistas de Direito Público, no sentido de situar os atos políticos em uma área livre das imposições da lei e **a fortiori**, isentos do controle jurisdicional (<sup>18</sup>). Ao governo competem — reafirma BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO — as atividades do Estado que afetam a sua unidade e exprimem uma atuação política, **dirigente e livre**, inclusive **precedendo o exercício das funções jurídicas** (<sup>19</sup>).

A supremacia das manifestações do poder político — e supremacia incontestável — tem sido proclamada, no curso da história,

17) OTTO MAYER, ob. e loc. cit., pág. 12; FRITZ FLEINER, idem, págs. 10/1; GEORG JELLINEK, idem, págs. 467/8.

18) RAFAEL BIELSA, ob e loc. cit., págs. 176 e segs.

19) BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1950, vol. I, pág. 4.



tendo como fundamento a necessidade de atendimento pronto e irresistível dos superiores interesses públicos, sob a guarda imediata dos príncipes ou monarcas. Muitas vezes, porém, o reconhecimento dessa supremacia decorreu da conveniência de preservação da autonomia dos órgãos dotados de funções de controle, especialmente de natureza jurisdicional, ameaçada pelo arbítrio dos governantes.

Ao demonstrar a relutância dos tribunais americanos em tratar das chamadas **questões políticas**, relata BERNARD SCHWARTZ que já no longínquo século XV, tendo o Duque de York movido um processo para que fosse ele declarado legítimo herdeiro do trono da Inglaterra, decidiram os juízes que "não ousavam entrar no trato de tal questão, pois competia ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos" (20).

Na França, expõem PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, a abstenção de controle dos atos políticos se baseava em razões de ordem também políticas: os tribunais evitavam fazer oposição ao Parlamento e dificultar as atividades do Governo, em matéria diplomática ou a respeito de outros assuntos tradicionalmente decididos por suas autoridades com grande liberdade de ação. Nos primeiros regimes instaurados logo depois da Revolução Francesa de 1789, compreendida a ditadura napoleônica em toda sua extensão (1799 a 1814), carecia de importância a definição dos atos políticos, já que a rigorosa separação entre as autoridades administrativas e judiciárias importava na outorga, à Administração Pública ativa, do poder de despojar os tribunais da sua competência. Nos períodos posteriores, entretanto, quando já se achava melhor desenvolvida a jurisdição contenciosa-administrativa do Conselho de Estado, teve esse órgão, criado por Napoleão I, de enfrentar a indisposição dos novos governantes, retraindo-se mediante autolimitação do exercício do seu poder jurisdicional <sup>21</sup>. O primeiro aresto foi proferido a propósito de pedido de pagamento de prestações vencidas, referentes à dotação concedida por Napoleão à princesa Borghese e de que era cessionário o banqueiro Laffite. O Conselho de Estado se recusou a apreciar a reclamação, declarando que se tratava de questão política a ser decidida pelo Governo (**Affaire Laffite**, de 1.º de maio de 1822).

20) BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, trad. bras. de Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, 1966, págs. 193/4.

21) Os períodos assinalados são os que se seguiram à queda do Império de Napoleão, a saber: o da Restauração (1814 a 1830), marcado pelo retorno da dinastia dos Bourbons, com Luís XVIII, o da Monarquia de Julho, com a ascensão ao trono de Luís Felipe de Orléans (1830 a 1848) e o do Segundo Império (1851 a 1870) época de esplendor do Poder Executivo, com Luís Napoleão Bonaparte como Imperador Napoleão III.



Em sentido idêntico se pronunciou em várias outras situações, elaborando com a sua jurisprudência, a teoria dos atos políticos em função do seu móvel ou motivo: as decisões do Governo seriam qualificadas como políticas segundo os propósitos, os fins, as intenções das suas autoridades, no exercício da alta política do Estado. Procedente é a crítica de HENRY BERTHÉLEMY: fazer depender a natureza de um ato do fim dado por seu autor, significa erigir a **razão de Estado** em teoria política e, infelizmente, o Conselho de Estado ofereceu o prestígio de sua autoridade a tão estranha doutrina. O abandono do critério do **móvel político** se deu no exame da pretensão do príncipe Napoleón-Joseph Bonaparte, que postulava contra sua exclusão da lista de generais do anuário militar de 1873. Apesar da alegação do Ministro de Estado, de que se caracterizava ato político, o Conselho de Estado conheceu do pedido e se declarou competente para julgá-lo (**Affaire Prince Napoleón**, de 19 de fevereiro de 1875). Depois, na fase seguinte, como anota GEORGES VEDEL, tanto o Conselho de Estado, quanto o Tribunal de Conflitos, entendendo que certas decisões, aparentemente administrativas, não comportam debates pela via contenciosa nem controle jurisdicional, resignam à possibilidade de definir os atos de governo, contentando-se em enumerá-los. Subtraídos a todos os recursos contenciosos, judiciários ou administrativos, os atos políticos são os que figuram em uma **lista**, incluindo os referentes às relações entre o Parlamento e o Governo, às relações internacionais, os fatos de guerra, os decretos de graça e algumas medidas de ordem interna <sup>(22)</sup>.

Essa última orientação, eminentemente pragmática, de enumeração dos atos de governo ou políticos, tem sido assinalada e admitida por numerosos constitucionalistas e administrativistas. Confirmando que, "tal como o atos de Estado, na Inglaterra, a ação do Governo americano relacionada com questões políticas está inteiramente isenta de controle judicial", ressalva porém, BERNARD SCHWARTZ que, ao contrário da doutrina inglesa, a adotada nos Estados Unidos da América não está limitada às relações exteriores e os tribunais norte-americanos têm elaborado um lista dos assuntos considerados de natureza política, compreendendo os "relacionados com a orientação governamental no campo dos negócios interiores" <sup>(23)</sup>. Reconhece RAFAEL BIELSA que a necessidade de proteção jurídica dos administrados implica na restrição do conceito do ato

22) PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, págs. 486 e segs.; H. BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 11ème ed. Paris, 1926, págs. 125 e segs.; MARCEL WALINE, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, 4ème ed., Paris, 1946, págs. 93 e segs.; GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, Paris, 1968, t. I, págs. 168/9.

23) BERNARD SCHWARTZ, ob cit., pág. 194.



de governo, por sua natureza insuscetível de recurso e de revisão jurisdicional, quer administrativa, quer judicial. Assim, após classificar os atos de governos em duas categorias — os que se referem à ordem institucional interna, vinculados à organização dos poderes e às suas relações e os que concernem à segurança do Estado, tanto na ordem interna como na externa, especialmente os atos diplomáticos — arrola o tratadista argentino os atos havidos como políticos pela doutrina e pela jurisprudência: a convocação e a prorrogação das sessões do Congresso, os tratados internacionais ligados à segurança exterior, a expulsão de estrangeiros a decretação do estado de sítio, a intervenção nas Províncias, os fatos de guerra, a nomeação e a exoneração de certos funcionários, em razão do caráter especial das suas funções, a anistia e o indulto <sup>(24)</sup>.

5. **A Constituição como fonte dos atos políticos** — A tendência de aceitar a seleção dos atos políticos mediante uma lista, já constitui um resultado positivo, devido ao labor pretoriano dos tribunais. Mas essa simples catalogação, que sequer é exaustiva, bem revela as dificuldades enfrentadas na elaboração de uma doutrina que, precisando as características gerais e constantes dos atos da espécie sob exame, permita distinguí-los dos atos administrativos, sob o aspecto material ou substancial.

A criação dos atos de governo, sem dúvida corresponde ao exercício daquele poder residual, antes aludido, que é de natureza política por interessar à **polis**, ou seja, em linguagem moderna, à sociedade, no seu todo, personificada pelo Estado. Nesse sentido, guardando fidelidade à sua etimologia, o poder político é o **poder social** que, pela Constituição, converte-se em **poder público** ou **poder do Estado** e é distribuído aos governantes.

Com efeito, refletindo, na sua materialidade, as condições econômicas e culturais da sociedade, corporifica-se a Constituição, sob o aspecto formal, em um código de Direito Público que tende a traduzir essa realidade nacional e a representar um compromisso de conciliação das tensões e reivindicações sociais, bem como de realização de um ideal comum, tendo como instrumento o Estado, pela mesma Constituição organizado. Daí se poder dizer que o **poder constituinte** se situa nessa posição intermediária entre o poder social e o poder governamental ou político, qualificando-se este como poder público pela institucionalização daquele poder social, através da criação do Estado.

Como ensina PINTO FERREIRA, tem a Constituição uma funda-

---

24) RAFAEL BIELSA, ob e loc. cit., págs. 183 e segs.



mentação sociológica "na realidade empírica e concreta dos grupos humanos antes de se transmutar em um sistema de normas jurídicas delimitando as competências dos agentes do governo e dos cidadãos". Compreende o **ser** e o **dever ser**, posto que, além do conceito sociológico e do jurídico, agrega-se à Constituição "um conceito filosófico ou ideal, de uma forma mais perfeita de constitucionalismo que os Estados procurariam atingir gradativamente". Servindo-se da **função distributiva** do Direito, o Estado integra a sociedade em uma unidade cultural, exprimindo em um corpo de normas jurídicas aquelas representações coletivas que melhor correspondem à consciência coletiva e possibilitam a coexistência social" regulando as interrelações dos indivíduos na sua realidade bilateral de deveres e pretensões". Mas ao lado dessa função distributiva, realiza-se a **função organizadora** do Direito, pela necessidade de um poder ou de uma autoridade "que no domínio nacional é o Estado, garantindo, impondo ou protegendo as normas jurídicas anteriormente formuladas". Como fonte de maior hierarquia, é a Constituição "a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte" (25).

Ora, além dos Chefes do Estado e do Governo, outros órgãos **representativos da sociedade política** também recebem diretamente da Constituição, no cumprimento da sua função organizadora, certas atribuições preeminentes que, por isso mesmo, compõem o poder político, muito embora do seu exercício decorram atos que se incorporam ao ordenamento jurídico do Estado e são então classificados, sob diversos aspectos, como atos legislativos, jurisdicionais ou administrativos. São essas decisões, derivadas diretamente da Constituição e dotadas de alto teor de representatividade, as que podem ser qualificadas como **políticas, em sentido amplo**. Merecem essa designação exatamente por sua **origem constitucional** e tão somente por essa razão, já que não têm individualidade própria para comportar uma quarta categoria de atos do Estado e nem mesmo podem ser limitadas e definidas quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico, porque emanam dos diferentes órgãos que constituem a estrutura superior do Estado.

Deixando de lado a legislação — como função eminentemente política — e as manifestações do Poder Judiciário que, excepcionalmente, se revestem desse mesmo caráter, têm-se como atos políticos, em **sentido estrito**, apenas aqueles que, reservados ao Chefe do Estado ou ao Chefe do Poder Executivo, são criados com fundamento imediato na Constituição, desde que não sejam atos legislativos

---

25) PINTO FERREIRA, Da Constituição, Rio de Janeiro/São Paulo, 1956, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 23 a 31.



em sentido formal. Desses estão excluídas, portanto, as atividades de ordem constitucional pelas quais aquelas autoridades participam da elaboração legislativa, compreendendo a iniciativa do processo, mediante a apresentação de projetos de lei da sua competência privativa, ou não, a sanção, a promulgação e a publicação da lei e, bem assim, o veto aos projetos que lhes sejam submetidos pelos órgãos legislativos <sup>(26)</sup>. É que essas atividades, ditas **co-legislativas**, compõem as etapas do procedimento de elaboração da lei e "destacar um dos seus atos apenas porque o órgão que o realiza atua como autêntico legislador, delata uma graduação política de funções que juridicamente estão no mesmo plano <sup>(27)</sup>. Também estão evidentemente excluídos da classificação de atos políticos todos aqueles de execução de lei formal, ainda que porventura previstos no texto constitucional. É que a atuação política cabível já foi inteiramente exaurida no processo de elaboração legislativa, de modo que os atos de execução são praticados por órgãos que carecem de poder próprio e originário para inovar a ordem jurídica e mesmo quando os seus titulares proferem decisões discricionárias, atuam em uma esfera de liberdade delimitada pelo legislador <sup>28</sup>.

6. **A doutrina de CARRÉ DE MALBERG** — Justifica-se essa concepção restrita dos atos políticos pela circunstância de que toda a polêmica em torno do tema tem sido apresentada quanto à distinção entre as atividades governamentais e as administrativas, ambas realizadas pelos Chefes de Estado e do Poder Executivo. Dentre os tratadistas do assunto, destaca-se CARRÉ DE MALBERG, como um dos que mais profunda e extensamente o apreciasam. Merece ser resumida a sua doutrina a esse respeito.

Reportando-se às origens do Direito Público francês, observa que a Constituição de 1791, negando aos funcionários todo o caráter representativo, privava-os da capacidade de agir, em virtude das leis. O próprio Rei, como Chefe da Administração Pública geral, nada mais era do que o primeiro dos funcionários públicos, embora os constituintes também o tivessem reconhecido como representante nacional, **mas enquanto Chefe do Governo**. Nessa qualidade, era-lhe

26) Const. da República Federativa do Brasil, art. 81, incisos II a IV. H. BERTHÉLEMY qualifica como atribuições da **ordem constitucional** do Chefe de Estado, além das que possa ter o Presidente da República em matéria legislativa, as relações que mantém com as Câmaras e as suas funções concernentes às relações da França com as nações estrangeiras (ob. cit., pág. 119).

27) ADOLFO MERKL, ob. cit., pág. 17/8.

28) Não obstante as dificuldades para precisar o que seja legislação em sentido formal, aliás reconhecidas, sem constrangimento, por MERKL (ob. cit., págs. 17 e segs.), reputa-se **lei formal** o ato jurídico do Estado que **tenha a forma constitucional de lei** (cf. RAFAEL BIELSA, ob. e loc. cit., pág. 116), abrangendo as leis ordinárias, complementares e delegadas, sejam federais, estaduais ou municipais, e ainda os decretos leis expedidos pelo Presidente da República (Const. cit., art. 46, incisos II a V e art. 200, § único).



conferido um poder de querer incontestável, isto é, um poder de livre iniciativa; atuava por conta da Nação, por exemplo, quando negociava tratados com os Estados estrangeiros. Esses poderes políticos, que vieram a ser conferidos ao Presidente da República, descompõem-se em atos que não se confundem com os de simples execução da lei. São atos governamentais porque, ao contrário do que ocorre com os atos administrativos, a sua criação prescinde de habilitação legislativa e decorre de competência própria do Presidente da República, que dimana de outra fonte que não a lei; mantêm independência, quanto à legislação, uma vez que o poder em que se baseiam nasce de uma fonte superior, que é a Constituição. Em outras palavras: a capacidade de iniciativa ou impulsão dispensa a obrigação de atender às imposições dos textos legislativos porque o conjunto das atribuições governamentais **ocupa uma posição constitucional equiparada à do legislador**. Diz-se que essas atividades estão fora da legalidade apenas para significar que não se subordinam aos atos legislativos propriamente ditos, **embora se mantenham dentro do ordenamento jurídico**, "já que a Constituição em que se apoiam é precisamente um dos fatores essenciais, a fonte fundamental dessa ordem jurídica".

Havendo a distinção entre as leis constitucionais e as leis ordinárias, necessariamente se diferenciam os atos de governo dos atos administrativos, exprimindo aqueles um **poder constitucional** e estes um **poder simplesmente legal**. Uns e outros são cumpridos dentro de uma noção ampla de administração, como atividades exercidas conforme o ordenamento jurídico. Ato de governo, sendo baseado na Constituição, também é ato executivo, no sentido geral e mais alto da expressão **poder executivo**. A legislação também poderia ser qualificada como administração, **lato sensu**, por executar a Constituição e ser nesta fundada. Mas essa equiparação é de todo injustificável pela presença de uma nota essencial e diferenciadora: **a Constituição reconhece ao legislador um poder indefinido**, seja quanto à variedade das decisões que poderá tomar, seja quanto aos objetos aos quais será extensível a sua atividade, enquanto que os atos de governo geralmente emergem de **autorização constitucional específica**, com objetos determinados, no desempenho de uma categoria particular de atribuições.

Cumpra ainda considerar que, da circunstância de nascer diretamente das normas constitucionais, não se deverá concluir que a autoridade governamental seja absoluta, **legibus soluta**, nem que esteja colocada **acima das leis**. Analisando as atribuições do Presidente da República, no tocante à negociação e ratificação dos tratados, de-



monstra CARRÉ DE MALBERG que os atos praticados no exercício dessa competência, conquanto fundados na Constituição, não têm a eficácia de modificar a legislação em vigor, tanto que aqueles tratados que afetarem matéria sujeitas à regulação pela lei formal, somente serão incorporados ao Direito francês mediante a intervenção do Parlamento. Embora seja o representante do Estado nas relações internacionais, não pode o Presidente da República, por via de tratados e baseado nas suas cláusulas, expedir atos não compreendidos na sua competência geral de editar regulamentos administrativos internos, impondo à França regras ou medidas que pertençam ao Poder Legislativo.

Em síntese, portanto, é inexata a afirmação de que os atos de governo escapam à exigência de respeito à lei. Esses atos decorrem de permissão especial e são taxativamente enumerados na Constituição. Quando, por exceção, o texto constitucional confere ao Presidente da República um poder mais genérico, como o de celebrar tratados, esse mesmo poder se restringe pela exigência de autorização das Câmaras quanto àqueles que importem em modificação do Direito interno francês.

Finalmente, reconhecendo que enquanto os atos administrativos, mesmo quando discricionários, estão sujeitos a recursos, notadamente por excesso de poder, ao passo que os atos de governo não podem ser examinados por nenhuma das vias jurisdicionais, explica CARRÉ DE MALBERG que essa situação se insere na própria ordem jurídica estabelecida na França pelo Direito positivo e se baseia, especificamente, no art. 26 da Lei de 24 de maio de 1872, reproduzindo disposição do art. 27 da Lei de 3 março de 1849, segundo a qual têm os Ministros o poder de reivindicar ante o Tribunal de Conflitos os assuntos levados à sessão contenciosa e que não pertençam à jurisdição administrativa, confiando assim, à jurisdição dessa corte, a discriminação entre aqueles atos políticos e os de natureza administrativa. Por outro lado, há no Direito Público francês, ainda a esse respeito, uma diferença capital entre os atos legislativos e os atos de governo: na falta de um órgão que seja superior às Câmaras, não há nenhum meio de reter o poder legislativo dentro da legalidade, enquanto que a autoridade do poder Executivo, ainda que no exercício das suas prerrogativas governamentais, está subordinada ao controle supremo do Parlamento, sem prejuízo das responsabilidades que reiaem sobre os Ministros de Estado <sup>(29)</sup>.

29) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Paris. 1920, págs. 523 a 548. Igualmente MANUEL MARIA DIEZ, aceitando o critério adotado por TH. DUCROCQ, caracteriza o ato político como sendo o de "execução direta de uma disposição formal da Constituição, enquanto que o ato administrativo resulta da execução de uma lei



7. **Conclusão: a despeito da sua origem constitucional, inexistem os atos políticos como categoria distinta de atos do Estado, subtraídos ao ordenamento jurídico do Estado** — A exposição doutrinária de CARRÉ DE MALBERG, não obstante elaborada sob a vigência da Constituição Francesa de 25 de fevereiro de 1875, sem dúvida oferece explicações ainda plenamente aceitáveis, quanto à origem e à posição dos atos de governo. Verifica-se que, embora derivados de fonte superior, estão eles limitados pela própria especificação taxativa do texto constitucional e, depois, pela competência dos órgãos legislativos, que não pode ser invadida, já que os atos de governo não se situam acima da lei ordinária. Todavia, ainda que submetidos ao ordenamento jurídico mantêm-se aqueles atos do Estado imunes ao controle de legalidade, ante expressa disposição do Direito positivo. O que têm reconhecido outros tratadistas franceses, sobretudo mais recentemente, é que os atos de governo, posto que não possam ser anulados, geram direito a indenização, pelos prejuízos decorrentes da sua execução, direito esse fundado na teoria do risco, isto é, na responsabilidade sem culpa, do poder público. Assim — acrescentam os autores consultados — vencida a tradicional timidez dos juízes, nesse campo, conquista-se nova avo-lução a que não se opõem a lei e os princípios gerais do Direito da França, inclusive porque amparada pelo postulado da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos <sup>(30)</sup>.

A verdade é que, na medida em que se tenha como inadmissível a sobrevivência de atividades do poder público à **margem do Direito**, perdem autoridade as doutrinas que, na atualidade, excluam os atos governamentais de toda a qualquer apreciação jurisdicional. A própria expressão **poder público**, de que é espécie o **poder constitucional** e em que se fundamentam os atos políticos, já supõe um poder criado e reconhecido pelo Direito, atuando segundo as suas regras, oposto ao poder simplesmente material, que opera mediante atos arbitrários, apoiados exclusivamente na força física e ilimitada <sup>(31)</sup>. É certo que, em princípio, o merecimento do ato de gover-

ordinária". Em sua longa exposição sobre a matéria, contesta as críticas opostas por ORESTE RANELLET, no sentido de que muitas constituições contêm normas cuja execução se se desdobraria em atos administrativos, como aquelas que facultam ao Presidente da República nomear e exonerar todo o pessoal da Administração Pública e expedir regulamentos. Pondera o especialista argentino que esses atos não são praticados sem apoio imediato em texto da Constituição: os primeiros estão regulados no estatuto dos funcionários, enquanto que os regulamentos referidos são exclusivamente os de execução, destinados a desenvolver lei já vigente (El Acto Administrativo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1961, págs. 509 e segs.). Contra essa orientação se manifesta AGUSTIN A. GORDILLO, oferecendo ampla demonstração de que, perante o Direito Constitucional de República Argentina, as atribuições conferidas ao Poder Executivo no corpo da Constituição, estão sujeitas à regulação do Congresso e se fundam na legislação (El Acto Administrativo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1969, págs. 226 e segs.).

30) PAUL DUEZ et GUY DEBEYERE, ob. cit., pág. 494.

31) Como afirma HERMANN HELLER, no Estado moderno o Direito representa, normalmente a forma necessária de manifestação de todo poder político que se queira garantir, tanto



no somente comporta exame de natureza também política. Mas ainda nesse caso, a revisão se fará mediante um procedimento juridicamente disciplinado, de modo a que prevaleça a decisão politicamente mais conveniente, conforme as regras de competência estabelecidas pela Constituição, sem prejuízo da coexistência de um juízo contencioso de reparação, ou mesmo de anulação, que assegure a preservação dos direitos e garantias individuais pela mesma Constituição especificados e restaure o Direito objetivo violado pelo ato de governo.

A história das instituições políticas da Inglaterra fielmente retrata a lenta mas contínua formação de um modelar Estado de Direito e democrático, mediante a progressiva eliminação do absolutismo monárquico pela transferência do poder político da Coroa para o Parlamento, ou mais precisamente, para a Câmara dos Comuns, constituída e periodicamente renovada através da eleição popular dos seus membros e que, por isso mesmo, como órgãos mais representativos do poder social, hoje realmente governa a grande Nação européia. Originariamente residente no Rei com o seu Conselho e como tal reconhecida pelo **Statute of Proclamations** de 1539, a autoridade legislativa era exercida sob a forma de ordenanças e proclamações e que, ainda sob o nome de decretos reais, coexistiram com a incipiente legislação do Parlamento e sobreviveram, por algum tempo, à própria revogação daquele ato, havido como manifestamente oposto ao espírito geral do Direito inglês. Com as limitações impostas às prerrogativas reais pela **Petition of Rights** de 1628 e pela Declaração de Direito (**Bill of Rights**) de 1689, o poder residual da Coroa (**residuary power**) ficou reduzido a alguns poucos atos políticos. Daí por diante definiu-se e vigorosamente se consolidou a **soberania do Parlamento**, expressa pela **supremacia da lei (the rule of law)**, como ato parlamentar ou, nominalmente, do Rei em Parlamento (**King in Parliament**). Ainda que fundada no prestígio da Câmara dos Comuns, como principal órgão legislativo e autêntico porta-voz da vontade nacional, a onipotência do Parlamento tem sido contestada por muitos tratadistas que sustentam, por exemplo, a invalidade das leis iníquas, contrárias ao Direito Natural e às tradições do **common law** <sup>(32)</sup>.

do ponto de vista técnico como do ético-espiritual. É a forma tecnicamente mais perfeita de dominação política. Assim, inclusive por razões técnicas, o poder do Estado é sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado. Todavia, por causa da sua função social, "o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade de sua própria subsistência, deve também preocupar-se da justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, quer dizer, procurar a legalidade." (Teoria do Estado, trad. bras. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo, 1968, págs. 287/8).

32) RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, Buenos Aires, 1947, págs. 3 a 15; A. V. DICEY, *Introduction C L'Étude du Droit Constitutionnel*, trad. franc. de André Batut et Gaston Jèze, Paris, 1902, págs. 45/6, 55/6 e 64 a 77.



Descrito e exaltado por suas virtudes, inclusive pelo BARÃO DE MONTESQUIEU em sua famosa obra **L'Esprit des Lois**, publicada em 1748, o sistema de governo da Inglaterra veio a se projetar na América e atingir ainda maior aperfeiçoamento graças ao labor dos colonos ingleses e seus descendentes que, reunidos em 1787, no Congresso de Filadélfia, fundaram a federação norte-americana substituindo a soberania do Parlamento e o império das suas leis pelo **primado da Constituição**, como sendo a suprema lei da terra (**the supreme law of the land**). Desse princípio básico, a Suprema Corte deduziu, em 1803, sob a liderança de John Marshall, o corolário inevitável do **controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais atos do Congresso**. Como bem demonstrou CHARLES A. BEARD, a anulação da lei inconstitucional pelos órgãos judiciais não significa uma usurpação da função legislativa, mas sim o exercício de um poder perfeitamente compatível com o novo sistema e que, embora não previsto no texto escrito da Constituição, está apoiado não só em precedentes da jurisprudência inglesa e em decisões dos tribunais de Estados norte-americanos, proferidas contra atos das suas legislaturas antes da organização da União, mas sobretudo no assentimento da maioria dos mais qualificados constituintes de 1787, favoráveis à revisão judicial dos atos do Congresso, como garantia do prevalecimento da Lei Maior sobre a legislação subordinada <sup>(33)</sup>.

Interessa ainda assinalar que o controle jurisdicional de constitucionalidade vem sendo ampliado para se estender às leis de **reforma da Constituição**. Se o poder constituinte é ilimitado, não o é o de emendar o texto constitucional. Apesar das discussões que subsistem sobre o assunto, tem-se como plenamente cabível o controle da constitucionalidade formal das reformas. Em sua monografia a respeito do tema, diz NELSON DE SOUZA SAMPAIO: "Toda reforma constitucional que desrespeite o processo prescrito para sua tramitação, por exemplo os requisitos para a iniciativa da proposta, número de discussões, maioria exigida para aprovação, necessidade de **referendum** popular, etc., está sujeita a ser declarada inválida pelo órgão encarregado de apreciar a sua constitucionalidade". Mesmo quando não haja interdições explícitas às propostas de reforma, sustenta-se a invalidade das emendas que afrontem certos princípios superiores, não escritos e que formam o que MAURICE HAURIOU denominou de **legitimidade constitucional**, de que participam, por exemplo, as declarações de direitos individuais, o princípio da divi-

33) CHARLES A. BEARD, *A Suprema Corte e a Constituição*, trad. bras. de Paulo Moreira da Silva, Rio de Janeiro, 1965, *passim*, especialmente págs. 45 e segs.



são de poderes, o da igualdade e publicidade do imposto. Por isso, "a própria lei constitucional não deve escapar ao controle do juiz; há ocasiões em que o controle poderia exercer-se sobre ela; por exemplo, quando a constituição tenha sido reformada irregularmente, sem observar os requisitos processuais, ou, quanto ao fundo, quando a emenda à constituição esteja em desacordo com essa **legitimidade constitucional** de que temos falado, que é superior à superlegalidade mesma, porque se compõe de princípios e os princípios são sempre superiores aos textos <sup>(34)</sup>.

Portanto, o atual estágio de desenvolvimento do Direito Público autoriza a afirmação de que o exercício da função legislativa está sujeito a uma disciplina jurídica-constitucional, que o limita sob vários e importantes aspectos. Na liberdade de criação e de fixação do conteúdo da lei já há algumas restrições, que são aquelas estabelecidas pela Constituição, ao conferir a iniciativa privativa para o processo legislativo ao Chefe do Poder Executivo e aos Tribunais, a respeito de certas matérias e, ainda, quando protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada <sup>(35)</sup>. Depois, está a elaboração legislativa subordinada aos requisitos de competência e de procedimento <sup>(36)</sup>, observando-se, quanto ao primeiro, que pelo nosso sistema o poder legislativo é distribuído entre a União, os Estados Federados e os Municípios <sup>(37)</sup>. Essas limitações, opostas pelo texto escrito da Constituição, sem dúvida oferecem um extenso campo propício à verificação jurisdicional da validade da lei. Uma vez verificado o vício de inconstitucionalidade, não será a lei aplicada pelo Poder Judiciário, podendo ainda cessar definitivamente a sua eficácia, **erga omnes** <sup>38</sup>, respondendo o Estado pelos danos causados em consequência da execução da norma legal declarada nula <sup>(39)</sup>.

A conclusão que, evidentemente se impõe, nesta oportunidade, é a de que, se está a lei sujeita à revisão jurisdicional, nada há que justifique a pretendida isenção do controle de validade, favorecendo atos do Poder Executivo, sob o pretexto de tratarem de ques-

34) NELSON DE SOUZA SAMPAIO, O Poder de Reforma Constitucional, Bahia, 1954, págs. 108 a 112.

35) Const. cit., arts. 57, 81, II, 115, II, *in fine*, 144, §§ 1.º e 6.º e 153, § 3.º.

36) ERNEST FORSTHOFF, *ob. cit.*, pág. 31; HANS Kelsen, *ob. cit.*, pág. 320; FRANCISCO CAMPOS, Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 1956, vol. 1, págs. 390 e segs.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, São Paulo, 1964, *passim*.

37) Const. cit., arts. 8.º, XVII, 13, § 1.º e 15, II.

38) *Idem*, art. 42, VII, pelo qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

39) C. A. LÚCIO BITTENCOURT, O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, atualiz. por José Aguiar Dias, 2.ª ed., 1968, págs. 147/8; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, Tratado de Direito Administrativo, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, vol. 1, págs. 436/7; MANOEL RIBEIRO, Direito Administrativo, Salvador, 1964, 2.º vol., pág. 199.



tões políticas e emanarem do exercício de um poder deferido diretamente pela Constituição. Afinal, é a lei um ato político por excelência derivado da mesma fonte suprema do Direito objetivo e gerado por órgão que, dada sua composição, especialmente nos regimes democráticos, devem exprimir com maior fidelidade e autoridade a vontade na Nação e do próprio Estado.

Se o legislador não pode ser privado da ampla, mas não ilimitada liberdade, que lhe é indispensável para a escolha e a criação da norma legal mais adequada à vida social, absurdo seria negar-se ao Poder Executivo a capacidade de iniciativa e de deliberação necessária à prática de atos de governo, e também de atos administrativos, pelos quais deva satisfazer os altos interesses públicos, com presteza e eficiência. Mas se a função legislativa é exercida com restrições, igualmente o desempenho das atividades do Poder Executivo deve comportar regulamentação e sanções. No Estado de Direito, todos os atos do poder público estão submetidos a um tratamento jurídico, abrangente da sua formação e da sua eficácia; somente se aperfeiçoam e produzem efeitos quando integrados pelos elementos definidos pelas normas constitucionais e legais e segundo as suas prescrições. Por isso mesmo, são suscetíveis de eliminação por razões baseadas exclusivamente no Direito.

Não há diferenciação substancial aceitável entre os atos de governo e os atos administrativos, quando o único fundamento a que se tem recorrido é o de que, pelos primeiros há **execução da Constituição**, enquanto que pelos outros há **execução da lei**. Se essa distância da norma constitucional é insuficiente para justificar uma quarta categoria de atos do Estado, também é insatisfatória para classificar os atos de governo como legislação, conforme propõe ADOLFO MERKL<sup>(40)</sup>, já que a lei, considerada sob o aspecto material, tem traços bem marcantes, acentuados pela doutrina tradicional e que nem sempre estão presentes naqueles atos. A função administrativa mantém com a atividade governamental pontos de afinidade que antes concorrem para aproximá-las do que para distingui-las. Em ambos os casos, o desempenho da função pública se opera em uma área de relativa liberdade, conscientemente outorgada pelo legislador. A autoridade administrativa, como a autoridade governamental, não está confinada ao cumprimento mecânico da norma superior, mas sim dotada de um e será de competência bastante am-

40) MERKL distingue a legislação da administração pela **distância** que as separa da Constituição. Negando reconhecimento aos atos de governos ou políticos, como participantes de um quarto poder e como atividade metajurídica do Estado, sustenta que as atividades apoiadas imediatamente na Constituição são legislação, embora nem sempre se revistam da forma da lei, enquanto que os atos executivos da lei formal ou são administração ou justiça ob. cit. págs. 13 a 42 e 62 a 83.



pla para que se manifeste sua capacidade decisória, inclusive através de declarações de vontade formadoras de negócios jurídicos e da criação de atos normativos que enriquecem o Direito positivo. Dispõe, enfim, de alta dose de **poder discricionário** que lhe permite proferir decisões baseadas em razões de conveniência, oportunidade, justiça, utilidade, conforme exijam as circunstâncias. Não atuam arbitrariamente, porém, já que os atos que deve praticar têm aspectos vinculados às prescrições da norma jurídica que, além da delimitação da competência, pode fixar suas formas, seus motivos, seus objetos. Acima de tudo, está juridicamente adstrita ao dever geral de dar atendimento aos interesses públicos que, em muitos casos, a Constituição e a lei também especificam.

Exercendo suas atribuições constitucionais, o Presidente da República nomeia Ministros e provê os cargos da Administração Pública Federal, segundo as formas e motivos estabelecidos na lei ordinária. Decreta a intervenção da União nos Estados federados e o estado de sítio, mas desde que verificados os pressupostos estabelecidos na Constituição, ao mesmo tempo que ele mesmo ou outras autoridades, exercem o poder de desapropriar ou requisitar bens, nos casos permitidos pela lei comum. Somente obrigam o Estado os tratados celebrados pelo Chefe do Poder Executivo e os contratos firmados pelo agente público competente, conforme designação da lei, não podendo esses atos conter disposições que contrariem o Direito interno nacional. Todos esses atos, que compreendem os de governo e os administrativos, são essencialmente iguais, perante a dogmática jurídica, embora possam ser regidos por ramos diversos do Direito Público, a saber, o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público e o Direito Administrativo. Desde que portadores de vícios graves, em relação a qualquer dos seus elementos — incompetência do agente, ilicitude da forma, do objeto, do motivo, incompatibilidade com o interesse público — poderão ser retirados do mundo jurídico como inválidos. Por outro lado, indenizará o Estado os prejuízos causados a terceiros, não só em decorrência da indevida execução de atos ilícitos, como também de atos válidos que importem em sacrifício excepcional dos indivíduos <sup>(41)</sup>.

Em certos casos, a sindicância de legitimidade das atividades do Poder Executivo pode ser realizada e mesmo se esgotar inteiramente no âmbito do Poder Legislativo. Assim, o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, efe-

41) A perda da propriedade e a cessão do uso de bens evidentemente comportam indenização, ainda que decorrentes de atos válidos de desapropriação e requisição. Segundo norma expressa da Constituição, a inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coação e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário (art. 159).



tuado sob o aspecto jurídico-contábil com o auxílio do Tribunal de Contas, não comporta nova revisão pelo Poder Judiciário, quanto aos pontos já examinados, segundo conceituados tratadistas <sup>(42)</sup>. Os atos atribuídos aos Presidente da República que, atentando contra a Constituição, tipificarem crime de responsabilidade <sup>(43)</sup>, serão também julgados definitivamente pelo Congresso Nacional, mediante decisão havida como política, mas que caracteriza o exercício de função jurisdicional, no sentido formal. Confirma PONTES DE MIRANDA que "os atos que se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são atos de processo, para **aplicação** de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública", não se tratando, **a fortiori**, "de instituto de coincidência da vontade popular com o governo, pelo qual esse tenha, moralmente (eficácia provável) ou juridicamente (eficácia necessária) de somente governar se essa é a vontade do povo, através do Parlamento..." <sup>(44)</sup>. Em outras situações, porém, a atuação do Congresso Nacional apenas traduz sua participação no procedimento jurídico exigido para a formação de atos do Poder Executivo, satisfazendo requisitos de validade <sup>(45)</sup>, ou simplesmente conferindo-lhes eficácia jurídica <sup>(46)</sup>, sem que possam esses atos ser excluídos do controle de validade, que é normalmente exercido pelo Poder Judiciário.

Na verdade, quando a atual Constituição, aliás reproduzindo regra da Carta anterior, categoricamente estatui, no seu art. 153, § 4.º, que **a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual**, consagra a entrega do monopólio da função jurisdicional aos órgãos que compõem aquele Poder, mas, além disso, **assegura a revisibilidade judicial de todos os atos do poder público**, apenas ressalvadas as raras exceções que o próprio texto constitucional estabelece. É claro que há em cada ato do Estado um aspecto discricionário, mais ou menos extenso, correspondente ao seu **mérito**, impenetrável ao exame jurisdicional porque, se assim não fosse, estar-se-ia fazendo do juiz um político ou um administrador, quando o que incumbe ao Poder Judiciário é con-

42) VICTOR NUNES LEAL, *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, 1960, págs. 223 a 239; M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos, pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1957, págs. 152, a 166.

43) Const. cit., art. 82.

44) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., 1953, vol. II, pág. 418,

45) A aprovação prévia, pelo Senado Federal, da escolha de magistrados e de outras pessoas para o exercício de cargos públicos, ou a autorização de empréstimos e de outras operações de interesse dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (Const. cit., art. 42, III e IV). Do controle do Poder Legislativo sobre a Administração Pública trata CAIO TÁCITO em trabalho apresentado perante o Seminário de juristas realizado em Buenos Aires em setembro de 1959, sob os auspícios da ONU (O Abuso de Poder Administrativo no Brasil, Rio de Janeiro, págs. 38 a 42).

46) A aprovação, pelo Congresso Nacional, do decreto de intervenção nos Estados e dos decretos-Leis expedidos pelo Presidente da República (Const. cit., arts. 12 e 55, § 1.º).



frontar o ato apreciado com as regras da norma positiva e os princípios do Direito aplicáveis ao caso, para daí extrair o julgamento de validade ou invalidade. Comentando o preceito do art. 141, § 4.º da Constituição de 1946, idêntico ao ora vigente, diz CARLOS MAXIMILIANO: "Também se não admite que uma norma ordinária declare insuscetível de revisão, pelo Poder Judiciário, um ato de Governo ou Administração, no ponto em que diga respeito a direito individual ou se contraponha ao mesmo. As atribuições chamadas **discricionárias** do Executivo, ou do Congresso, mantêm-se e acatam-se, porém quando não firam interesses legítimos de particulares. O princípio exarado no parágrafo 4.º é incontestado, dada a existência do **Estado de Direito (Rechtsstaat)**; corroboram-no em estatuto supremo, porque o Governo ditatorial de 1937 a 1945 retirou explicitamente, da esfera do Judiciário o exame da aplicação de leis determinadas efetuada por certos órgãos administrativos..." (47). A Constituição da República Argentina contém disposição semelhante, em seu art. 18 — **é inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos**. Analisando-a frente aos atos de governo, afirma AGUSTIN A. GORDILLO: "Esse princípio constitucional de tão clara formulação não é excecionado em norma expressa constitucional alguma: no conjunto conferem certas faculdades amplas do Poder Executivo, **mas nunca afirmam em artigo algum que o ato do Poder Executivo em consideração esteja isento de revisão judicial**. Em consequência, por um elementar princípio de lógica jurídica, se a regra geral é que deve haver defesa em juízo da pessoa e dos direitos, uma exceção a tal regra deve interpretar-se restritivamente e, ao menos, figurar **expressamente** contemplada em as normas pertinentes ao caso. Não existindo essa expressa exceção constitucional senão apenas vagas referências a outras questões, vão ser todos os esforços mentais que queiram forçar um texto constitucional até o significado de que o mesmo contenha em algum caso uma exceção categórica ao princípio geral" (48).

### A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO ESTRITO

8. **Critérios para a definição da Administração Pública** — Aqui não se tratará da Administração Pública naquela acepção ampla, identificada com o próprio Estado, na sua dinâmica, e compreensiva de todas as suas atividades, mas sim da **Administração Pública stricto sensu**, como função dotada de características jurídicas específicas. Nesse sentido, separada das demais atividades do Poder Executivo,

47) CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 5.ª ed. vol. III, Rio de Janeiro/São Paulo, pág. 61.

48) AGUSTIN A. GORDILLO, *ob. cit.*, págs. 195/6.



qualificadas como políticas, dentre as quais sobressaem as de natureza co-legislativa, será a Administração Pública apreciada sobretudo em contraste com a **legislação** e a **jurisdição**.

Com tal propósito, poder-se-á examinar a Administração Pública sob três aspectos fundamentais:

- a) **o subjetivo ou orgânico,**
- b) **o objetivo, substancial ou material, e**
- c) **o formal.**

#### **A Administração Pública em sentido subjetivo ou orgânico**

9. Sob esse aspecto, é a função pública considerada pela sua procedência, ou seja, pelo **sujeito** ou **órgão** de que emane. Embora se tenha como sujeito qualquer pessoa, como ser juridicamente capaz de direitos e obrigações, a designação se aplica especialmente ao Estado que, uma vez constituído, personificando a sociedade e a Nação, nasce perante o Direito como o **titular do poder público**. Acontece que o Estado nacional e as pessoas jurídicas autônomas que, em muitos casos, compõem a sua organização fundamental — a União, as Províncias ou os Estados federados, as Regiões e os Municípios ou Comunas — têm, em princípio, a capacidade do exercício simultâneo de mais de uma das funções em que se divide o poder público, compreendendo a legislação, a jurisdição e a administração, de modo que a identificação de cada uma delas somente pode ser feita, no sentido ora exposto, pelos **órgãos** em que tenham origem. As atividades federais, estaduais ou provinciais, regionais e municipais ou comunais, poderão ser, indistintamente, de natureza legislativa, jurisdicional ou administrativa, sem que possam ser determinadas pelas qualificações da pessoa pública que as produza. Portanto, a expressão — **critério orgânico** —, preferida por muitos escritores, além de ser tecnicamente adequada, é também bastante elucidativa.

O critério sugere que cada um dos órgãos públicos atue sempre e exclusivamente no exercício da sua função específica, isto é, firma-se na suposição de que as atividades dos órgãos do Poder Legislativo sejam invariavelmente legislação, as dos órgãos judiciais, jurisdição, enquanto os órgãos do Poder Executivo, que compõem o aparelho administrativo do Estado, somente exercem Administração Pública, em sentido material.

Todavia, como advertem os tratadistas, essa discriminação e consequente **especialização** de funções, conquanto teoricamente concebida por MONTESQUIEU como um sistema político de garantia da



liberdade, não tem aplicação na realidade prática, senão de modo relativo <sup>(49)</sup>. Os órgãos do Poder Legislativo desempenham atividades material e formalmente jurisdicionais e outras, consideradas de natureza administrativa quando, por exemplo, julgam o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, votam a lei orçamentária, concedem pensões e outros benefícios especiais a determinadas pessoas e decretam a desapropriação de bens <sup>(50)</sup>, que não se traduzem em atos normativos. Os Tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário exercem atividades substancialmente legislativas em diversos casos: elaborando regimentos internos e dispondo sobre a organização e a divisão judiciárias, baixando provimentos que disciplinam o exercício da competência dos juízes e das atribuições dos serventuários da justiça, expedindo instruções no âmbito da Justiça Eleitoral e julgando mediante sentenças normativas, pelas quais a Justiça do Trabalho resolve dissídios coletivos <sup>(51)</sup>. Além disso, esses mesmos órgãos produzem atos de organização e de administração interna dos seus serviços, incluindo os de provimento de cargos públicos <sup>(52)</sup>. O Poder Executivo, por sua vez, atua também através de atos materialmente legislativos, como os regulamentos e as instruções, e de caráter jurisdicional, de que são exemplos as decisões proferidas no julgamento de reclamações e de recursos dos particulares e funcionários, sendo certo que, em muitos sistemas, a justiça administrativa é exercida por órgãos especiais, situados no aparelho da Administração Pública.

O que se pode afirmar, pois, é que inexiste uma exata coincidência entre a distribuição das funções estatais e a do órgãos públicos, embora caiba a esses, em regra, o desempenho de uma função principal e preponderante, que é a que lhes dá tipicidade, como órgãos legislativos, jurisdicionais ou administrativos, sem prejuízo do exercício excepcional de atividades secundárias e estranhas às suas especializações. Daí porque, conforme expõe FRANCESCO D'ALESSIO, é a Administração Pública o complexo de órgãos a que **normal e prevalentemente** é conferida a função administrativa, pois ao lado da sua competência característica, podem ter e efetivamente têm, atribuições subsidiárias e contingentes. Mas como a classificação do órgão é deduzida com base na sua função principal, o conceito de Administração

49) BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *ob. e loc. cit.*, págs. 6 a 11.

50) Sobre as funções formalmente jurisdicionais do Congresso Nacional, v. *Const. cit.*, arts. 42, I e 82. Quanto à competência do Poder Legislativo para iniciar o procedimento da desapropriação, subsiste no Direito positivo brasileiro a disposição expressa do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

51) *Const. cit.*, arts. 115, incisos I a III, 142, § 1.º, 144, § 5.º; Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965), art. 1.º § único e art. 21. Sobre as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, v. *Const. cit.*, art. 142, § 1.º e Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), Tit. X, Cap. IV, especialmente o art. 868.

52) *Const. cit.*, art. 115, incisos I a III.



Pública poderá ser adotado, com maior aproximação à realidade, nestes termos: "o complexo dos órgãos estatais que têm como sua competência característica (normal e precípua), a de desempenhar funções administrativas" <sup>(53)</sup>.

Convém notar, porém, que ao lado do Estado nacional e das entidades em que esse imediatamente se desdobra, segundo a Constituição, há outras pessoas jurídicas, como as **autarquias**, que mediante um processo de descentralização realizado na área de atuação do Poder Executivo, são criadas pela lei para o exercício exclusivo da Administração Pública, como atividade estatal. Em consideração a esses sujeitos, que devem ser acrescidos aos órgãos daquelas pessoas públicas maiores, destinados ao desempenho da função administrativa, poder-se-á definir a Administração Pública, em sentido subjetivo ou orgânico, como sendo **o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas que, por determinação direta da Constituição ou da lei, têm como competência específica a do exercício da atividade administrativa do Estado.**

Desse conceito somente participam, portanto, as denominadas, com propriedade, **pessoas administrativas**, que são as pessoas jurídicas "prepostas de modo imediato à atividade de administração pública", excluídas aquelas outras que, sem designação direta da norma constitucional ou legal, exercem a mesma atividade estatal por via de simples ato administrativo ou, como diz RUY CIRNE LIMA, através de um **negócio jurídico intermediário**, como é o caso da concessão de serviços públicos <sup>(54)</sup>.

#### **A Administração Pública em sentido objetivo, substancial ou material**

10. **Explicação do critério** — Se a virtude maior da teoria da divisão do poder público consiste na distribuição das suas diferentes funções, tanto quanto possível, entre órgãos separados, independentes e especializados, como garantia contra o arbítrio dos agentes do Estado, é de manifesta evidência que a aplicação do princípio exige uma especificação de cada uma dessas funções, **segundo a sua natureza**. Por isso, os cientistas da Política e do Direito têm dedicado o seu esforço e a sua inteligência no sentido de definir a legislação, a jurisdição e a administração por sua **substância**, ou melhor, pelas suas características materiais. O que mais interessa é distinguir cada órgão **por seu objeto**, isto é, mediante uma especificação do conteú-

53 FRANCESCO D'ALESSIO, *Intituciones di Diritto Amministrativo Italiano*, sec. ed. riv. e amp., vol. I, Torino, 1939, pág. 15.

54) *Princípios de Direito Administrativo*, cit., págs. 63 a 66.



do da função que deve exercer, a permitir a preponderância de um princípio inverso daquele indicado pelo critério subjetivo ou orgânico: serão legislativos, jurisdicionais ou administrativos e, em consequência, localizados nos diferentes setores estruturais do Estado — Poder Legislativo, Judiciário ou Executivo —, os órgãos destinados ao desempenho, respectivamente, da função legislativa, jurisdicional e administrativa, considerada cada uma delas sob o aspecto material. O desejável, em suma, é que **a função determine a classificação e a distribuição do órgão.**

A definição da Administração Pública, em sentido objetivo, impõe o seu exame no processo total de atuação jurídica do Estado, frente à sociedade e que, sob a Constituição, se desenvolve basicamente **pela criação e execução da lei.**

11. **A intervenção do Estado na sociedade** — O Estado moderno não mais considera a realidade social como simples dado, mas **como o objeto da sua atividade conformadora**, pela qual é a sociedade modelada, no sentido de aperfeiçoá-la segundo um ideal de justiça. Contudo, como salienta ERNEST FORSTHOFF, essa intervenção estatal não se cinge à prática de atos concretos, como o de desapropriação de bens, a expedição de um alvará de polícia, mas significa uma modificação mais ampla, dirigida à totalidade ou a uma parte considerável da ordem social, de modo a estabelecer o relacionamento entre os indivíduos e destes com o Estado, **no âmbito de uma situação geral e permanente** <sup>(55)</sup>.

Se bem que o Estado e a sociedade sejam estudados separadamente, por ramos distintos da ciência, a verdade é que formam, em conjunto, uma unidade fundamental: o elemento **estatal**, que se manifesta como **jurídico** e o **social**, como **extrajurídico**, são dados que se completam, como aspectos inseparáveis de um todo <sup>(56)</sup>. Assinala-se, sobretudo na atualidade, a recíproca influência entre o Estado, pelo Direito, e a sociedade, na sua composição integral, suscitando temas importantes, como os da **socialização do Direito**, da **publicização do Direito Privado**, do **individualismo social**, da **Democracia social**, pelos quais tem-se insistido no sentido de que a função organizadora das normas jurídicas, realizando a justiça comutativa e, principalmente, a **justiça distributiva**, deve refletir não só os interesses das classes sociais, econômica e politicamente superiores, mas também as aspirações dos indivíduos que formam os demais segmentos da sociedade, incluindo os grupos minoritários. E isso para que fique

55) ERNEST FORSTHOFF, ob. cit., págs. 96 e segs.

56) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madrid 1962, 91/2.



assegurado um mínimo de igualdade social, compreendendo a generalização de oportunidades, sobretudo quanto à educação e ao trabalho com dignidade e, por esses meios, o acesso ao bem-estar e à prosperidade <sup>57</sup>.

A intervenção do Estado se justifica sempre que o elemento social não desenvolva uma atividade conveniente, isto é, compatível com certos padrões de cultura e de justiça e é realizada mediante normas jurídicas que estabelecem uma dupla relação: a) de **paralelismo**, pela qual essas normas "surgem no sentido paralelo à força social e se limitam a assegurar, reforçar ou compor organicamente os fatores extrajurídicos da sociedade", **formando o Direito Privado**; b) de **complementação (complementaridad, em espanhol)**, para a execução de objetivos não atingidos pelo livre jogo das forças sociais e quando as normas **constituem o Direito Público**. Segundo FERNANDO GARRIDO FALLA, cujas lições estão sendo seguidas, as normas jurídicas deste último tipo somente são estatuídas pelo Estado, impondo determinadas formas de atuação do particular, quando ficar demonstrado que a sociedade, "por suas próprias forças, é incapaz de realizar um fim de utilidade pública" (<sup>58</sup>).

Por outro lado, como essa intervenção é alcançada exclusivamente através de normas que, presumidamente, estejam impregnadas dos sentimentos e das aspirações da sociedade, justifica-se o abandono da distinção das atividades do Estado, entre as **jurídicas** e as **sociais**. Como ensina HANS KELSEN, não há fim algum que possa o Estado estabelecendo e aplicando normas de Direito Civil ou Penal ou de **fins jurídicos**, que consistiriam na garantia e proteção do Direito, também constituem **apenas meios** a serviço de fins que transcendem o o Direito e que são designados como **fins de poder ou de cultura**. Estabelecendo e aplicando normas de Direito Civil ou Penal ou de Direito do Trabalho ou Administrativo, o Estado ora obriga o devedor moroso a satisfazer suas obrigações ou pune ladrões e assassinos, ora impõe sanções ao empregador que inobservou as condições de segurança do trabalhador, ou constrange os indivíduos a se submeterem a tratamentos médicos e a vacinações periódicas, curando e prevenindo doenças. Em todas essas situações, cumpre o Estado, por igual, seus fins de cultura. Se o chamado fim cultural não é alcançado senão pelo Direito, também o fim daquela atividade classificada como jurídica, em sentido estrito, ou seja, o fim de criação de nor-

57) GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, trad. port. de L. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961, vol. I, pág. 104 e págs. 173 e segs. Sobre a essência finalista (cultura) do Direito, pela qual este, como Direito **sociológico**, se distingue do Direito meramente **formal**, v. WILHELM SAUER, *Filosofia Jurídica y Social*, trad. de Luiz Legaz Lacambra, Barcelona, 1933, págs. 208 e segs.

58) FERNANDO GARRIDO FALLA, ob. cit., págs. 93/4.



mas jurídicas gerais, de Direito Civil, Penal, do Trabalho ou Administrativo e sua aplicação pelos tribunais "não é outra coisa que isso que se denomina vagamente com o nome de cultura". Em ambos os casos — o da criação e aplicação do Direito —, "o que constitui o fim verdadeiro não é a execução ou o castigo, mas a vida, a saúde, a honra, a economia, em uma palavra, o bem-estar dos cidadãos, que devem ser assegurados contra os ataques que possam causar-lhes danos" (59).

**12. A intervenção do Estado pela legislação, completada pela jurisdição** — Se é verdade que o Estado e o Direito são conceitos paralelos e se, como reafirma WILHELM SAUER, a norma jurídica, já na sua elaboração, é penetrada pelo elemento teleológico, que a orienta no sentido da cultura (60), também é certo que essa finalidade superior do Direito é plenamente atingida mediante uma intervenção do Estado em determinados setores sociais que se desdobra em apenas dois momentos: o primeiro, realizado pela legislação e o segundo, por via da jurisdição. Realmente, o que se nota é que a consecução, pelo Direito, de muitos dos fins do Estado é satisfatoriamente conquistada pela lei, operando a jurisdição como via complementar e de caráter instrumental, na aplicação coercitiva da norma jurídica. (61). Assim, por exemplo, quando a lei penal incrimina o lenocínio, a greve nos serviços públicos, o preconceito racial, o tráfico e o comércio de substâncias entorpecentes, ou quando as leis civis e trabalhistas limitam a liberdade contratual, na locação de prédios urbanos ou nas relações de emprego, em proveito de locatários e empregados, os fins do Estado, na preservação de certos valores culturais, são geralmente atendidos pela simples atuação do fator intimidativo, próprio das regras jurídicas imperativas. A eventual violação das normas de Direito não frustrará, de modo irremediável, o cumprimento dos objetivos estatais colimados, porque essas mesmas normas legitimarão a iniciativa dos indivíduos e de órgãos públicos, no sentido de ser obtida a prestação jurisdicional garantidora da ordem jurídica, pela qual será restabelecida a eficácia dos mandamentos legais, ou reparadas as ofensas aos interesses protegidos, pela imposição de sanções penais ou civis aos infratores da lei.

59) HANS Kelsen, ob. cit., págs. 55 e segs. Convém lembrar a contribuição do Direito Penal, em proveito da satisfação dos fins culturais do Estado. Com suas leis, dotadas de preceitos próprios e que não se limitam a sancionar ou reformar os das outras disciplinas jurídicas, na proteção dos bens fundamentais do homem, tem o Direito Penal, com autonomia normativa, o fim superior de defender a sociedade e os seus interesses mais valiosos. Não pode ser compreendido isolado dos seus pressupostos éticos, sociais econômicos e políticos, já que está inteiramente "imerso nos valores que exprimem um determinado ambiente cultural" (GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, trad. bras. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, 1966, vol. I, págs. 4 a 6); GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1950, t. I, pág. 121.

60) WILHELM SAUER, ob. e loc. cit.

61) FERNANDO GARRIDO FALLA, ob. cit., págs. 96/7.



13. **A lei como norma jurídica em sentido material** — A legislação tem sua expressão na **lei**, como fonte primária do Direito, no Estado moderno. Sob o aspecto substancial, é a lei o ato do Estado que contém normas jurídicas, isto é, **regras gerais e abstratas**, que têm por fim estabelecer o Direito <sup>(62)</sup>. Segundo as lições de FRANCESCO CARNELUTTI, nasce o Direito da combinação da **regra** e do **comando**. A regra é o **prius** lógico do fenômeno jurídico e é por meio dela que o Direito aprofunda sua raiz na Justiça, que não é um dado subjetivo (a justiça segundo cada homem), mas é uma **força de espírito**, manifestada pela consciência do modo mais completo e perfeito. Se no seio de uma coletividade humana forma-se uma opinião comum, não obstante alguns juízos divergentes, daí se deriva a idéia de **Justiça social, que é a fonte da regra**. Mas a regra não basta, pois os homens em conflito podem deixar de segui-la, ainda que a tenham como justa. Por isso, deve ser integrada pelo comando, expresso pela palavra latina **ius**, que se manifesta de dois modos: a) concretamente, quando dirigido à composição de um único conflito de interesses (entre Tício e Caio); b) pelo comando abstrato, que não é dirigido a Tício e Caio, mas aos que se encontrem em uma situação dada. Neste último caso, o comando não encontra na regra apenas seu **prius**, **mas o seu próprio conteúdo** e, então, tem o nome de **norma jurídica** <sup>(63)</sup>.

A função legislativa se manifesta produzindo preceitos reguladores das atividades humanas de modo absolutamente obrigatório e que têm como características a generalidade e a "abstratividade", se assim podem ser traduzidas as expressões da língua italiana **generalità ed astrattezza** <sup>(64)</sup>. Além das normas constitucionais, há aquelas instituídas pelo legislador ordinário, compondo os esquemas genéricos e que, por isso, tem o caráter de normas gerais, abstratas e obrigatórias, ordenando a vida coletiva, "no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas" <sup>(65)</sup>. Como uma das espécies dos atos jurídicos do Estado, o ato legislativo, ou **ato-regra**, na terminologia de LÉON DUGUIT e de GASTON JÈZE, é "toda manifestação de vontade que, no exercício de um poder legal, cria ou organiza uma situação jurídica geral, impessoal e objetiva" <sup>(66)</sup>.

Formada por um conjunto de normas gerais e abstratas, tem

62) ALBERT AFFOLTER, *Eléments de Droit Public Suisse*, trad. franc. de Edouard Georg, Berna, 1918, págs. 122/3.

63) FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1936, vol. I, págs. 13 a 17.

64) LUIGI RAGGI, *Diritto Amministrativo*, col. I, Padova, 1936, págs. 12 a 15.

65) JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 18.

66) GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. argent. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, 1948, vol. I, págs. 32/3.



ainda a legislação, como corolário, o caráter **preventivo**: na regulação da conduta humana, somente dispõe, em princípio, **para o futuro**, mediante a definição prévia dos direitos e obrigações, como garantia de certeza do Direito e contra um tratamento arbitrário dos casos concretos.

A característica do regime da legalidade, que consiste na limitação da liberdade individual de modo impessoal, tem manifesta vinculação com o **princípio de isonomia** ou de **igualdade das normas legislativas**. A aplicação desse princípio, de **igualdade civil**, não significa o nivelamento dos indivíduos que são portadores de qualidades diferentes. A igualdade de que se trata é a **igualdade formal**, ou seja, a **igualdade de direitos e não a igualdade de fato**.<sup>67</sup> Quando eu digo — escreve JEAN JACQUES ROUSSEAU —, que o objeto das leis é sempre geral, eu entendo que a lei considera os sujeitos incorporados à coletividade (**en corps**) e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular. Assim, a lei bem pode estatuir que haverá privilégios, mas não pode concedê-los nomeadamente (individualizando os privilegiados); a lei pode dividir os cidadãos em muitas classes e mesmo assinalar as qualidades que dão direito a essas classes, mas não pode nomear os que podem ser nelas admitidos: ela pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real. Interpretando o pensamento de ROUSSEAU, informa ESMEIN que pode a lei deixar de conter disposições aplicáveis indistintamente a todos os cidadãos, já que o condenável é estatuir favorecendo ou desfavorando um indivíduo determinado, ou sobre um ato concreto, isoladamente considerado (<sup>67</sup>). A igualdade civil, imposta ao legislador (<sup>68</sup>), é a **jurídica** que, como ressaltou RUI BARBOSA, não consiste senão “em quinhoeirar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem” (<sup>69</sup>).

14. **A jurisdição como instrumento de garantia da ordem jurídica** — É inegável o caráter essencialmente obrigatório de todas as normas jurídicas, sejam costumeiras, ou elaboradas pelos órgãos estatais, no exercício da atividade legislativa — que são, aliás, as que atualmente predominam — por traduzirem elas manifestações qualificadas da vontade coletiva cuja supremacia sobre a dos indivíduos, singularmente considerados, constitui a condição necessária da pacífica convivência social. Como portador daquela vontade su-

67) A. ESMEIN, ob. cit., págs. 988 a 990.

68) Const. cit., art. 153, §1.º.

69) RUI BARBOSA, *Oração aos Moços*, apud PAULINO JACQUES, *Da Igualdade Perante a Lei*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1967, pág. 7, GUSTAV RADBRUCH, ob. e loc. cit., págs. 173 e segs., defendendo a igualdade social.



perior, cabe ao Estado não só acolher e formalmente produzir as regras que devam compor o Direito objetivo nacional, mas também assegurar o seu império, isto é, a sua executoriedade, tomado esse vocábulo na sua exata significação, para indicar que a norma jurídica é coercitivamente oponível a todos quantos resistam à força do seu comando. "Desde que existe a norma jurídica — confirma BIELSA — ela deve ser cumprida ou obedecida; a chamada **obrigatoriedade** é um dos caracteres essenciais da norma jurídica; de modo que a observância do direito não está liberada à espontaneidade, à vontade e ao arbítrio dos indivíduos, senão que também o seu cumprimento está assegurado pelo Estado, detentor legal da coação e fonte única do direito" (70).

A característica da obrigatoriedade, própria da norma jurídica, tende a realçar, sobretudo quando associada à função jurisdicional, por assim dizer, os aspectos mais negativos da conduta humana, relacionados com a prática dos atos ilícitos e com as medidas de reparação e sanção, que devem ser impostas pelo Estado, através do processo contencioso e em proveito das pessoas lesadas. Mas essa idéia de repressão, especialmente quando aparece ligada à defesa de interesses legítimos ou direitos subjetivos, não é a que deve dominar quando se trata de fundamentar a intervenção jurisdicional do Estado.

Com explica CARNELUTTI, a vantagem do comando abstrato, representada pelo prévio conhecimento da regra pelos indivíduos, não resolve todos os conflitos de interesses. Além das dificuldades técnicas na elaboração preventiva da regra, que deve ser conduzida no sentido de que ela contenha exaustiva e exclusivamente todos os casos que devam ser contemplados, deve-se convir que a necessidade de um certo grau de rigidez do comando abstrato implica na inevitável omissão de uma infinidade de situações ocorrentes na vida social e, em consequência, no sacrifício da justiça na composição do conflito singular isto é, no sacrifício do princípio da igualdade de todos perante a lei, em benefício da **certeza** da regra imposta. Por fim, cumpre considerar que o comando abstrato não pode operar praticamente sem a colaboração dos indivíduos, realizável mediante a aplicação da norma jurídica, ou seja, pelo confronto entre o caso concreto e a hipótese prevista, para que se saiba se o comando deve ser obedecido, ou não. Mas aí há o perigo de que a aplicação feita pelos dois titulares dos interesses em conflito ofereça resultados diversos, produzindo um fenômeno de **incerteza** que paralisa a ação

70) RAFAEL BIELSA, ob. cit., vol. 1, pág. 136.



da norma. Se bem que a rigidez da norma jurídica possa ser temperada, para adquirir maior elasticidade, quando a sua atuação é conferida à vontade do titular do interesse protegido, isto é, do **direito subjetivo**, aquela incerteza somente é corrigível desde que a sua aplicação seja feita de modo imperativo, **pelo juiz**, mediante o chamado **processo declarativo** do Direito, que é o que normalmente prevalece. Nesse caso, ou seja, pela aplicação judicial da norma jurídica, de **caráter obrigatório e vinculativo**, o comando abstrato se individualiza e se transforma em concreto, sendo o juiz a **vox legis** para o caso singular, declarando o que a seu respeito quer o Direito objetivo (17).

Dessas lições se deduz, desde logo, que o processo e, portanto, a função jurisdicional, não tem como escopo principal a tutela dos interesses das partes, mas sim **a garantia da norma jurídica**. "A função pacificadora do processo existe — admite PONTES DE MIRANDA —, mas é mediata. Imediata é função "realizadora do direito objetivo" (72). Conclui-se então, com JOSÉ FREDERICO MARQUES que depois de abolida a solução privada dos litígios, a jurisdição apresenta o caráter de **função secundária e instrumental**, como a **longa manus** da lei, pois o seu exercício visa "tornar-efetiva a função primária que foi exercida, pelo órgão legislativo quando formulou a regra abstrata "que deve disciplinar determinada situação jurídica. A jurisdição, portanto, não traduz atividade tendente a tutelar o direito subjetivo. A ordem jurídica, quando incerta ou violada, é que exige o seu funcionamento e a atividade de seus órgãos. Restaurado o império da lei, surge, como consequência, o amparo ao direito individual que a norma jurídica tutela. O direito subjetivo serve de estalão para justificar o pedido de prestação jurisdicional." (73)

Outra e importante observação que merece destaque é a de que, na verdade, a norma jurídica de Direito material, em regra ge-

71) FRANCESCO CARNELUTTI, ob. e loc. cit., págs. 18/19 e págs. 133/4. Conforme explica esse mesmo autor, em outra obra, no princípio a legislação e a jurisdição tinham idêntica significação substancial, pois a formação da ordem jurídica estava confiada por inteiro ao juiz, a quem se dirigiam as partes para saber qual delas tinha razão e à qual caberia a sanção pela violação da ordem ética. Ao expressar seu juízo, o magistrado prescrevia ou dizia o Direito. Nessa posição, contrastando as razões das partes, o juiz **iubet** e, por isso, **ius dicit**, pois não há acima dele nenhum legislador e não se percebe a diferença entre o **ius dicere** e o **legem ferre**. Somente mais tarde, com a edição de ordens abstratas, sem a intervenção dos interessados, distingue-se a função do juiz da do legislador e as partes não mais pedem ao primeiro a formação **ex-novo** da ordem jurídica, senão apenas sua comprovação. Então o **ius dicere** do juiz se converte, realmente, em uma função inconfundível com a do legislador e a jurisdição acaba por contrapor-se à legislação (FRANCESCO CARNELUTTI, Teoria General del Derecho, trad. do italiano por Francisco Javier Isset, Madrid, 1955, pág. 82).

72) PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1947, vol. I, pág. 13.

73) JOSÉ FREDERICO MARQUES, Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo 1959, págs. 53 a 57.



ral, é dirigida, em primeiro lugar, diretamente aos indivíduos, impondo-lhes a conduta social desejada e a fim de que pela atuação deles se concretize a vontade expressa no comando geral e segundo a regra estabelecida. É o que demonstra GIUSEPPE CHIOVENDA, servindo-se ainda da idéia fundamental do direito subjetivo, para dizer que a **vontade concreta da lei** não se manifesta **imediatamente** pela atuação do juiz, mas sim pela atividade dos indivíduos, ou melhor, dos destinatários do preceito normativo, que exprime uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos. Sempre que se verifica o fato, ou o grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, isto é, uma vontade particular, que tende a atuar no caso dado, baseada naquela vontade geral. Assim, a cada estipulação de compra e venda corresponde a formação de uma vontade concreta da lei, em virtude da qual aquele determinado comprador deve ter a coisa e aquele determinado vendedor deve receber o preço. A todo ato ilícito corresponde a formação de uma vontade da lei, mediante a qual aquela determinada pessoa lesada pelo ato culposos deve ser ressarcida do dano. A morte de todo indivíduo, combinada com uma manifestação de última vontade daquele, faz nascer uma vontade concreta da lei, em virtude da qual os direitos do defunto passam aos herdeiros. "Pois bem: o processo civil, formado pela demanda de uma parte (autor) frente a outra (demandado), serve exatamente, não já a **fazer concreta** a vontade da lei, posto que essa vontade já está formada como vontade concreta, com anterioridade ao processo, **senão a declarar qual seja a vontade concreta da lei** (estes últimos grifos não são do original) e a fazê-la atuar, quer dizer, traduzí-la em ato; já seja a vontade da lei, afirmada pelo autor, que se existe, é atuada com a **admissão da demanda**, ou, em caso contrário, a vontade negativa da lei, manifestada com a **desestimação (desestimación, segundo a tradução espanhola) da demanda**". (74) Confirma-se que ao proferir a sentença, "a missão do juiz não é a de concretizar normas jurídicas **abstratas**, mas sim a de declarar que a **vontade da lei se concretizou no fato jurídico**, no momento em que se deu a incerteza, a ameaça, ou a violação do direito"(75). Em outras palavras, assim se manifesta LUIS LEGAZ LACAMBRA: "A ordem jurídica é una; mas em sua fase "legal" aparece sob um ponto de vista abstrato e estático que não expressa toda sua realidade. A realidade do Direito, com efeito, não consiste na realidade que corresponde aos preceitos jurídicos, senão na realidade que esses ad-

74) GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, 2.ª ed., Madrid, 1948, vol. 1.º, págs. 2/3.

75) ALFREDO BUZAID, *Estudos de Direito*, vol. 1, São Paulo, 1972, pág. 191.



quiem graças à atualização e dinamização que recebem **nas relações jurídicas e no processo**"<sup>(76)</sup>

15. **A intervenção administrativa do Estado. Poderes gerais da Administração Pública** — A afirmativa de que é através do ordenamento jurídico que o Estado conquista os seus fins de cultura faz supor que a realização do Direito, seja quando oportuna e fielmente acatado pelos seus destinatários, seja quando declarado e imposto pelo processo jurisdicional, é suficiente para consumir a satisfação daqueles objetivos. Isso é certo ressalvando-se que, além de regular as atividades privadas, o **Direito também se dirige ao próprio Estado**, com o mesmo caráter coercitivo, para definir e disciplinar suas ações, no sentido de assegurar o atendimento de interesses comuns dos indivíduos em sociedade, que não pode ser convenientemente alcançado pela iniciativa e pelo esforço de cada um deles, sem uma força superior que os coordene e oriente. Efetivamente, ao lado dos interesses individuais lícitos, porque conciliáveis com a boa convivência social, estão os **interesses públicos**, pertinentes ao todo social e que, por suas qualificações, **são incorporados aos fins do Estado**, que assume o encargo de satisfazê-los.

Como ensina SILVIO LESSONA, para que haja interesse público é preciso que o Estado inclua um determinado **interesse coletivo** entre os seus próprios escopos, absorvendo-o diretamente na atividade dos seus órgãos ou atribuindo-o a pessoas jurídicas menores<sup>77</sup>. Criando o Direito, exerce o Estado, apenas um fim próximo, ou melhor, recorre a um **meio (Rechzweek)**, para atingir seus **fins últimos**, de desenvolvimento da força social (Culturzweek), inclusive suprimindo as deficiências dos indivíduos e, afinal, justificando a sua própria existência<sup>(78)</sup>. O cumprimento desses fins depende, portanto, não só dos empreendimentos privados, orientados pela ordem jurídica, mas também da ação estatal dirigida pelo Direito no sentido da **satisfação concreta dos interesses públicos**. O conjunto dessas atividades práticas, realizadas diretamente pelo Estado, em busca da **utilidade coletiva ou pública** configura a segunda forma de intervenção no âmbito da sociedade, definida como **intervenção administrativa** e que é exercida pela Administração Pública.

Essa intervenção do Estado no elemento social requer o emprego de **poderes jurídicos**, que são conferidos às entidades prepostas à

76) LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1953, pág. 615. Os grifos não são do texto original.

77) SILVIO LESSONA, *Introduzione al Diritto Amministrativo e sue Strutture Fondamentali*, Bologna, 1960, pág. 42

78) LOREZO MEUCCI, *Instituzione de Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Torino, 1909, pág. 42.



atividades da Administração Pública e presidem as suas relações mútuas, bem como aquelas estabelecidas com os particulares, manifestando-se sob as diferentes formas, já explicadas pela teoria geral do Direito. A primeira e mais autêntica expressão desses poderes é, sem dúvida, a **potestade (potestas)**, consistente em um **iubere**, isto é, em um poder abstrato e geral de mandar, de dar ordens exercido unilateralmente e **erga omnes**, próprio de todo poder público, fundado no poder de império (**imperium**), presente nas diversas manifestações do Estado, seja legislando, seja julgando, seja administrando e que, no caso, corresponde ao **poder-dever**, inerente a uma **função** tutelar de interesses que, de fato, pertencem à sociedade e cuja supremacia situa a pessoa administrativa em uma posição de superioridade nas relações jurídicas que mantenha com os indivíduos. De tais poderes não está excluído o **direito subjetivo**, quer favorecendo o Estado, pela sujeição da vontade de pessoas determinadas, quer atuando em sentido inverso, quando o sujeito ativo das relações jurídicas pode exigir-lhe certas prestações<sup>(79)</sup>. Assim — reafirma BIELSA — age o Estado de dois modos gerais: a) em virtude de sua **autoridade** ou império, que dizer, por sua própria decisão, que é a expressão genuína de sua potestade, quando não exerce direitos subjetivos, senão um poder e por isso não precisa invocar personalidade jurídica alguma, nem mesmo pública; b) em virtude da sua **personalidade**, quando adquire direitos e contrai obrigações, operando no campo do Direito Internacional ou interno, do Direito Público ou Privado. Atuando no domínio do Direito Público **interno**, o Estado **sempre se coloca em situação prevalente**<sup>(80)</sup>. Realmente, inclusive quando exerce atividade administrativa pública, o Estado jamais se despoja do seu poder de império, presente ainda quando estabeleça relações concretas com terceiros e que se sobrepõe, em princípio, aos direitos subjetivos individuais. Atuando com tal poder, modifica o conteúdo desses direitos alheios, podendo inclusive extingui-los, mediante as compensações patrimoniais adequadas. Nesse sentido se pronuncia RUY CIRNE LIMA, ao proclamar que a relação de administração, em se tratando do Estado, isto é, de Administração Pública, regulada pelo Direito Administrativo, **domina e paralisa a de direito subjetivo**. Assim, por exemplo, as vias de comunicação e os espaços livres que integram os planos de loteamentos de terrenos particulares tornam-se bens públicos inalienáveis, depois do registro das respectivas plantas no albo imobiliário, pertençam

79) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, cit., págs. 195 e segs.; SILVIO LESSONA, ob. cit., págs. 16/17; F. SANTORO PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil*, trad. port. de Manuel de Alarcão, Coimbra, 1967, pág. 54; GUIDI ZANOBINI, *Corso di Diritto Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed. Milano, 1948 Vol. I, págs. 143 a 145.

80) RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1952, vol. III (*Derecho Constitucional*), págs. 21/2.



a quem pertencerem. É indiferente quem seja o proprietário da coisa vinculada ao uso público, pois a relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de direito subjetivo. <sup>(81)</sup>.

**16. Modalidades de intervenção de Administração Pública, como atividade concreta** — Conforme vem de ser exposto, é o Estado investido pelo Direito de poderes que o habilitam a realizar concretamente, pela sua própria organização, determinados fins de cultura. Certamente reflete o Direito exigências sociais, formalizando decisões políticas, por sua vez fundadas na ideologia e nos interesses nacionais dominantes. Em tese, pode a lei limitar-se "a obrigar os indivíduos e determinada conduta (que fomenta o fim de poder ou de cultura), isto é, a cumprir só mediata ou indiretamente o fim de administração (realizando a **administração indireta**, na expressão de Kelsen), como também pode estabelecer, realizar diretamente os fatos que fomentam aqueles fins. O Estado pode construir hospitais e atender enfermos, criar escolas e difundir o ensino, explorar ferrovias, etc. (realizando então, ainda na concepção de Kelsen, a **administração estatal direta**, que corresponde ao conceito **material** de Estado). Mas ainda nesse caso, são normas coativas gerais e individuais as que garantem a conduta desejada. A particularidade consiste em que dita conduta é dever dos órgãos profissionais, estabelecidos para exercer essa atividade, pagos do orçamento do Estado. Do ponto de vista jurídico-técnico, importa averiguar se os particulares estão obrigados, sob alguma pena, a criar escolas e manter professores, ou se tudo isso é o conteúdo de certos deveres dos funcionários, cuja realização esteja garantida pelo Direito disciplinar (e pelo Direito Penal, acrescente-se); se os gastos são custeados por particulares ou correm por conta do orçamento estatal."<sup>(82)</sup>. Tratando de serviços públicos, na concepção ampla que adota, acentua porém LÉON DUGUIT a **obrigação** que tem os governantes de promover a sua criação e o seu funcionamento, na medida das cambiantes necessidades coletivas. Sendo os fatos mais fortes que as teorias que o confinavam à posição de guardião vigilante da segurança do território e da ordem pública, intervêm o Estado nos mais variados setores da vida social, organizando serviços de ensino, de assistência, de transporte, o serviço postal e o telegráfico, etc., realizando atividades de natureza intelectual, moral e material, cuja suspensão haveria de gerar o caos, no interior da sociedade<sup>(83)</sup>.

Essas atividades administrativas do Estado, na concretização de

81) RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, cit. pág. 56.

82) HANS Kelsen, *ob. cit.*, pág. 312.

83) LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, cit., págs. 33 e segs.



muitos dos seus fins, estão presentes em todas as partes e, como bem observou MANUEL COLMEIRO, acompanham o homem desde o berço até o sepulcro, pois a cada passo que ele dê, na sociedade, corresponde um ato administrativo que o ampara ou reprime e, por fim, zela por seu repouso na mansão dos mortos. Na atualidade — acrescenta LUIS LEGAZ Y LACAMBRA — a via administrativa é a utilizada pelo Estado para, de modo rápido e eficiente, compreender e regular a sociedade massificada, industrializada e tecnificada. “Encontramo-nos na presença do **Estado administrativo**, que se não abandonou o Estado constitucional, o absorve e o transcende, considerando insuficiente a sua fórmula, em uma época que exigiu um intervencionismo crescente do Estado e em que se têm como necessário passar de um mero Estado liberal de Direito a um Estado social de Direito”. Isto é, agora mais que nunca, como diz MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, o Estado como entidade abstrata tende a materializar-se, **para se transmutar em administração** <sup>84</sup>.

A intervenção sob exame que, na persecução do estado social desejado se opera mediante a interferência direta e imediata dos órgãos e pessoas jurídicas que formam o aparelho da Administração Pública, é realizada mediante três modalidades fundamentais, segundo a lei (constitucional ou ordinária): 1) simplesmente **fomenta** os empreendimentos privados de utilidade pública, através de subvenções financeiras ou do emprego do poder público, favorecendo seu desenvolvimento; 2) **limite** a liberdade e a propriedade individuais, conferindo à Administração Pública poderes de regulamentação dessas limitações, positivas ou negativas, por meio de regras jurídicas secundárias e, principalmente poderes de execução coativa dos preceitos normativos; 3) **substitua** as atividades privadas por atividades

84) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Administración y Sociedad*, Madrid, 1964, págs. 18/9; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *ob. cit.*, pág. 15. No opúsculo citado, que divulga sua conferência pronunciada na Universidade de Madrid, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA reproduz as palavras de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, descrevendo, como diz o autor espanhol, com patética grandiosidade, um futuro despotismo de base democrática “que elevará sobre os homens um poder imenso e tutelar e que se encarregará de assegurar seu gozo e vigiar sua sorte fazendo cada dia mais raro e menos útil o uso do livre arbítrio, porque a ação da liberdade ficará encerrada em um espaço cada vez mais estreito e irá desaparecendo em cada cidadão até o uso da si mesmo (...); um poder que obrigará raras vezes a obrar, mas que se oporá incessantemente que se cibre; que não destruirá, mas impedirá criar; que não tiranizará, mas comprimirá; mortificará, embrutecerá, extingirá, debilitará e reduzirá, enfim, a nação a um rebanho de animais tímidos e industriais cujo pastor é o governante (*ob. cit.*, págs. 15/6). É esse um quadro terrivelmente semelhante ao representado por GEORGE ORWELL em “1984”. Mas cumpre a cada homem e a todos nós, em conjunto, sobretudo aos filósofos, juristas e políticos, o dever de evitar, pelos meios disponíveis, que sejam confirmadas essas tenebrosas previsões. Porque se o intervencionismo normativo e administrativo do Estado é benéfico e tende a aumentar, essas mesmas razões deverão justificar a expansão de um movimento oposto, no sentido de afirmação do Direito como expressão da Democracia e não da tecnocracia. A crescente dependência em relação ao poder público, para a solução das necessidades sociais, há de ser compensada pela maior representatividade dos governantes, assegurada pelas vias regulares de manifestação da vontade popular, e conforme a letra e o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A promoção do desenvolvimento econômico não pode significar a absorção dos membros do corpo social — reiterou JOÃO XXIII na Carta Encíclica *Mater et Magistra* (n.º 50).



da Administração Pública, que é dotada dos meios e poderes necessários à sua execução, quer diretamente, por seus próprios órgãos e pessoas jurídicas, quer indiretamente, sob seu permanente controle, por delegação aos particulares. Em síntese, a intervenção estatal, do tipo considerado, realiza-se por atividades: a) de **fomento** de empresas ou obras particulares de interesse público; b) de **polícia administrativa**, pela qual ficam os indivíduos sujeitos a deveres positivos ou negativos, sob a ameaça da execução material, substitutiva das prestações devidas, ou de sanções, e finalmente; c) pelo **serviço público**, através do qual a Administração Pública, direta ou indiretamente e mediante prestações positivas, satisfaz determinadas necessidades coletivas<sup>(85)</sup>.

Assim, reconhecendo em certas empresas ou obras de particulares um grau satisfatório de utilidade pública, pode a lei autorizar, separadamente ou simultaneamente, a outorga: a) de auxílios financeiros ou **subvenções**, por conta dos orçamentos públicos (subsidiando instituições pias, ou entidades culturais, como os museus de arte particulares, etc.); b) de **financiamentos**, sob condições especiais, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao desenvolvimento do turismo, para a organização e o funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil e que tenham como fim a produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para seu barateamento; c) de **favores fiscais** que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país, tais como as isenções de impostos prediais ou territoriais contemplando empresas produtoras de bens de exportação, ou destinadas ao beneficiamento de matérias-primas locais, ou ainda as indústrias instaladas nos municípios, mediante a criação de distritos ou polos de desenvolvimento econômico; as deduções dos rendimentos tributáveis equivalentes aos investimentos dirigidos à execução de planos de florestamento ou reflorestamento ou, no caso brasileiro, à Amazônia e ao Nordeste do país. Finalmente, ainda no campo do fomento, pode a lei autorizar **desapropriações**, favorecendo entidades privadas que executem atividades úteis à coletividade, como o clubes desportivos.

No tocante à intervenção do Estado através da polícia administrativa, são mencionadas inúmeras **limitações à liberdade**, que podem consistir, por exemplo, na exigência prévia de ato de autoriza-

85) FERNANDO GARRIDO FALLA, ob. cit., págs. 89 e segs.; MARCEL WALINE, Manuel Élémentaire de Droit Administratif, 4.ème et., Paris, 1946, págs. 239 e segs.; PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, ob. cit., págs. 497 e segs.



ção ou licença para o exercício de certas atividades, ainda que de natureza privada, como a realização de reuniões em lugares públicos, o porte de arma, a instalação e o funcionamento de bancos, a localização de casas de comércio ou de indústrias, o levantamento e a habitação de construção, a caça e a pesca, etc., decidindo a Administração Pública discricionariamente ou não, conforme disponha a lei, e aplicando sanções, como a dissolução de reuniões, a interdição de atividades ou estabelecimentos, a apreensão de armas e mercadorias, a destruição de produtos farmacêuticos ou de gêneros alimentícios impróprios para o consumo e assim por diante. Ainda nesse setor, há extensas **limitações à propriedade**, quanto à dimensões à estética e à localização de edifícios e o tombamento de bens de valor histórico ou artístico.

Já a instituição de serviço público tem por causa a satisfação das necessidades existenciais da sociedade e do próprio Estado, decompondo-se em atividades que, subtraídas do campo da livre iniciativa privada, são submetidas a um regime especial de Direito Público que lhes confere a nota mais característica, sob o aspecto formal. São dessa espécie os serviços concernentes à defesa nacional, ao transporte de pessoas ou coisas, às telecomunicações, ao abastecimento de água, à produção e distribuição de energia elétrica, à limpeza pública, ao serviço postal, etc.. Os serviços públicos, assim qualificados porque assumidos pelo Estado, têm como titulares as pessoas administrativas, embora possam ser executados por outras pessoas, naturais ou jurídicas, admitindo a Constituição ou a lei formal que os criou, mediante atos administrativos de **concessão** ou **permissão**.

Há doutrinadores que acrescentam uma **quarta** categoria de intervenção administrativa, representada pelos empreendimentos do Estado de natureza industrial ou comercial, a que denominam de **gestão econômica**. Mas essas atividades, que são principalmente realizadas por **empresas públicas e sociedades de economia mista**, monopolizadas ou não, correspondem a serviços públicos ou a formas de **ajuda** (fomento)<sup>(86)</sup>. Em geral, porém, constituem empreendimen-

86) A lucratividade não é fator que possa desclassificar uma empresa como pública. É certo que, na opinião de alguns economistas, os serviços públicos somente devem ser criados para satisfazer necessidades imateriais da sociedade, de demanda permanente, quando não se possa assegurar a rentabilidade do empreendimento, isto é, quando o preço de custo suocore o de venda (HENRY LAUFENBURGER, *La intervención del Estado en la Vida Económica*, trad. esp. de Gabriel Franco, México, 1942, pág. 33). Mas essa última condição não mais pode prevalecer, já que a justa e razoável remuneração do capital pode ser indispensável à boa qualidade do serviço, ao seu melhoramento e à sua expansão, como **expressamente reconhece a Constituição federal, ao estabelecer os critérios básicos para a fixação das tarifas dos serviços públicos concedidos** (Const. cit. art. 167, inciso II). É evidente que o preceito não pode ser interpretado como uma injustificável proteção dirigida apenas às empresas privadas e em detrimento das empresas públicas, que estariam condenadas ao malogro se lhes fosse negada a possibilidade de lucro. O que se



tos privados do Estado, sob regime de Direito comum e de competição com os particulares, sem caracterizar uma nova modalidade de intervenção administrativa, que exige a presença de normas de Direito Público, exorbitantes das que são próprias daquele outro regime<sup>(87)</sup>.

O que interessa, portanto, para conceituar a Administração Pública em sentido material ou substancial, **como primeira nota**, é considerar aquelas suas atividades que, como manifestações do poder público e, por isso mesmo, submetidas a um regime jurídico especial, afetam a realidade social, satisfazendo fins do Estado. A lei, como produto da atividade legislativa, conforme foi exposto, apenas contém normas gerais, impessoais, **abstratas**, enfim. Quando se trate de leis **administrativas**, ou seja, de leis contendo um comando dirigido aos agentes da Administração Pública, ou regulando as relações jurídicas entre essa e os administrados, os seus preceitos se concretizam através de atos e fatos que ocorrem mediante a intervenção administrativa do Estado. É certo que a Administração Pública também cria atos normativos, de caráter geral e abstrato e que constituem leis, sob o aspecto material. Ocorre que é através desses atos regulamentares — os regulamentos propriamente ditos, as instruções, as ordens de serviços, as circulares — que se opera em fases sucessivas **a execução de lei formal**. Essa atividade executiva prossegue e se desenvolve por meios de outros atos, no curso de um processo de **crescente concretização**, até ser atingida a realidade da vida social, no cumprimento dos fins precípuos da Administração Pública, coincidentes com os do próprio Estado. Aliás, essa atividade regulamentadora tanto quanto a de obtenção de meios humanos em materiais, incluindo a formação de pessoal, constitui mera função intermediária e preparatória<sup>(88)</sup>.

**17. A Administração Pública é, sobretudo, atividade dirigida à satisfação direta e imediata dos fins do Estado** — Além de se caracterizar como uma atividade **essencialmente concreta**, a Administração

deve reconhecer é que, sob o ponto de vista jurídico, a rentabilidade da empresa não é nota essencial para que a sua atividade seja qualificada como serviço público. É certo que o serviço postal, por exemplo, deve ser prestado contínua e regularmente mesmo sob um regime deficitário, mediante **preços políticos**, cobertos os resultados negativos pelo orçamento estatal.

87) FERNANDO GARRIDO FALLA, ob. cit., págs. 144 a 160; JEAN RIVERO, Droit Administratif, 2ème ed., págs. 353 a 355.

88) CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR lembra que para PAUL LABAND, a Administração Pública - a **ação do Estado**, pelo trabalho de crescente concretização que desce dos atos administrativos gerais até a prática de atos materiais, chamados **fatos administrativos**. Expressivo é também o pronunciamento de TITO PRATES DA FONSECA: "Ao executar a lei, ao pretender fazer o conceito de administração, desce o poder público ao concreto da vida social, ao bater dos fatos, dos acontecimentos, cuja variedade imprevista deve acompanhar, para prover ao bem público (Compêndio de Direito Administrativo, São Paulo, s/d, vol. I, págs. 59 e 65).



Pública se orienta no sentido da satisfação **direta e imediata** dos interesses públicos. Essa é, inquestionavelmente, a nota mais importante, quando se pretende distinguí-la das demais funções do Estado.

Referindo-se aos diferentes modos pelos quais são atendidas as necessidades coletivas, expõe FRANCESCO D'ALESSIO que o Estado ditando normas jurídicas e aplicando-as jurisdicionalmente aos casos concretos, cumpre meras funções de garantia de certos interesses, que com essas intervenções estatais não são satisfeitos direta e imediatamente, mas **tão só de maneira mediata e instrumental**. Essas duas atividades apenas **removem os obstáculos que possam impedir a determinação da vontade do sujeito**, permitindo que esse obtenha direta e materialmente aquelas utilidades práticas necessárias à satisfação dos interesses protegidos e de que é o titular. Assim, quando a lei e a sentença reconhecem e protegem o direito de propriedade, não satisfazem direta e imediatamente os interesses do sujeito quanto ao gozo e à disposição dos bens de que é proprietário, mas **apenas fornecem as condições** sob as quais o mesmo sujeito, oportunamente determinando sua vontade e sua atividade, conseguirá as utilidades práticas que sejam idôneas para atender àquelas necessidades de gozo e disposição dos seus bens. **Será atividade administrativa, então, a exercida por um sujeito, sob as condições estabelecidas pelo Direito objetivo e dirigida direta e imediatamente à realização da utilidade prática necessária e suficiente para a satisfação de uma necessidade**. O mesmo sucede com o Estado. O atendimento das suas necessidades não é suficientemente alcançado pela simples função indireta de garantia, consistente no assentamento da regra jurídica e na sua execução coativa, mas requer a apropriação direta de determinada utilidade prática da vida. A necessidade da defesa interna ou externa, por exemplo, não é atendida com a simples emanção de normas e sua aplicação jurisdicional, mas exige meios materiais e pessoais, **desitinados ou empregados diretamente na satisfação de tal necessidade**. Portanto — conclui o tratadista italiano — o critério de distinção deve ser deduzido da relação entre a atividade do Estado e a utilidade prática necessária e suficiente para a satisfação das suas necessidades. **Se tal utilidade constitui o escopo imediato e direto da atividade, essa será administrativa**. Se, ao invés disso, essa utilidade é posta só como escopo mediato e ulterior da atividade estatal, **que não é dirigida no sentido da sua imediata e direta realização**, mas apenas opera como função instrumental, para condicionar a atividade de outro sujeito a quem cabe realizá-la diretamente,



tratar-se-á de outra função, que objetivamente não é administração, mas, conforme o caso, legislação ou jurisdição<sup>(89)</sup>.

**18. Definição de Administração Pública em sentido material** — Do exposto conclui-se, em resumo, que na realização dos seus fins, que são os da **sociedade** e, em sentido mais amplo e profundo, os da **Nação** — elemento real, vivo e transcendente, como acertadamente define RAFAEL BIELSA<sup>(90)</sup> — exerce o Estado as suas funções jurídicas, intervindo no corpo social, em primeiro plano, pela **legislação** que, regulando a conduta dos indivíduos e dos seus próprios agentes, determina suas faculdades, seus direitos e poderes, bem como lhes impõe deveres e obrigações. Em um mesmo nível de execução, isto é, de **concretização** das normas jurídicas que contém regras gerais e abstratas, operam os particulares, buscando o atendimento direto e imediato dos seus interesses privados e também o Estado que, mediante nova intervenção na sociedade, pela **Administração Pública**, persegue a satisfação dos **interesses públicos**, igualmente de modo direto e imediato, no cumprimento de determinados fins de cultura. No desempenho dessa atividade administrativa é o Estado regido por normas de Direito Público, as quais, garantindo a prevalência dos interesses coletivos públicos, asseguram-lhe uma posição de **superioridade jurídica**, em confronto com a dos particulares. Pela **jurisdição** é imperativamente aplicado o Direito objetivo, Público ou Privado e realizado o controle da licitude das atividades privadas e estatais.

Daí definir-se a Administração Pública como sendo **a atividade do Estado que, na concretização dos seus fins e sob um regime jurídico especial, tende à satisfação direta e imediata dos interesses públicos**<sup>(91)</sup>.

### A Administração Pública em sentido formal

**19. Explicação do critério** — Embora muitos autores ainda prefiram identificar as atividades públicas, sob o **aspecto formal**, pela sua origem, parece mais certo reservar o critério ora examinado para destacar características diversas, sem confundi-lo com aquele outro, denominado subjetivo ou orgânico. Como incida GUIDO ZANOBINI, a doutrina mais recente teve o mérito de demonstrar, exatamente, a distinção entre o elemento subjetivo e o formal dos atos do Estado,

89) FRANCESCO D'ALESSIO, ob. e loc. cit. págs: 17/8.

90) RAFAEL BIELSA, Derecho Administrativo, vol. I, cit., págs. 102.

91) Esse conceito, impregnado pelo elemento teleológico, que é próprio da atividade administrativa em geral, é o adotado por eminentes tratadistas brasileiros e estrangeiros (v. V. E. ORLANDO, Principii di Diritto Amministrativo, quinta ed., Firenze, 1925, págs. 9/10; BENJAMIN VILLEGAS BASALVIBASO, ob. e loc. cit., pág. 43; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, ob. cit., pág. 40 e págs. 60 e segs. e em trabalho recente, ROBERTO ENRIQUE LUQUI Algunas Consideraciones sobre el Concepto de Administración Pública, La Ley, n. 178, Buenos Aires, ed. de Lunes, 17 de setiembre de 1973, págs. e segs.).



já que o formal diz respeito à **específica eficácia de cada um desses atos** <sup>(92)</sup>.

A despeito do que pode sugerir o vocábulo **formal**, o critério não se fundamenta na forma, como modo de aperfeiçoamento e exteriorização dos atos jurídicos, mas sim na definição e graduação dos seus efeitos perante o Direito. Esse aspecto formal nem sempre é determinado pela origem (caráter subjetivo) ou pelo conteúdo (caráter material) do ato considerado. O Poder Legislativo emite atos que não contém normas gerais e abstratas, mas dotados de força jurídica superior, própria da lei, em sentido formal, enquanto outros, produzidos pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário, ainda que tenham as características materiais da lei, somente produzem efeitos jurídicos subalternos e que não resistem aos da lei formal (os regulamentos, as instruções, os provimentos, etc.). Pode a Constituição conferir ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir atos com eficácia da lei formal (decreto-lei) a órgãos do aparelho administrativo o poder de proferir decisões formalmente jurisdicionais, com a propriedade da coisa julgada material (a justiça administrativa).

Por isso, na síntese oferecida por ZANOBINI, ao lado do conceito de Administração Pública em sentido material, como atividade dirigida ao cumprimento dos fins do Estado, outros dois devem ser considerados: sob o aspecto subjetivo, corresponde ao complexo de órgãos e autoridades que têm como competência principal o exercício da função administrativa e, finalmente, sob o formal, compreende todos os provimentos que tenham a **eficácia própria de atos administrativos**, quaisquer que sejam os seus conteúdos e os sujeitos de que emanem<sup>(93)</sup>.

**20. A lei em sentido formal como fonte principal do Direito Administrativo** — Ao lado das características da lei, sob o aspecto material, atribui-se a esse ato do Estado uma outra, a da **novidade** (**novità**, nos textos italianos), que lhe dá a nota **típica grande** considerada em sentido formal e a significar que, abaixo da Constituição, é a norma legal que **inova** o ordenamento jurídico, ou seja, que introduz um preceito jurídico novo em o mundo do Direito objetivo, já que se trata da sua primeira e mais importante fonte. Para explicar a **lei formal** que não contenha normas gerais e abstratas, isto é, que não seja também lei sob o aspecto material, sustenta-se que, dada a suposta inexistência de lacunas no ordenamento legislativo, a ausência de preceito expresso, regulando determinado caso, deve ser

92) GUIDO ZANOBINI, ob. e loc. cit. pág. 18.

93) idem, ib., pág. 19.



resolvida pela aplicação da norma regente de casos análogos, cuja falta é suprida pelos princípios gerais do Direito. Assim, conquanto não haja caso inteiramente estranho ao sistema, a necessidade de discipliná-lo de modo diferente exigirá que seja derogada a legislação vigente, mediante lei nova que modificará a anterior. Daí a definição da lei, dada por CINO VITTA: a que estabelece um preceito geral ou que o derroga para um caso particular<sup>(94)</sup>.

Mas é da conjugação do elemento material com o formal que deriva o fundamento político da supremacia da lei no Estado de Direito, conceituada então como **a norma jurídica elaborada pelos órgãos designados pela Constituição e que tenha a forma de lei** <sup>(95)</sup>. Essa superioridade consiste na **incidência primacial** da norma legal sobre os fatos para lhes conferir efeitos perante o Direito, isto é, para qualificá-los como **fatos jurídicos**. Ou, invertida a proposição e nas palavras de PONTES DE MIRANDA, para que os fatos sejam jurídicos, é mister "que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — **incidam** sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos". Essa assertiva é completada por F. SANTORO-PASSARELLI, ao dizer que "da norma jurídica depende a aptidão dos vários fatos nela considerados para produzir efeitos jurídicos, mas em **nenhum caso** ela própria é a causa imediata de tais efeitos, porque, pela sua estrutura, só pode limitar-se a atribuir determinados efeitos a uma hipótese de fato"<sup>(96)</sup>. Dada a particularidade que tem o Direito de regular sua própria criação e aplicação, salientada por Kelsen,

94) CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, quarta ed. agg., Torino, 1954, vol. I, págs. 8/9.

95) A distinção entre a lei material e a lei formal tem ensejado não só a abusiva outorga de competência legislativa ao Chefe do Poder Executivo, mas também o arbítrio do Poder Legislativo que, pela chamada lei excepcional, estabelece privilégios favoráveis ou odiosos, violando o princípio maior da igualdade jurídica que, preservado pelo caráter da generalidade da norma legal, constitui o pressuposto necessário, ainda que insuficiente, do ideal de Justiça. Depois de sustentar que o requisito da generalidade representa a primeira limitação constitucional à função legislativa, no Estado de Direito, combatendo o **ato administrativo sob a forma de lei**, acrescenta F. C. DE SAN TIAGO DANTAS: "Onde o exercício do poder não se decompõe em dois momentos — o primeiro, abstrato, geral, fixador de um critério para os casos possíveis e o segundo, concreto, particular, resultante da aplicação do primeiro — a vida da comunidade política ainda não franqueou a linha divisória entre o direito e a tirania." (*Problemas de Direito Positivo*, Rio de Janeiro, 1953, págs. 60 e 76). Aliás, já segundo a velha tradição romana, distinguia-se a lei (**ius**), do justo (**iustum**), que hoje deve ser traduzido pelo Direito. Aquela não era concebida como qualquer regra geral, reforçada por um soberano, ou por uma autoridade pública qualquer (**iussum**), mas como preceito que corporificava e expressava o sentido de Justiça (**iustum**) da comunidade. Em outras palavras, a lei não era confundida com qualquer norma que tivesse a sua aparência, mas sim com aquela que, além disso, também fosse dotada de um conteúdo com valor e qualidade para fazê-la **justa**. Daí a razão por que se tem procurado, mediante rigorosas prescrições constitucionais, garantir a vinculação entre o **ius** e o **iustum**, confiando-se a legislação a "grupos eleitos que devem periodicamente responder ao eleitorado" e, por isso mesmo, jámais se poderia desobrigar os legisladores da sua função representativa da sociedade. Foi com esse pensamento que o constitucionalismo inglês transportou a norma da lei, formada no âmbito da **iurisdictio**, para o domínio do Estado, ou mais precisamente, do **gubernaculum** ou Governo. Lamentavelmente porém, como reconhece GIOVANI SARTORI, cujas lições são aqui expostas, na atualidade é comum aceitar-se o **iussum**, ou seja, qualquer comando do Estado, mesmo que não o seja de Direito, na acepção mais pura e "desde que o problema da lei injusta é afastado como metajurídico" (*Teoria Democrática*, trad. bras., São Paulo, 1962, págs. 322/3).

96) PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954, t. I, pág. 6; SANTORI-PASSARELLI, ob. cit., pág. 86.



verifica-se, em um quadro geral de graduação da eficácia dos atos do Estado, que a Constituição regula a legislação, ou seja a criação de normas jurídicas gerais, sob a forma de leis, que por sua vez regulam os atos criadores de normas jurídicas particulares (decisões judiciais, atos administrativos, atos jurídicos de Direito Privado). Quando se trata da **eficácia jurídica** não se tem em mente o fato, embora conexo, da real obediência à norma, mediante sua efetiva aplicação, mas sim "a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados"<sup>(97)</sup>.

De igual modo regula a lei os fatos em que se desdobra a atividade da Administração Pública: incide sobre eles a fim de que, como **fatos (jurídicos) administrativos**, produzam efeitos no mundo do Direito. Mas ocorre que, ao contrário das ações privadas, baseadas no princípio da liberdade (ou da livre atividade), a ação da Administração Pública está, **a priori**, totalmente submetida ao Direito. Vale dizer: enquanto o particular, como administrador, pode fazer tudo o que não seja proibido expressamente pelo Direito, o administrador público, exercendo uma das funções jurídicas do Estado, somente pode fazer o que o Direito lhe permite. Assim, como acentua ADOLFO MERKL, o **Direito Administrativo**, como o Direito regulador da Administração Pública, não é só **condicio sine qua non**, senão **condicio per quam** da atividade administrativa do Estado<sup>(98)</sup>. Ainda mais: a Administração Pública não atua apenas sujeita ao **princípio da juridicidade**, dominante sobre todas as funções estatais, mas sob o **princípio da legalidade**, que mais especificamente a condiciona, confirmando a primazia da lei, também como fonte do Direito Administrativo e a conseqüente posição subordinada dos atos administrativos, no plano da eficácia jurídica, (isto é, no quadro da **eficácia decrescente** dos atos jurídicos). Segundo explica MERKL, o sentido do princípio da legalidade consiste em que "cada uma das ações administrativas se acha condicionada por uma lei formal, de que deve resultar a licitude ou a necessidade jurídica da ação administrativa em questão". Isso não significa que a autoridade deva invocar a lei a cada passo, mas sim que as suas decisões derivam da norma legal. A legalidade de uma determinada ação administrativa compatível com a intermediação de outros atos que, encadeados, descendem da lei formal. Esta pode ser executada através de um regulamento, seguido de uma instrução, isto é, mediante uma série de atos de eficácia gradualmente menor e que alcançam progressiva especialização. O impor-

97) HANS Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. argent. de Moisés Nilve, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1960, págs. 25 e 43/4; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, 1968, págs. 57/8.

98) ADOLFO MERKL, ob. cit., pág. 211.



tante, nesse condicionamento total da Administração Pública, é que a ação do órgão administrativo depende da lei, embora essa dependência não se traduza em uma inexorável e rígido dever de obediência a ordens imperativas emanadas do legislador. A dependência em causa esgota-se na impossibilidade da autoridade levar a cabo uma ação administrativa sem permissão legal, direta ou indireta, e na obrigação de respeitar a lei que condiciona dita ação. O princípio da legalidade, ou da **administração legal**, não exprime uma relação entre órgãos, mas **entre funções**, convertendo a Administração Pública, considerada em conjunto, **em atividade de execução da lei**"<sup>(99)</sup>.

21. **Forma, procedimento e eficácia do ato administrativo** — A forma de um ato jurídico é geralmente havida como o seu **modo de ser**, como o elemento que o individualiza, ao exteriorizar a manifestação de conhecimento, de juízo, de vontade de um determinado sujeito. Há atos jurídicos do Estado tidos como **formais**, porque externamente revestidos de certos sinais e fórmulas que lhes dão caracterização, compreendendo a designação ou título, a numeração, o cabeçalho, a ementa, o preâmbulo, a motivação, a apresentação material do texto ou conteúdo principal, o fecho, com a ordem de execução, a assinatura da autoridade competente para subscrevê-los, etc. No tocante à sentença, por exemplo, a forma se desdobra na exposição (relatório), na discussão (fundamentação) e na decisão (parte dispositiva), por expressa disposição legal<sup>(100)</sup>. Sob tal aspecto, é a lei a forma típica do ato legislativo e a sentença, a do ato jurisdicional. No campo da Administração Pública, é o **ato administrativo** o gênero de uma multiforme categoria de atos jurídicos, tendo-se no **decreto** o ato privativo do Chefe do Poder Executivo, enquanto que a **instrução** e os demais atos administrativos podem proceder do Ministro de Estado ou de autoridades de menor hierarquia, conforme disponham as normas do Direito positivo ou mesmo a praxe administrativa. Geralmente esses atos são baixados sob a forma externa de **portaria**. Por outro lado, a designação do ato, dentro da variada nomenclatura dos atos administrativos, sequer identifica a natureza do seu conteúdo. Há decretos e portarias contendo normas gerais (atos normativos ou gerais) e dispendo sobre um caso concreto (atos individuais ou pessoais). É evidente, pois, que esses elementos formais que constituem a aparência dos atos jurídicos — não podem determinar, obrigatoriamente, a eficácia de cada um deles. A circunstância de uma

99) *idem*, *ib.*, págs. 223 a 225.

100) GUIDO ZANOBINI, *ob. e loc. cit.*, págs. 225/6; HESIO FERNANDES PINHEIRO, *Técnica Legislativa*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro/São Paulo, 1962, *passim*; ROBERTO LUCIFREDI, *L'Atto Amministrativo nei suoi Elementi Accidentali*, Milano, 1963, págs. 20 e segs.; ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. aumentada, rev. e atualiz., Rio de Janeiro, 1959, vol. III, págs. 293/4.



autoridade administrativa decidir sob a forma de um decreto ou de uma sentença de modo algum significa que esses atos produzem os efeitos jurídicos próprios daqueles privativos do Presidente da República ou do juiz, no exercício da função jurisdicional.

Mais importante que a forma, tomada na acepção restrita retro exposta, é sem dúvida o **procedimento**, a que estão ligados, não só o modo de apresentação externa do ato estatal, mas sobretudo a sua formação e os efeitos jurídicos que deva produzir, no exercício das funções a que foi destinado, determinantes da sua criação. Pois é exato que, conforme anota RAFFAELE RESTA, "os esquemas típicos dos atos jurídicos são predispostos pela norma em conexão com as funções que esses mesmos atos são chamados a realizar nas relações jurídicas". Em conseqüência, a cada efeito jurídico, em sentido substancial, deve corresponder um modelo vinculativo da manifestação do sujeito, a fim de que seja alcançado o escopo reconhecido pela norma jurídica<sup>(101)</sup>. Embora a noção de procedimento não seja estranha ao Direito Privado, é precisamente no campo do Direito Público que tem maior aplicação, seja na formação do ato legislativo, de que participam diversos órgãos, integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, seja no desenvolvimento da atividade jurisdicional e daquela exercida pela Administração Pública. As idéias de processo e procedimento são, aliás, geralmente associadas ao desempenho da competência específica dos órgãos do Poder Judiciário, como estritamente inerentes ao sistema de garantias que deve oferecer às partes litigantes. Todavia, é inegável a alta relevância do assunto, em se tratando da ação administrativa, sujeita a uma intensa regulamentação e a uma complexa malha de normas procedimentais e que — observa ALDO M. SANDULLI — só não disciplinam a matéria de modo completo, ante a maior variedade das atividades envolvidas e a presença de mais ampla discricionariedade nas decisões do administrador público. Na verdade, consoante ainda o pronunciamento do tratadista referido, as apontadas deficiências da legislação, na construção de um sistema de procedimento administrativo, vieram estimular o seu estudo dogmático com tal profundidade, que atualmente suplanta o realizado no âmbito do Direito Judiciário, mais devotado ao exame do processo. Interessa mencionar, a propósito do tema, a copiosa literatura germano-austriaca que, há algum tempo, vinculou o procedimento às relações estabelecidas pelas autoridades administrativas com os particulares, em harmonia com os princípios da liberal-democracia. Nesse sentido, o procedimento administrativo se aproximou do procedimento jurisdicional, repercutindo sobre a legislação,

(101) RAFFAELE RESTA, *La Revoca degli Atti Amministrativi (parte generale)*, Roma, 1970, pág. 227.



a ponto de ser desenvolvido na Áustria um verdadeiro e próprio Direito Processual Administrativo, ao lado do Direito Processual Judiciário. Todavia, é à doutrina italiana que se deve, inquestionavelmente, a construção teórica do procedimento, como **entidade formal**, ligada ao aperfeiçoamento e à eficácia dos atos em que se decompõe a atividade da Administração Pública e independentemente de qualquer consideração especial e imediata dos interesses privados também em jogo<sup>(102)</sup>.

De maneira geral — afirma ADOLFO MERKL — toda a Administração Pública se resolve em procedimento, de que são meros produtos os atos administrativos. Mas na sua acepção técnica e mais rigorosa, supõe o procedimento não só uma definição jurídica da **meta** a ser atingida pelo agente público, representada pela aplicação da norma jurídica, mas, principalmente, na regulação do próprio **caminho** a ser percorrido em direção àquele resultado final que, assim, é retirado da esfera de liberdade da autoridade competente para criar o ato jurídico. Trata-se, portanto, de condicionar juridicamente o **iter** através do qual uma manifestação jurídica de um plano superior produz uma manifestação jurídica de um plano inferior, isto é, **cria um ato meramente executivo**<sup>(103)</sup>. Realmente, o que importa é o preordenamento do **modo de sucessão** dos vários atos que, embora ligados e conexos, no sentido da produção de um **resultado final**, podem ter individualidade própria e gerar **efeitos preliminares**, nas várias fases do procedimento, a denunciar o aspecto dinâmico de um fenômeno jurídico que se concretiza em muitos momentos, no curso de certo período de tempo. Isso porque a atividade que precede a criação de um ato administrativo **principal** nem sempre se desenvolve por meio de fatos elementares que estejam em um mesmo nível; muitas vezes, esses carecem daquela igualdade e homogeneidade que caracterizam, por exemplo, o **ato complexo** e em que, da fusão dos atos componentes, resulta uma unidade autônoma e substancial, insuscetível de exame e impugnação, senão na sua integridade total.

A alta importância do procedimento não se situa exclusivamente nos planos do aperfeiçoamento e da validade do ato administrativo, mas também no da sua eficácia, já que esses predicados, conquanto conceitualmente distintos, porque freqüentemente representam estágios diferentes, atingidos em uma sucessão cronológica, estão, no seu todo, vinculados a **modos de proceder**, envolvendo, inclusive, manifestações posteriores à fase formativa do ato, seja de um ou mais

102) ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1959 (ristampa), págs. 15 a 39. Sobre o tema foi consultada a recente *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO Sobrinho, São Paulo, 1971.

103) ADOLFO MERKL, *ob. cit.*, págs. 278 a 81.



órgãos da Administração Pública, seja de particulares. Como o nascimento de um efeito jurídico depende, geralmente, da realização de uma pluralidade de eventos e circunstâncias, a conexão e a coordenação dos fatos elementares ou preliminares, dotados de relevância jurídica, são impostas pela necessidade de **orientá-los** até o resultado ou efeito final. Está o procedimento, portanto, intimamente relacionado não só com a verificação, mas com a própria realização da **fatespécie**, constitutiva do efeito jurídico do ato administrativo, segundo a previsão legal<sup>(104)</sup>.

Firmado na irrecusável superioridade dos interesses públicos e na presunção de que os agentes do Estado invariavelmente exercem os poderes que lhes foram conferidos de conformidade com as normas jurídicas, prevalece o princípio da **execução coativa** dos atos administrativos, independentemente do prévio controle jurisdicional de validade. Trata-se, portanto, de uma especial manifestação de eficácia, expressa pela **executoriedade**, inerente ao poder de **autotutela** da Administração Pública (**autotutela satisfatória**), pelo qual a lei lhe concede a possibilidade de realizar coativamente o provimento, no caso de oposição do sujeito obrigado<sup>(105)</sup>. Enquanto a execução forçada das obrigações fundadas em atos jurídicos nascidos sob a regência do Direito Privado somente pode ser realizada pela via jurisdicional, a do ato administrativo é alcançada diretamente, pelos agentes da Administração Pública, sem que os particulares possam opor-lhe qualquer obstáculo jurídico. É que o ato administrativo, traduzindo concretamente a manifestação de vontade virtualmente contida em toda norma jurídica, também dispõe de um elemento de obrigatoriedade. "Quando se fala de coação administrativa — escreve J. GUIMARÃES MENEGALE — pressupõe-se que os atos administrativos, emanados do poder público e destinados a preencher os fins do Estado, se praticam **ex propria auctoritate**." Assim, o administrador eventualmente se equipara ao juiz, porque tem a prerrogativa de aplicar as leis administrativas — até o seu último termo<sup>(106)</sup>. Essa privilegiada posição do administrador público, que lhe permite executar suas decisões coativamente e com seus próprios meios, é marcada por uma **presunção de legitimidade**, que constitui o fundamento da executoriedade dos atos administrativos, ou melhor, da sua **autoexecutoriedade**<sup>(107)</sup>.

104) ALDO M. SANDULLI, ob. cit., págs. 1 a 6, 24 a 30, 41 e segs.; FLÁVIO BAUER NOVELLI, A Eficácia do Ato Administrativo, in Revista de Direito Administrativo, vol. 60, abril/junho de 1960, págs. 16 a 26.

105) GUIDO ZANOBINI, ob. e loc. cit., pág. 236; FLÁVIO BAUER NOVELLI, A Eficácia de Ato Administrativo (II parte), in Revista cit., vol. 61, julho/setembro de 1960, pág. 34.

106) J. GUIMARÃES MENEGALE, Direito Administrativo e Ciência da Administração, Rio de Janeiro, 1957, 3.ª ed., págs. 58/9.

107) CRETELLA JÚNIOR, Do Ato Administrativo, São Paulo, 1972, págs. 59 e segs.. Sobre o tema consultou-se também JUAZ CARLIS CASAGNE, La Executoriedad del Acto Administrativo, Buenos Aires, 1971, *passim*.



**22. A Administração Pública e a jurisdição, confrontadas sob o aspecto formal** — Condicionando toda a ação administrativa do Estado, o princípio da legalidade é imperativamente imposto, em primeiro lugar, aos agentes públicos que, exercendo suas atribuições funcionais, devem cumprir **poder-dever** geral de acatar os mandamentos da lei. A Administração Pública deve ser legal e se a atividade é ilegal deve ser prontamente corrigida — proclama com acerto RAFAEL BIELSA<sup>(108)</sup>. Essa exigência é satisfeita mediante um amplo e permanente sistema de controle da legalidade, inserido no próprio aparelho administrativo e abrangente da sua integral organização, pelo qual, como manifestação típica do **poder hierárquico**, as autoridades superiores atuam sobre as inferiores, inspecionando os seus atos, expurgando-lhes os vícios e eliminando aqueles irremediavelmente inválidos. A anulação dos atos administrativos ilegais, promovida no âmbito interno da Administração Pública, mesmo de ofício, isto é, independentemente de qualquer provocação dos interessados, constitui indeclinável dever, inerente ao desempenho da competência administrativa<sup>(109)</sup>.

Todavia, a aplicação da lei, através dos agentes da Administração Pública ativa, somente caracteriza o exercício de uma atividade jurisdicional sob o aspecto material e não formal. As decisões da autoridade administrativa não são inalteráveis, já que estão sujeitas à revisão pelos órgãos que exercem a jurisdição. Vale dizer: no sentido exposto, as decisões do administrador público não são definitivas, mas **provisórias**. É que, mesmo atuando por iniciativa das partes e reexaminando ato praticado pelos inferior hierárquico, o agente administrativo não decide em uma posição estranha aos interesses em conflito. De acordo com os ensinamentos de CARNELUTTI, é preciso desde logo distinguir entre o interesse público **na composição dos conflitos** e o interesse público **em conflito**, isto é: o interesse público **externo**, representado pela função processual e o interesse público **interno**, coincidente com a função administrativa. A autoridade que exerce a Administração Pública também judica, quando aplica a lei, e comanda, quando realiza negócios jurídicos e emite provimentos administrativos. Mas, diferentemente da autoridade judiciária, a administrativa judica e comanda para o atendimento de um interesse em conflito, **não para a composição do conflito**. Por isso, trata-se de um juízo e de um comando **de parte**, e não de um juízo e de um comando **imparcial**. Como a Administração Pública, por definição, persegue a satisfação de um interesse, posto que público, é da maior

108) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, cit., vol. I, pág. 137.

109) *Idem*, ib. ; M. SEABRA FACUNDES, ob. cit., págs. 121/2. JUAN FRANCISCO LINARES, tratando da *Cosa Juzgada Administrativa* (Buenos Aires, 1945), admite a mutabilidade dos atos unilaterais absolutamente nulos (págs. 42/3).



evidência que a aplicação da lei e o controle da legalidade, preventivo ou sucessivo, como manifestações de uma justiça interna — **justiça na Administração Pública** — não deslocam a autoridade administrativa daquela posição de parte no conflito de interesses, enquanto que o juiz se coloca sempre **sobre as partes e sobre o conflito**. No procedimento administrativo, ou mais precisamente, na sindicância hierárquica, o agente age necessariamente no conflito e não como terceiro, por mais escrupuloso que seja no exame da questão. Isso posto, o critério para se aferir se um determinado órgão exerce função administrativa de reexame, ou função jurisdicional, atém-se ao caráter **parcial** ou **imparcial** do mesmo órgão. Se ante esse está **uma parte apenas**, isto é, o titular do interesse contrastável com o da Administração Pública, a que dito órgão pertence, trata-se, no caso, de **recurso hierárquico**, em que **uma parte enfrenta a outra**, ainda que a decisão deva ser proferida por agente público superior ao que praticou o ato impugnado. Se, ao contrário, defronte ao órgão estão já **duas partes**, tendo aquela individualidade independente da Administração Pública, que inclusive pode ser uma daquelas partes, há então um **juízo**, verdadeiro e próprio, assim caracterizado porque **uma parte** (contra a outra) enfrenta o juiz a fim de que, nesse confronto, atue o direito objetivo<sup>(110)</sup>.

O princípio da legalidade, que domina a Administração Pública, deve estar, portanto, indissolúvelmente ligado ao do **controle jurisdicional** de todos os seus atos jurídicos, nesses compreendidos os atos administrativos. Todavia, reiterando o que foi anteriormente exposto e conforme tem confirmado a doutrina e a jurisprudência, em nosso sistema, o exercício desse controle jurisdicional está limitado à apreciação dos aspectos estritamente legais da atividade administrativa do Estado, que são opostas aos de natureza discricionária, fundados em razões de oportunidade e conveniência. Realizando o controle jurisdicional — salienta CAIO TÁCITO — o Poder Judiciário “não interfere na matéria própria dos demais poderes, respeitando a discricionariedade administrativa e a competência legislativa”. Mas, por outro lado, esse controle não se circunscreve aos **aspectos externos** da legalidade, pois cabe ao juiz, examinando os requisitos exigidos para o aperfeiçoamento do ato administrativo e inclusive considerando a sua motivação, “mergulhar na apreciação da matéria de fato, para analisar os elementos de legalidade interna da conduta do administrador”<sup>(111)</sup>.

Comporta o exercício do controle jurisdicional, por sua nature-

110) FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, cit., vol. I, págs. 217 a 228.

111) CAIO TÁCITO, ob. cit., pág. 30; M. SEABRA FAGUNDES, ob. cit., pág. 167.



za e finalidade, a **anulação** dos atos administrativos viciados de ilegalidade, que implica na extinção dos seus efeitos **ex-tunc**, isto é, na cessação imediata e retroativa das conseqüências lesivas a direito, que resultaram da violação da norma jurídica. Mas não se pode conceber **lesividade** senão em decorrência de uma ação ou omissão que esteja produzindo danos efetivos a interesses públicos ou privados, juridicamente protegidos. Assim, embora também a inércia da Administração Pública possa justificar a prestação jurisdicional, é certo que, em princípio, essa prestação somente tem cabimento quanto aos atos administrativos já dotados de eficácia e que, por seus efeitos jurídicos ou por execução material, estejam a lesionar direitos alheios. Legitima-se, por vezes, a proteção jurisdicional a direito apenas **ameaçado**, mas dirigida no sentido de abortar, no nascedouro, os efeitos de ato administrativo já idôneo para produzi-los e a fim de que não se consuma a lesão potencialmente existente. Entre nós, essa excepcional possibilidade de impugnação de atos administrativos ainda ineficazes é expressamente admitida pela via do mandado de segurança <sup>112</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que todo e qualquer ato administrativo pode ser revisto pelo processo jurisdicional, desde que ilegal e lesivo aos interesses que constituem a base dos direitos individuais ou do próprio Estado. Não é exigível a prévia exaustão da via recursal administrativa, mas sim a presença do dano efetivo ou potencial, resultante da operatividade dos efeitos dos atos administrativos. O que não se deve admitir, como adverte HELY LOPES MEIRELLES, é a coexistência de recurso administrativo com processo judicial para a apreciação do mesmo ato, por que se é aguardada decisão da Administração, inexistente um ato operante a ser revisto pelo Judiciário. Isso não impede, entretanto, que o interessado desista do recurso interno, para utilizar-se da via jurisdicional cabível<sup>(113)</sup>. Mas o que importa é saber se o recurso administrativo em causa tem, ou não, **efeito suspensivo**, ou seja, se é meio idôneo para evitar o dano, em detrimento do interesse juridicamente protegido. A regra que merece aplicação geral é a estabelecida pelo art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 1533, de 31 de dezembro de 1951, declarando incabível o mandado de segurança contra ato de que caiba recurso, com efeito suspensivo independentemente de caução. É óbvio que, nessa situação, a parte se livrará dos efeitos lesivos, sem outros ônus, recorrendo à autoridade administrativa. O que se deve entender, portanto, como aliás ressalva o jurista por último citado, é que não está o interessado obrigado a se

112) M. SEABRA FAGUNDES, *ib.*, págs. 180/1; FLÁVIO BAUER NOVELLI, *ob. cit.*, Rev. Dir. Adm., vol. 60, págs. 19/20; PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *Ação Popular Constitucional*, São Paulo, 1968, págs. 60 e segs.

113) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª ed., São Paulo, 1966, págs. 91/2.



valer do remédio administrativo, mesmo incondicionado. Deixando de pleitear o desfazimento do ato ilegal pela via administrativa, poderá obter o amparo judicial contra os seus efeitos lesivos<sup>(114)</sup>. No Direito norte-americano e francês, vigora a regra de que somente cabe o controle jurisdicional dos **atos finais**, que resultam do esgotamento dos recursos administrativos. Na América — esclarece BERNARD SCHWARTZ — um particular apenas tem acesso aos tribunais para postular a anulação de um ato prejudicial da Administração Pública, **depois que esse ato foi efetivamente aplicado e esteja a causar dano**. Tal como na França, com a observância da regra da **décision préalable**, é o requerente constrangido a utilizar-se dos recursos administrativos antes de atacar a Administração Pública perante os órgãos judiciais<sup>(115)</sup>. Em outros sistemas, há algumas decisões administrativas dotadas de força definitiva, sem prejuízo de **opção** pelo recurso judicial, embora sob a condição de que, eleita uma via, o recorrente perde a outra <sup>(116)</sup>. Não obstante, persiste íntegro o princípio geral de que cabe a intervenção jurisdicional para anular ato administrativo ilegal e lesivo.

Admite-se que, pela preclusão ou pelo esgotamento dos recursos internos, a decisão administrativa final seja insuscetível de modificação ou supressão, pelas próprias autoridades da Administração Pública, adquirindo, assim, a característica de **coisa julgada em sentido formal**. Mas não há, em princípio, decisão definitiva, no âmbito da Administração, no sentido da imutabilidade do seu conteúdo, por questão de legalidade, que possa ser equiparada, ou mesmo comparada, com a **coisa julgada material** e, como tal irrevisível através do processo jurisdicional. Mesmo porque a coisa julgada, sob o aspecto material, é propriedade peculiar e exclusiva de certos atos jurisdicionais. Observa RESTA, com razão, que constituindo a coisa julgada, em todos os ordenamentos jurídicos evoluídos, uma presunção **juris et de jure**, de legalidade, conferida pela norma ao conteúdo do comando jurídico ditado pela sentença, a sua hipotética extensão aos atos administrativos não só subverteria o princípio normal que já os favorece (presunção **juris tantum** de legitimidade), mas representaria a consagração de uma genérica inimpugnabilidade, contrastante com todo sadio lógico e jurídico critério<sup>(117)</sup>. Sequer a proteção constitucional do direito adquirido, fundado em um ato jurídico perfeito e eficaz<sup>(118)</sup>. Limitativa da legislação, é oponível à revisibilidade jurisdicional, já

114) HELY LOPES MEIRELLES, Mandado de Segurança e Ação Popular, São Paulo, 1967, págs. 9/10.

115) BERNARD SCHWARTZ, Le Droit Administratif Américain, Paris, 1962, págs. 162/3.

116) RAFAEL BIELSA, Derecho Administrativo, cit., pág. 163.

117) RAFFAELE RESTA, ob. cit., págs. 70 a 79.

118) HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, cit., pág. 166.



que podem ser questionadas, exatamente, a perfeição e a legalidade do ato e a suposta coisa julgada material<sup>(119)</sup>.

**23. Definição da Administração Pública, em sentido formal** — Resumindo o que vem de ser exposto, tem-se que a função administrativa do Estado é exercida sob o império do princípio da legalidade, mediante atividades de execução e aplicação da lei formal e que se decompõem em fatos jurídicos, **lato sensu**, abrangendo os atos jurídicos geradores de efeitos sob a regência de normas jurídicas de Direito Privado e os **atos administrativos** — criados e executados **segundo o Direito Administrativo**, essencialmente cogente. Esses atos administrativos são aqueles atos jurídicos praticados pelas autoridades da Administração Pública, **enquanto no exercício do poder público** isto é, “em que há manifestação da vontade autoritária estatal”<sup>(120)</sup>.

Com o atributo da **executoriedade**, — modalidade da sua eficácia a tipificá-los como expressão da autoridade pública — o ato administrativo tem força suficiente para comportar execução coercitiva, impondo deveres e limitações aos administrados. Todavia, essa eficácia é de caráter provisório porque o ato administrativo, mesmo quando criado por decisão final da Administração Pública, pode ser anulado pelos órgãos jurisdicionais, se lesivos a interesses legítimos, públicos ou privados e desde que afetados por vício de ilegalidade.

Assim, a Administração Pública em sentido formal é **o conjunto das atividades do Estado de execução e aplicação da lei formal, as quais, no exercício do poder público e mediante procedimentos próprios, decompõem-se em atos administrativos dotados de eficácia, tipificada pela executoriedade, mas de caráter provisório, posto que estão aqueles sujeitos a anulação, também por via jurisdicional, desde que ilegais e lesivos a interesses juridicamente protegidos.**

119) PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, cit. vol. IV, pág. 140.

120) RUY CIRNE LIMA, Sistema de Direito Administrativo Brasileiro, cit., págs. 60 a 62 e pág. 153; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1969, págs. 412/3.