

CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA**

3. *A administração pública em sentido estrito, orgânico ou formal.*
4. *O direito administrativo como direito público.* 5. *A conceituação do direito administrativo.*

3. *A administração pública em sentido estrito*

12. *A administração pública considerada sob seus diferentes aspectos.* Aqui não se tratará da administração pública naquela acepção ampla, identificada com o próprio Estado, na sua integridade e na sua dinâmica, mas sim da *administração pública stricto sensu*, como função dotada de características jurídicas específicas. Nesse sentido e separada, inclusive, daquelas atividades do Poder Executivo diretamente fundadas na Constituição e qualificadas como políticas, será a administração pública apreciada 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.

* N. da R. A primeira parte deste trabalho está publicada no volume anterior desta revista.

** Professor de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

a) A administração pública em sentido subjetivo ou orgânico

13. *Exposição do critério.* 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 *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 pela qualificação 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 exerçam administração pública, em sentido material.

Todavia, como advertem os tratadistas, essa discriminação e conseqüente *especialização* de funções, conquanto teoricamente concebida por Montesquieu como um sistema político de garantia de liberdade, não tem aplicação na realidade prática, senão de modo relativo.⁷³ Os órgãos do Poder Legislativo desempenham atividades material e formalmente jurisdicionais quando, por exemplo, julgam o Presidente da República, além de que exercem votando a lei orçamentária, concedendo pensões e outros benefícios especiais a determinadas pessoas e decretando a desapropriação de bens,⁷⁴ que não se

⁷³ Basavilbaso, Benjamín Villegas. op. e doc. cit. p. 6-11.

⁷⁴ Sobre as funções jurisdicionais do Congresso Nacional. V. Const. cit. arts. 42, I e 83. Quanto à competência do Poder Legislativo para iniciar o procedimento da desapropriação, subsiste no direito positivo brasileiro a disposição expressa do art. 8º do Decreto-lei nº 3 365, de 21 de junho de 1941.

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.⁷⁵ Além disso, esses mesmos órgãos produzem atos de organização e de administração interna dos seus serviços, incluindo os de provimento de cargos públicos.⁷⁶ 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 inexistente uma exata coincidência entre a distribuição das funções estatais e a dos 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 da administração 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".⁷⁷

Convém notar, porém, que ao lado do Estado nacional e das entidades em que esse imediatamente se desdobra, segundo a Constituição, há outras pes-

⁷⁵ Const. cit., arts. 115, incisos I a III, 142, § 1º, 144, § 5º; Código Eleitoral (Lei nº 4 737, de 15 de julho de 1965), art. 1º, § único e art. 21.). Sobre as sentenças normativas da justiça do trabalho, V. Const. cit. art. 142, § 1º e Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5 452, de 1º de maio de 1943). Tit. X, Cap. IV, especialmente o art. 868.

⁷⁶ Const. cit. art. 115, incisos I a II.

⁷⁷ D'Alessio, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. sec. ed. riv. e amp. Turim, 1939. v. I, p. 15.

soas jurídicas, como as *autarquias*, que mediante um processo de descentralização realizada 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, sem 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*, de que é exemplo a concessão de serviços públicos.⁷⁸

b) A administração pública em sentido objetivo, substancial ou material

14. *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 conteúdo 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 conseqüência, 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*.

⁷⁸ *Princípios de direito administrativo*, cit. p. 63-16.

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*.

15. *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*.⁷⁹

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, a) o elemento *estatal*, que se manifesta como *jurídico* e b) o *social*, como *extrajurídico*, são dados que se completam, como aspectos inseparáveis de um todo.⁸⁰ 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 se tem sustentado 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 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.⁸¹

⁷⁹ Forsthoff, Ernest. op. cit. p. 96 e seg.

⁸⁰ Garrido Falla, Fernando, *Las transformaciones del Régimen Administrativo*. Madrid, 1962. p. 91-2.

⁸¹ Radbruch, Gustavo. *Filosofia do direito*, trad. port. de L. Cabral de Moncada. Coimbra, 1961. v. 1. p. 104, 173 e seg. Sobre a essência finalista (cultura) do direito, pela qual este, como direito *sociológico*, se distingue do direito meramente *formal*, ver Sauer, Wilhelm. *Filosofia jurídica y social*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, 1933. p. 208 e seg.

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*, pelo 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”.⁸²

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 perseguir que não seja sob a forma de direito. Os chamados *fins jurídicos*, que consistiriam na garantia e proteção do direito, também constituem *apenas meios* a serviço de fins que transcendem 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 normas 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,

⁸² Garrido Falla, Fernando. op. cit. p. 93-94.

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”.⁸³

16. *A intervenção do Estado pela legislação, complementada 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,⁸⁴ também é certo que essa finalidade superior do direito deveria ser plenamente atingida mediante uma intervenção do Estado em determinados setores sociais desdobrada 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.⁸⁵ 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.

17. *A lei como norma jurídica em sentido material.* A legislação tem sua expressão na *lei*, como fonte primária do direito, no Estado moderno. Sob

⁸³ Kelsen, Hans. op. cit. p. 55 e seg. 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” Bettiol, Giuseppe. *Direito penal*. trad. bras. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo, 1966. v. 1, p. 4-6); Siqueira, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro, 1950. t. 1, p. 121.

⁸⁴ Sauer, Wilhelm. op. cit. e loc. cit.

⁸⁵ Garrido Falla, Fernando. op. cit. p. 96-8.

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.⁸⁶ 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*.⁸⁷

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*.⁸⁸ Além das normas constitucionais, há aquelas instituídas pelo legislador ordinário, compondo os esquemas genéricos e que, por isso, têm o caráter de normas gerais, abstratas e obrigatórias, ordenando a vida coletiva, “no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas”.⁸⁹ 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”.⁹⁰

Formada por um conjunto de normas gerais e abstratas tem ainda a legislação, como corolário, o caráter *preventivo*: na regulação da conduta humana,

⁸⁶ Affolter, Albert. *Eléments de droit public suisse* trad. franc. de Edouard Georg. Berna, 1918. p. 122-3.

⁸⁷ Carnelutti, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova 1936, v. 1, p. 13-17.

⁸⁸ Raggi, Luigi. *Diritto amministrativo*. Padova, 1936. c. I, p. 12-5.

⁸⁹ Silva, José Afonso da. op. cit. p. 10.

⁹⁰ Jèze, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, trad. argent. de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires, 1948. v. 1. p. 32.

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*. “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 desfavorecendo um indivíduo determinado, ou sobre um ato concreto, isoladamente considerado.⁹¹ A igualdade civil, imposta ao legislador,⁹² é a *jurídica* que, como ressaltou Ruy Barbosa, não consiste senão “em quinhogar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam”.⁹³

18. *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 superior, cabe ao Estado não só acolher e formalmente produzir as regras

⁹¹ Esmein, A. op. cit. p. 988-90.

⁹² Const. cit. art. 153, § 1º.

⁹³ Barbosa, Ruy. *Oração aos moços*, apud Jacques, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1967. p. 7; Radbruch, Gustav. op e loc. cit. p. 173 e seg. defendendo a *igualdade social*.

que devam compor o direito objetivo nacional, mas também assegurar o seu império, isto é, a sua executóriedade, 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 *obligatoriedade* 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.”⁹⁴

A característica da *obligatoriedade*, 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.

Como 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 a 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 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 subje-*

⁹⁴ Bielsa, Rafael. op. cit. v. 7, p. 136.

tivo, 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.⁹⁵

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’.”⁹⁶ 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 escalão para justificar o pedido de prestação jurisdicional”.⁹⁷

⁹⁵ Carnelutti, Francesco. op. e loc. cit. p. 18-19 e 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 qual 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 (Carnelutti, Francesco. *Teoria general del derecho*. trad. do italiano por Francisco Javier Osset, Madrid, 1955. p. 82).

⁹⁶ Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1947. v. 1, p. 13.

⁹⁷ Marques, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo, 1959. p. 53-7.

Outra e importante observação que merece destaque é a de que, na verdade, a norma jurídica de direito material, em regra geral, 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 culposo 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, traduzi-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, manifesta com a *desestimação* (*desestimación*, segundo a tradução espanhola) da demanda.”⁹⁸ Confirma Alfredo Buzaid 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”.⁹⁹ Em outras palavras, assim se manifesta Luis Legaz y Lacambra: “A ordem jurídica é uma; mas em sua fase ‘legal’ aparece sob um ponto de vista abstrato e estático que não expressa toda sua

⁹⁸ Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. trad. de E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid, 1948, v. 1º, p. 273.

⁹⁹ Buzaid, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo, 1972, v. 1. p. 191.

realidade. A realidade do direito, com efeito, não consiste na realidade que corresponde aos preceitos jurídicos, senão na realidade que esses adquirem graças à atualização e dinamização que recebem *nas relações jurídicas e no processo*".¹⁰⁰

19. *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 empenho 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.¹⁰¹ Criando o direito, exerce o Estado apenas um fim próximo, ou melhor, recorre a um *meio* (*Rechtszweck*), para atingir seus *fins últimos*, de desenvolvimento da força social (*Culturzweck*), inclusive suprindo as deficiências dos indivíduos e, afinal, justificando a sua própria existência.¹⁰² O cumprimento desses fins depende, portanto, não só dos empreendimentos privados, orientados pela ordem jurídica, mas também da ação estatal dirigida pela 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.

¹⁰⁰ Lacambra, Luis Legaz y. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1953. p. 615. Os grifos não são do texto original.

¹⁰¹ Lessona, Silvio. *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*. Bologna, 1960, p. 25.

¹⁰² Meucci, Lorenzo. *op. cit.* p. 42.

Essa intervenção do Estado no elemento social requer o emprego de *poderes jurídicos*, que são conferidos às entidades prepostas a 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 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-lhes certas prestações.¹⁰³ 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 de 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*.¹⁰⁴ 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

¹⁰³ Cernelutti, Francesco. *Teoría general del derecho*. cit. p. 195 e seg. Lessona, Silvio. op. cit. p. 16-7 Santoro-Passarelli, F. *Teoria geral do direito civil*. trad. port. de Manuel de Alarcão. Coimbra, 1967. p. 53. Zanobini, Guido. op. e loc. p. 143-5.

¹⁰⁴ Bielsa, Rafael. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires, 1952. v. 3 (Derecho constitucional), p. 21-2.

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 a quem pertencer. 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.¹⁰⁵

20. *Modalidades de intervenção da administração pública, como atividade concreta.* Conforme vem de ser exposto, é o Estado investido pelo direito de poderes que o habilitam a realizar também *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 a determinada conduta (que fomente 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”.¹⁰⁶ Tratando de serviços públicos, na concepção ampla que adota, acentua porém Léon Duguit a *obrigação* que têm 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, intervém o Estado nos mais variados setores da vida social, organizando serviços de ensino, de assistência de transportes, o serviço postal e o telegráfico, etc.,

¹⁰⁵ Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. cit. p. 56.

¹⁰⁶ Kelsen, Hans. op. cit. p. 312.

realizando atividades de natureza intelectual, moral e material, cuja suspensão haveria de gerar o caos, no interior da sociedade.¹⁰⁷

Essas atividades administrativas do Estado, na concretização de 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. “Encontramos 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 tem 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*.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Duguít, Léon. *Les transformations du droit public*. cit., p. 33 e seg.

¹⁰⁸ Lacambra, Luis Legaz y. *Administración y sociedade*. Madrid, 1964. p. 18-9. Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. op. cit. p. 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 de si mesmo (...); um poder que obrigará raras vezes a obrar, mas que se oporá incessantemente que se obre; que não destruirá, mas impedirá criar; que não tiranizará, mas comprimirá; mortificará, embrutecerá, extinguirá, debilitará e reduzirá, enfim, a nação a um rebanho de animais tímidos e industriais cujo pastor é o governante (op. cit. p. 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, conforme a letra e o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A promoção do desenvolvimento econô

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 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.¹⁰⁹

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

mico não pode significar a absorção dos membros do corpo social — reiterou João XXIII na Carta Encíclica *Mater et Magistra* (nº 50).

¹⁰⁹ Garrido Falla, Fernando. op. cit. p. 39 e seg. Waline, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris, 1946. p. 239 e seg. Duez, Paul & Debeyre, Guy. op cit. p. 497 e seg.

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 pólos 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 sem fins lucrativos que executem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos e as instituições beneficentes.

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 atos de autorização 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 disposta 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 às dimensões, à estética e à localização de edifício 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 estas

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).¹¹⁰ Em geral, porém, constituem empreendimentos privados do Estado, sob regime do 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.¹¹¹

O que interessa, portanto, para conceituar a administração pública em sentido material e substancial, *como primeira nota*, é considerar aquelas suas atividades que, como manifestações de 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 que organizem a administração pública, contenham um comando dirigido aos seus agentes, ou ainda regulem as relações jurídicas entre a mesma administração pública e os administrados, os seus preceitos se concretizam através de atos e fatos que constituem a chamada intervenção administrativa do Estado. É certo que a administração pública também cria atos normativos, de caráter geral e abstrato havidos como leis, sob o aspecto material. Ocorre que é através desses atos regulamentares — os regulamentos propriamente di-

¹¹⁰ 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 supera o de venda (Laufenburger, Henry. *La intervención del Estado en la vida económica*. trad. esp. de Gabriel Franco, México, 1942. p. 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 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 pelo orçamento estatal.

¹¹¹ Garrido Falla, Fernando. op. cit. p. 144-60. Rivero, Jean. *Droit administratif*. 2. ed. p. 353-5.

tos, 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 e materiais, incluindo a formação de pessoal, constitui mera função intermediária e preparatória.¹¹²

21. *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 pública se orienta no sentido da *satisfação direta e imediata* dos interesses públicos. Essa é, inquestionavelmente, a nota mais importante, quando se pretende distingui-las 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 intrumental*. 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*

¹¹² Carlos S. de Barros Júnior, lembra que para Paul Laband, a administração pública é a *ação do Estado*, pelo trabalho de crescente concretização que desce dos atos administrativos gerais até a prática de atos materiais, chamados *atos administrativos*. Expressivo é também o pronunciamento de Tito Prates da Fonseca: "Ao executar a lei, ao pretender fixar 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. v. 1, p. 59-65).

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, *destinados 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.¹¹³

22. *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 Bielsa¹¹⁴ — 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 contêm 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, e enquanto atue com o poder que lhe é próprio é o Estado regido por normas de direito público*, as quais, garantindo a prevalência dos interesses

¹¹³ D'Alessio, Francesco. op. e loc. cit. p. 17-8.

¹¹⁴ Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. cit. v. 1. p. 102.

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*.¹¹⁵

c) A administração pública em sentido formal

23. *Explicação do critério.* Embora muitos autores ainda prefiram identificar as atividades públicas, sob o *aspecto formal*, pela origem, parece mais certo reservar o critério ora examinado para destacar características diversas, sem confundi-lo com aquele outro, denominado subjetivo ou orgânico. Como indica 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, já que o formal diz respeito à *específica eficácia de cada um desses atos*.¹¹⁶

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 contêm normas gerais e abstratas, mas dotadas 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

¹¹⁵ Esse conceito impregnado pelo elemento teleológico, que é próprio da atividade administrativa em geral, é o adotado por eminentes tratadistas brasileiros e estrangeiros (Orlando, V. V. E. *Principii di diritto amministrativo*. 5. ed. Florença, 1925. p. 9-10. Basavilaso, Benjamín Villegas. op. e loc. cit. p. 43. Barros Júnior, Carlos S. de. op. cit. p. 40 e 60 e seg. e em trabalho recente, Luqui, Roberto Enrique. Algunas consideraciones sobre el concepto de administración pública. *La Ley*. n. 178. p. 3 e seg. Buenos Aires, Lunes, 17 set. 1973).

¹¹⁶ Zanobini, Guido. op. e loc. cit. p. 18.

eficácia da lei formal (decreto-lei) e 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.¹¹⁷

24. *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, quando 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 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 de lei, dada por Cino Vitta: a que estabelece um preceito geral ou que o derroga para um caso particular.¹¹⁸

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*.¹¹⁹ Essa superioridade consiste na inci-

¹¹⁷ Idem, ib., p. 19.

¹¹⁸ Vitta, Cino. *Diritto amministrativo*. 4. ed. Turim, 1954. agg. v. 1. p. 8-9.

¹¹⁹ 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

dência 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”.¹²⁰ Dada a particularidade que tem o direito de regular sua própria criação e aplicação, salientada por Kelsen, 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

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 Thiago Dantas: “Onde o exercício de 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. p. 60-76). 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*, confinando-se a legislação a “grupos eleitos que devem periodicamente responder ao eleitorado” e, por isso mesmo, jamais 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 *jurisdictio*, para o domínio do Estado, ou mais precisamente, do *gubernaculum* ou governo. Lamentavelmente porém, como reconhece Giovanni 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. p. 322-3).

¹²⁰ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, 1954. t. 1. p. 6. Santoro-Passarelli, F. op. cit. p. 86.

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 comportamento nela indicados”.¹²¹

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.¹²² 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 é 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 progressivamente especialização. O importante, nesse condicionamento total da admi-

¹²¹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. trad. argent. de Moisés Nilve. 2. ed., Buenos Aires, 1960. p. 25 e 43-4. Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, 1968. p. 57-8.

¹²² Merkl, Adolfo. op. cit. 211.

nistração pública, é que a ação do órgão administrativo depende da lei, embora essa dependência não se traduza em um 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 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*".¹²³

25. *Forma, procedimento e eficácia de 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 da exposição (relatório), na discussão (fundamentação) e na decisão (parte dispositiva), por expressa disposição legal.¹²⁴ 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 eviden-

¹²² Idem, ib. p. 223-5.

¹²⁴ Zanobini, Guido. op. cit. e loc. cit. p. 225-6. Fernandes Pinheiro, Hesio. *Técnica legislativa*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo, 1962, *passim*. Lucifredi, Roberto. *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*. Milano, 1963. p. 20 e seg. Lopes da Costa, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. ed. aumentada, rev. e atualiz. Rio de Janeiro, 1959. v. 3. p. 293-4.

te, 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 autoridade administrativa decidir sob a forma de um decreto ou de uma sentença de modo algum significa que esses atos produzam 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 consequência, 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.¹²⁵ 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 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 auto-

¹²⁵ Resta, Raffaele. *La revoca degli atti amministrativi*. (parte geral), Roma, 1970. p. 227.

ridades 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, 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.¹²⁶

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 percorrida 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*.¹²⁷ Realmente, o que importa é o preordenamento do *modo de sucessão* dos vários atos que, embora coligados 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 tam-

¹²⁶ Sandulli, Aldo M. *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959. (ristampa) p. 15-39. Sobre o tema foi consultada a recente *Introdução ao direito processual administrativo*, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. São Paulo, 1971.

¹²⁷ Merkl, Adolfo. op. cit. p. 278-81.

bém 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 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.¹²⁸

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.¹²⁹ 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, de praticarem *ex propria auctoritate*.” Assim,

¹²⁸ Sandulli, Aldo. M. op. cit. p. 1-6, 24-30, 41 e seg. Novelli, Flávio Bauer. A eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. v. 60, p. 16-26. abr./jun. 1960. p. 16-26.

¹²⁹ Zanobini, Guido. op. e loc. cit. p. 236. Novelli, Flávio Bauer. A eficácia do ato administrativo (II parte). op. cit. v. 61, p. 34. jul./set. 1960.

o administrador eventualmente se equipara ao juiz, porque tem a prerrogativa de aplicar as leis — as leis administrativas — até o seu último termo.¹³⁰ 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 *auto-executoriedade*.¹³¹

26. *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 o *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.¹³² 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.¹³³

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 pelo inferior hierárquico, o agente administrativo não decide em uma posição estranha aos interesses

¹³⁰ Guimarães Menegale, J. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1957. p. 58-9.

¹³¹ Cretella Júnior. *Do Ato administrativo*. São Paulo, 1972. p. 59 e seg. Sobre o tema consultou-se também Cassagne, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires, 1971. *passim*.

¹³² Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. cit. v. 1, p. 137.

¹³³ Idem, ib. Seabra Fagundes, M. op. cit. p. 121-2. Linares, Juan Francisco. tratando da *Cosa juzgada administrativa* (Buenos Aires, 1945), admite a mutabilidade administrativa dos atos unilaterais absolutamente nulos (p. 42-3).

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 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 enfrente 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*.¹³⁴

O princípio da legalidade, que domina a administração pública, deve estar, portanto, indissolavelmente 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 têm confirmado a doutrina e a jurisprudência, em nosso sistema, o exercício desse controle jurisdicional está limitado à apreciação dos aspectos estritamente legais da

¹³⁴ Carnelutti, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. cit. v. 1, p. 217-28.

atividade administrativa do Estado, que são opostas aos de natureza discricionária, fundados em razão 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”.¹³⁵

Comporta o exercício do controle jurisdicional, por sua natureza e finalidade, a *anulação* dos atos administrativos viciados de ilegalidade, que implica a 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 missão 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.¹³⁶

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

¹³⁵ Tácito, Caio. op. cit. p. 30. Seabra Fagundes, M. op. cit. p. 167.

¹³⁶ Seabra Fagundes, M. op. cit. p. 180-1. Novelli, Flávio Bauer. op. cit. *Rev. Dir. Adm.* v. 60, p. 19-20. Barbosa de Campos Filho, Paulo. *Ação popular constitucional*. São Paulo, 1968. p. 60 e seg.

Lopes Meirelles, é a coexistência de recurso administrativo com processo judicial para a apreciação do mesmo ato, por que se é aguardada a 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.¹³⁷ 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. 5º, inciso II, da Lei nº 1 533, 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 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.¹³⁸ 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.¹³⁹ 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.¹⁴⁰ 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,

¹³⁷ Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo, 1966. p. 91-2.

¹³⁸ Lopes Meirelles, Hely. *Mandado de segurança e ação popular*. São Paulo, 1967. p. 9-10.

¹³⁹ Schwartz, Bernard. *Le droit administratif américain*. Paris, 1958. p. 162-3.

¹⁴⁰ Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. cit. p. 163.

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 Restá, com razão, que constituindo a coisa julgada, em todos os ordenamentos jurídicos evoluídos, uma presunção *juris et de jure*, de legalidade, conferida pelas normas 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 impugnabilidade, contrastante com todo sadio, lógico e jurídico critério.¹⁴¹ Sequer a proteção constitucional do direito adquirido, fundado em um ato jurídico perfeito e eficaz,¹⁴² limitativa da legislação, é oponível à revisibilidade jurisdicional, já que podem ser questionadas, exatamente, a perfeição e a legalidade do ato e a suposta coisa julgada material.¹⁴³

27. *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 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”.¹⁴⁴

Com o atributo da *executoriedade*, — modalidade da sua eficácia a tipificá-lo como expressão da autoridade pública — o ato administrativo tem força suficiente para comportar execução coercitiva, impondo deveres e limitações aos administradores.

¹⁴¹ Restá, Raffaele. op. cit. p. 70-9.

¹⁴² Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. cit. p. 166.

¹⁴³ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. cit. v. 4, p. 140.

¹⁴⁴ Cirne Lima, Ruy. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. cit. p. 60-2 e 153. Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro, 1969. v. 1, p. 412-3.

Todavia, essa eficácia é de caráter provisório, porque o ato administrativo, mesmo quando criado ou confirmado 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 que, na execução e aplicação da lei formal e no exercício do poder público, são realizadas mediante procedimentos próprios, decompondo-se em atos administrativos, tipificados pela auto-executoriedade, mas de caráter provisório, posto que estão sujeitos à anulação, também por via jurisdicional, desde que ilegais e lesivos a interesses juridicamente protegidos.

4. O direito administrativo como direito público

28. A clássica distinção entre o direito público e o privado. A divisão do direito em dois ramos principais — o público e o privado — tem as suas raízes históricas no direito romano e está sintetizada na célebre fórmula do jurisconsulto Ulpiano: *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*. . . Ensina Pedro Bonfante que a definição já refletia a oposição entre a *res romana*, ou melhor, a *res publica romana* — a coisa pública romana, o povo romano, a que corresponde a moderna noção de Estado — e os cidadãos de Roma, regulando o *ius publicum* as relações políticas e os fins estatais (*quod ad statum rei romanae spectat*), enquanto o *ius privatum* incidia sobre aquelas relações estabelecidas entre os indivíduos, disciplinando a satisfação dos seus interesses particulares (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*).¹⁴⁵

Reputando funestíssima e perniciosa tal distinção, argumenta Kelsen que se o direito privado dispõe sobre dois sujeitos iguais, enquanto que, pelo direito público, um desses sujeitos estaria subordinado a outro, unicamente aquelas primeiras relações seriam verdadeiramente jurídicas, no sentido estrito do termo, eis que as de direito público seriam relações de *poder* ou de *domínio*, tipificadas naquelas estabelecidas entre o Estado e os seus súditos. Assim “a distinção entre o direito público e o privado tende a opor o direito ao Estado concebido como uma força que careceria total ou parcialmente de caráter jurídico”, sendo que, no direito público, “o interesse do

¹⁴⁵ Bonfante, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. trad. esp. de Luis Bacci, Andrés Larrosa e Fernando Campuzano Horme. Madrid, 1929. p. 13.

Estado e o bem público prevaleceriam sobre o direito estrito, enquanto que o direito privado seria de certo modo o verdadeiro domínio do direito”.¹⁴⁶ Aludindo a essa aversão manifestada por Kelsen, explica Legaz y Lacambra que, realmente, a *recepção* do direito romano na Alemanha, com a sua concepção dualista, veio fortalecer o absolutismo dos príncipes, pois aconteceu que esses, prevalecendo-se da divisão do direito, passaram a fundar no *ius publicum* os seus direitos e as suas prerrogativas de poder, traduzidos pela norma *princeps legibus solutus est*, que por sua vez os liberava da submissão às leis e lhes permitia enfrentar, com autoridade jurídica, o *direito popular* então existente, formado pelos costumes e, portanto, mediante processo eminentemente democrático. O *ius publicum* romano, servindo como direito das novas monarquias absolutas, deu então origem a um conceito de Estado distinto da concepção do direito, posto que apoiado na famosa *razão de Estado*, “forjada por Maquiavel, com a qual se designava o triunfo de todo o complexo de postulados políticos favoráveis ao príncipe e às suas autoridades, frente à ordem jurídica em vigor. Esse direito público “vinha por isso consagrar ampla margem de arbítrio no âmbito da administração interna e da política internacional”.¹⁴⁷

Mas apesar das distorções e críticas a que tem sido submetida e das divergências dos juristas para justificá-la, através de múltiplas teorias, a antiga distinção entre o direito público e o privado continua sendo aceita e prestigiada, não por simples respeito à tradição, como afirmam alguns dos seus opositores, mas pelo que tem de racional e de científico (Evaristo de Moraes Filho, através de amplo e erudito estudo, informa a existência de mais de cem teorias a respeito da distinção em causa, resumindo a posição doutrinária dos mais famosos tratadistas do tema).¹⁴⁸

29. *O direito público consagra a superioridade jurídica do poder do Estado, fundamentada na supremacia do interesse público sobre o privado.* Conceituado como uma *corporação territorial*, formada por um *povo* e dotada de um *poder de mando originário*, na síntese de Jellinek¹⁴⁹ tem o Estado como substrato uma comunidade humana que, por seu estágio de cultura, conhece suas próprias necessidades existenciais e, por isso, atua através de um processo racional, na definição dos seus objetivos.

¹⁴⁶ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. cit. p. 181-3.

¹⁴⁷ Legaz y Lacambra. *Filosofía del derecho*, cit. p. 345.

¹⁴⁸ Moraes Filho, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio, 1956. p. 9 e seg.

¹⁴⁹ Jellinek. op. cit. p. 135.

Com a constituição do Estado já se penetra no mundo do direito, em que são qualificados e tutelados determinados interesses presentes na vida comunitária e também se opera a conversão do poder social em poder jurídico, para ser exercido pelos governantes e demais agentes públicos. É que, além dos *interesses privados*, imediatamente pertinentes aos indivíduos e que merecem proteção jurídica, há os *interesses públicos* que, tendo conexão com aquelas necessidades existentes do corpo social, devem ser imperativamente atendidos pelo Estado, com o poder jurídico de que é titular.

A situação exposta parece suficiente para evidenciar que o poder do Estado deve ser organizado de modo a ficar garantido o prevailecimento dos interesses públicos sobre os privados. Apenas acontece que, no Estado moderno, ou melhor, no Estado de direito, a criação e a extensão do poder público não resultam da vontade pessoal e arbitrária dos governantes, mas na vontade coletiva, superiormente manifestada pelo poder constituinte e pelo poder legislativo, preservados os direitos fundamentais da pessoa humana. A regulação do poder do Estado decorre, em suma, de um complexo sistema de princípios e normas que constituem, exatamente, o *direito público*.

Com tais ressalvas, pode-se dizer, portanto, que a distinção entre os dois ramos do direito deve refletir a inegável e permanente *superioridade jurídica do Estado*, sempre que atue com o poder que lhe é próprio, porque vinculado à defesa dos interesses públicos.

Por isso é que a convivência social, sob o direito, gera dois tipos diferentes de relações jurídicas, segundo a qualidade dos interesses em causa. As relações interindividuais, isto é, as nascidas e mantidas entre particulares, cujos interesses são juridicamente iguais, baseia-se na liberdade da pessoa humana, expressa pelo princípio da *autonomia da vontade*. Vale dizer: um indivíduo somente se vincula à vontade de outro querendo ou aceitando essa sujeição, manifestando a sua própria vontade, expressa ou tacitamente. As relações jurídicas de índole privada são, portanto, em regra, de *natureza contratual*, supondo um livre acordo das vontades dos seus participantes. Já as relações jurídicas entre o Estado, *como tal* e os particulares, dada a desigualdade dos interesses em confronto, fundamentam-se em um princípio oposto, qual seja o da *autoridade*, pelo qual a pessoa dotada de poder público é situada pelo direito em uma posição de superioridade jurídica e impõe a sua vontade à outra através de *atos unilaterais*.

É certo que a lei, como genuína manifestação unilateral da vontade estatal, regula tanto as relações privadas, quanto as públicas. Sob esse aspecto,

conforme reconhece Giorgio Del Vecchio, *tudo o direito é público*, quanto à origem e enquanto promana do Estado. Contudo, o que importa salientar é que ao emitir normas jurídicas o Estado a) ora o faz para organizar-se a si mesmo, definindo e explicitando a soberania de que é depositário, inclusive quando atue frente aos membros da sociedade humana, b) ora determina as relações jurídicas interindividuais, das quais o próprio Estado não participe, com o seu poder de *imperium*. Na primeira situação, possui o direito o carácter público, “não só por emanar do Estado, mas também por regular atividade do Estado, como tal”. No segundo caso, porém, o direito será público apenas em consideração à fonte donde provém, mas as suas normas serão de direito privado.¹⁵⁰

O conteúdo da lei formal é que a tipificará como norma de direito privado ou de direito público, segundo dispense tratamento igualitário aos sujeitos das relações jurídicas que regule ou seja fonte imediata da sujeição do indivíduo ao comando da autoridade estatal. O típico relacionamento de direito público será aquele abstratamente estabelecido pela norma legal, assegurando a supremacia jurídica do Estado e que se concretizará mediante atos de execução, unilaterais e autoritários, emanados dos agentes públicos e a que devem obediência os particulares. As relações de direito privado são chamadas de *coordenação*, porque estabelecidas entre sujeitos portadores de interesses *juridicamente iguais*, ao passo que as de direito público são as de *subordinação*, dada a indicada *superioridade jurídica* do interesse de um dos sujeitos e que legitima seu poder de supremacia sobre a outra parte.

Também é verdade que entre as relações privadas há casos excepcionais de subordinação individual à vontade alheia, como ocorre com o filho, juridicamente submetido ao pátrio poder, enquanto que no âmbito do direito público há relações de coordenação, como as estabelecidas entre os estados. A observação tem a utilidade de valorizar o aspecto subjetivo, que igualmente caracteriza as relações jurídicas *regidas pelo direito público interno*, em que um dos sujeitos será necessariamente um ente estatal ou seu delegado. Por outro lado, permite que se revigore a afirmação de que cabe ao direito público regular o poder do Estado já que esse, inserido no conceito de soberania, é inclusive limitado pelos princípios e normas do direito internacional público.

¹⁵⁰ Vecchio, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. trad. portuguesa. Coimbra, 1951. p. 273-5.

Ao demais, o que mais importa é a já aludida *tipicidade* de que se revestem as diferentes modalidades de relações, por sua vez transmitida pela *estrutura das normas jurídicas* que as regem, ora marcadas pelo traço da coordenação, ora pelo da subordinação. Nesse sentido conforme ensina Legaz y Lacambra, “são de direito público aqueles complexos normativos nos quais, de modo típico, a condição estabelecida em as normas *é uma vontade estranha ao obrigado* (grifou-se), enquanto são de direito privado aqueles outros complexos normativos nos quais, de modo típico, *a vontade dos homens que se obrigam constitui por si mesma e de modo direto*, (grifou-se) o fato condicionante da obrigação estatuída pelas normas”. Assim sendo, toda norma jurídica “tem de adotar uma dessas estruturas, e por isso são estas formas jurídicas apriorísticas”.¹⁵¹

A superioridade jurídica do Estado, que nasce dos princípios e normas que formam o conteúdo do direito público sempre se apresentará *identificada com o poder público*. Reitera Francisco Ferrara que a distinção entre o *jus publicum* e o *jus privatum* repousa na diversa posição dos sujeitos da relação jurídica, havendo *relação pública* quando um deles intervém como portador de potestades supremas, investido do *imperium*, enquanto que *relação privada* todos os sujeitos se contrapõem em condições de paridade, em um mesmo pé de igualdade.¹⁵² É inegável, portanto, que o direito público supõe uma *relação de sujeição* — na expressão de Otto Mayer — porque vincula “pessoas desiguais do ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior”.¹⁵³

30. *O direito administrativo, como ramo do direito público, organiza e regula o poder administrativo do Estado.* A doutrina anteriormente exposta neste capítulo tem inteira aplicação quando se trata do *direito administrativo* que, como departamento do direito público, tem por objeto reger a atividade administrativa do Estado, exercida *como manifestação do poder público*.

Examinando a distinção entre os dois ramos fundamentais do direito, com base no *interesse* e no *sujeito da relação jurídica*, reafirma Marcello Caetano que o direito administrativo se classifica como direito público qualquer que seja o critério adotado: o interesse público é a idéia dominante de todas as

¹⁵¹ Legaz y Lacambra. *Filosofía del derecho*. cit. p. 350. Basavilbaso. *Derecho administrativo*. cit. v. 1, p. 68-9.

¹⁵² Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. trad. esp. da 2. ed. ital. por Eduardo Ovejero y Mauri, Madrid, 1929. p. 692-3.

¹⁵³ Mayer, Otto. op. e loc. cit. p. 144.

normas jurídico-administrativas, reguladoras das relações que têm por sujeito uma pessoa singular ou coletiva dotadas de poder público. “Portanto — conclui o jurista português — sendo as relações reguladas pelo direito administrativo tendentes a realizar interesses públicos e resultando daí que um dos sujeitos, pelo menos, exerce prerrogativas de autoridade, não há dúvida acerca do caráter público deste ramo da ordem jurídica.”¹⁵⁴

É precisamente no campo da administração pública que o poder público, como poder administrativo, se revela com a mais rica variedade de expressões, afetando a liberdade e a propriedade privadas e que, sob a designação de *poder de polícia*, disciplina múltiplos setores da vida social, atuando através de atos unilaterais e concretos, dotados de auto-executoriedade. O exercício do *poder de desapropriação* e de *requisição* e mesmo do *poder impositivo*, em matéria tributária, estão a serviço do interesse público cujo atendimento compete às autoridades administrativas do Estado, inclusive fomentando e protegendo as atividades privadas. A organização e a execução dos serviços públicos, como é sabido, estão submetidas a um regime especial de direito administrativo que, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, é caracterizado pela “utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade...”¹⁵⁵ É certo ainda, que mesmo nos casos em que as situações jurídicas são originariamente formadas pela livre manifestação de vontade dos indivíduos, como pertinentes ao emprego público e aos contratos administrativos justifica o interesse público e consagra o direito administrativo e persistente superioridade jurídica do Estado.

5. A conceituação do direito administrativo

Já se evidenciou que na conceituação do direito administrativo, que é aqui proposta ou pelo menos tentada, não se busca a originalidade, mas tão somente justificar a opção por uma das muitas posições doutrinárias que têm sido assumidas pelos tratadistas da matéria.

Sequer se pretende sustentar um conceito que possa ser havido como próprio e exclusivo do direito administrativo brasileiro, por se entender que

¹⁵⁴ Caetano, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Lisboa, 1965. p. 25-6.

¹⁵⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo, 1973. p. 19.

o sistema de princípios e normas que rege, entre nós, a administração pública, não se distingue, substancialmente, dos vigentes em outros países. As divergências de critérios, que dividem os juristas patrícios, são basicamente as mesmas reveladas pelo tratados dos doutrinadores estrangeiros.

Poder-se-ia argumentar que, no Brasil, não cabe ao direito administrativo regular as atividades de controle jurisdicional da legalidade das atividades da administração pública, como acontece na França, onde é adotado o sistema do contencioso administrativo. Mas não constitui peculiaridade do direito público brasileiro a circunstância de que esse mesmo controle é exercido sob a regência do direito processual, dado o monopólio da função jurisdicional, pelos órgãos do Poder Judiciário, ressalvadas as exceções já conhecidas.

Com o aplauso de Hely Lopes Meirelles, assevera Barros Júnior que o nosso direito administrativo apresenta a particularidade de disciplinar, não apenas os atos do Poder Executivo, mas também as atividades de reconhecido caráter instrumental, exercidas pelas autoridades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário que, por sua natureza e forma, possam ser consideradas como tipicamente administrativas.¹⁵⁶ O que ocorre ponderar é que, ao lado de uma teoria geral do direito privado, que fornece a definição dos institutos desenvolvidos, sobretudo, no campo do direito civil, também já se forma uma teoria geral do direito público, em que se situam conceitos como o do ato administrativo e os princípios básicos do emprego público, elaborados pelo direito administrativo e que têm a mais ampla aplicação em outros compartimentos do direito. Isso posto, o que parece importante é fixar na administração pública, como atividade do Estado, o objeto precípua e fundamental do direito administrativo, sem confundir-la com a limitada *administração interna* dos órgãos legislativos e jurisdicionais, preponderantemente regulada por normas regimentais e das leis de organização judiciária, que estão sob o domínio do direito constitucional e do direito judiciário. Tal é aliás, a orientação seguida também pelo jurista Hely Lopes Meirelles que, não obstante o registro do fato referido, conceitua o direito administrativo com base na administração pública, em sentido material, ou seja, como “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*, cit. p. 7 e 8.

¹⁵⁷ Lopes Meirelles, Hely. op. cit. p. 8 e 9.

Diante do que foi exposto, considerando o direito administrativo como o ramo do direito público formado pelos princípios e normas que sob a Constituição regem a administração pública, compreendida esta:

1. sob o aspecto subjetivo, como um conjunto de órgãos e pessoas jurídicas, isto é, quanto à sua composição ou *organização*;
2. sob o aspecto objetivo, como as atividades do Estado destinadas à *satisfação concreta e imediata dos interesses públicos* e,
3. sob o aspecto formal, como *manifestação do poder público* decomposta em atos jurídico-administrativos dotados da propriedade da auto-executoriedade, ainda que de caráter provisório, conceitua-se o direito administrativo, afinal como:

“o conjunto de princípios e normas que, sob a Constituição, têm por objeto reger a organização e o exercício das atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos, mediante atos jurídicos tipificados pela auto-executoriedade, de caráter provisório, posto que sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade”.

O Instituto de Organização Racional do Trabalho do Rio de Janeiro — IDORT-RJ — como seus congêneres de outros Estados, propõe-se a realizar e proporcionar a seus associados e demais interessados:

Intercâmbio internacional	Revista
Forum de estudos	Biblioteca
Treinamento	Prêmio de organização e administração
Assistência técnica	Congressos

Sede: Praia de Botafogo, 186, Rio de Janeiro, RJ.