CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

OSVALDO A. BANDEIRA DE MELO
Professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica de S. Paulo, desembargador do Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: — *Organização jurídica do Estado. Direito Constitucional. Outros ramos do direito. Ação legislativa e executiva do Estado. Função jurisdicional; Crítica da separação das funções do Estado. Direito Administrativo.*

1. O Estado, como organização jurídica de um povo em dado território, sob um poder supremo, para realização do bem comum dos seus membros, pressupõe, de um lado, a ordenação jurídica do Estado-poder, e, de outro, a do Estado-sociedade. A do Estado-poder diz respeito à sua própria organização jurídica, como meio para consecução do fim do Estado-sociedade, seja nas relações externas, com outros Estados, seja nas relações internas, com sua própria estrutura política. A do Estado-sociedade se refere à organização jurídica da vida social dos indivíduos que compõem o seu povo, tanto nas suas recíprocas relações, envolvidas mediatamente pela autoridade estatal, como nas relações imediatas dêsses indivíduos, isoladamente ou em sociedades menores por êles constituídas, com o Estado-poder e vice-versa.

Com referência à ordenação jurídica do Estado-poder sobrelevam as normas relativas à existência dêle, como autoridade suprema do Estado-sociedade. Dão-lhe estrutura e delimitam as suas prerrogativas a fim de atuar. Corresponde a mais elevada das suas próprias funções: a constituinte. Essas normas jurídicas enfeixam o Direito Constitucional. Êle trata do ordenamento jurídico da organização do Estado nos seus elementos essenciais. Define, assim, regime político, em face de dada forma que o Estado assume, o sistema de govêrno da sociedade, que institui, e os limites conseqüentes das respectivas ações, através de direitos reconhecidos e assegurados aos indiví-

duos, de *per si* considerados, ou agrupados, formando comunidades, sejam estas impostas, mais pelas exigências da natureza humana, sejam frutos prevalentes de atos voluntários. Dá, enfim, personalidade jurídica ao Estado-sociedade tornando-o a pessoa jurídica por excelência.

Destarte, ao Direito Constitucional cabe estabelecer os órgãos substanciais do Estado, isto é, as repartições e agentes, para efetivação do govêrno que lhe compete na vida social, com a determinação das suas respectivas atribuições, isto é, distingue os órgãos a que cabem as funções essenciais do Estado e descreve o seu exercício.

Então, dispõe se o Estado é federal ou unitário. Prevê se a investidura dos governantes se faz por processo popular, democrático, ou pela imposição déles próprios, autocrático, senhorial. Cogita da maneira de o povo se representar no govêrno, através de expressão de movimento de opinião político-partidária, ou de opinião pública de classe ou profissão. Divide o exercício da função pública entre podêres distintos, embora harmônicos no exercício da ação legislativa, executiva e judicante. Regula se o chefe do Estado é eleito pelo povo e temporário, ou hereditário e vitalício, ou melhor, se o govêrno é republicano ou monárquico; e, ainda, se o regime é de independência de podêres entre os órgãos legislativos e executivos, de monarquia constitucional e república presidencial, ou de coordenação, monarquia e república parlamentar ou convencional, segundo a preponderância dos órgãos executivos ou legislativos; e, afinal, se a chefia do Estado é una ou colegiada. Assim, o Congresso ou o Parlamento, a Monarquia e a Presidência, o Conselho de Ministros ou o Ministério, os Tribunais e os Juízos, são órgãos essenciais de dado regime constitucional, bem como os respectivos podêres fundamentais, especificadores das suas ações. Já a organização das comissões parlamentares das assembléias deliberantes, a organização da presidência ou monarquia e dos ministérios e da magistratura, bem como a enumeração desenvolvida das suas múltiplas atribuições são de caráter mais secundário, condizem com os órgãos complementares a serem criados, acidentais ao regime constitucional do Estado, indiferentes à sua estrutura política, à sua própria tipologia. Por conseguinte, essa ordenação já se acha fora do Direito Constitucional. Pertence a outros ramos jurídicos.

Além de disciplinar a organização essencial do Estado e das respectivas atribuições dos seus órgãos fundamentais, como decorrência do sistema político, o Direito Constitucional delimita a ação do Estado, através do govêrno, de modo negativo, estabelecendo-lhe barreiras, em favor dos direitos proclamados e assegurados aos indivíduos e aos grupos sociais menores, por êstes

formados, como, ainda, positivo, prescrevendo o seu programa ideológico em prol da coletividade. Por conseguinte, assinala a compreensão e extensão da liberdade e igualdade dos indivíduos, fixa os contornos da propriedade e giza a ingerência do Estado no terreno social. Já a regulamentação dêsses direitos assegurados aos particulares, de liberdade, de igualdade e de propriedade, tendo em vista a harmonia do seu exercício por todos, isto é, o bem dos indivíduos coletivamente considerados, de modo a condicionar o âmbito das faculdades de cada um, assim como a regulamentação da efetivação da ingerência do Estado-poder na vida da sociedade política, relegando aos particulares maior soma de podêres nas suas relações recíprocas ou mesmo para com o Estado-poder, ou assumindo êste grande número de podêres, restringindo o âmbito de ação dos indivíduos e ampliando a sua, dizem respeito a outros ramos jurídicos, distintos do Direito Constitucional.

Embora essas matérias pertinentes aos órgãos acidentais de dado tipo de Estado-poder e respectivas atribuições, bem como as pertinentes ao condicionamento jurídico da liberdade, igualdade e propriedade asseguradas, e ao desenvolvimento jurídico dos princípios ideológicos do Estado-poder, na consecução do próprio programa de sua ação, sejam estranhas ao Direito Constitucional, podem os constituintes, no exercício das suas funções, incluir algumas delas, nos textos constitucionais. Com isso não passam a constituir matéria de Direito Constitucional, a pertencer a êsse ramo jurídico, mas, sob o aspecto formal, integram a constituição de dado Estado-sociedade, e nesse último sentido são constitucionais.

2. Constitucionalmente estruturado, o Estado-poder se acha em condições de levar a efeito o seu fim, razão de ser da sua existência, qual seja o bem comum do Estado-sociedade. Então, promulga essa legislação orgânica e complementar supra-referida, dando estrutura aos órgãos acidentais, aos tipos de dado Estado e regrando o exercício dos podêres e deveres dos indivíduos nas suas relações sociais recíprocas, ou dêles com o Estado-poder e vice-versa.

Estabelece normas jurídicas sôbre a conduta dos indivíduos, de que se compõe o povo do Estado-sociedade, isoladamente ou em comunidades por êle criadas, facultando-lhes podêres e reconhecendo-lhes direitos, de modo a desfrutarem a melhor vida social, ao mesmo tempo que lhes veda a prática de determinados atos, considerados contrários à ordem social e lhes impõe a consecução de outros, havidos como condizentes com ela, que enfeixam deveres e obrigações. Igualmente, estabelece normas jurídicas sôbre a

conduta do Estado-poder, segundo a programática constitucional, condicionando o exercício das faculdades e dos direitos dos indivíduos nas suas relações sociais, a fim de propiciar a sua harmônica atuação, ou regulando a sua própria atividade, de ação preventiva ou repressiva, quanto aos atos vedados aos indivíduos e quanto à consecução de outros a êles impostos.

Diz respeito à sua ingerência nas relações dos indivíduos. Ela pode restringir-se à simples proteção e fomento, e, então, deixa largo campo a êles, na criação e realização dos respectivos direitos e obrigações, ou pode estender-se, de tal modo, a ponto de substituir as atividades particulares pela do poder público, através da socialização de ampla área de relações. Essa diversidade de posições varia em virtude da diretriz político-social do Estado-poder, em função de concepções doutrinárias, desde o individualismo, que quase reduz a sua ação à proteção dos direitos dos particulares através de normas jurídicas, a fim de deixá-los fazer, ao respectivo sabor, a sua vida social, ao socialismo, na sua forma máxima de coletivismo integral, em que absorve a totalidade das atividades dos particulares de prestação de obras e serviços aos seus semelhantes. Compreende, ainda, posição intermédia, flexível, ora mais ora menos extensa, em que intervém na ordem social para ajudar aos particulares, seja através do fomento das suas atividades, seja substituindo-se a êle em diferentes setores de vida social. Afinal, estabelece normas jurídicas referentes às suas relações na sociedade internacional. Aí está a ação legislativa do Estado no que concerne à sanção de normas jurídicas de conduta, gerais, abstratas e impessoais.

Nesse mister, edita normas jurídicas que disciplinam o estado e a capacidade dos indivíduos, isoladamente, como pessoas físicas ou naturais, ou de comunidades por elas formadas, pessoas coletivas ou jurídicas e suas relações na ordem civil, condizentes com os seus interêsses privados. Dizem respeito à família e à constituição do seu patrimônio; ao regime da propriedade e de outras figuras jurídicas que constituem desmembramento dela; aos institutos pertinentes aos vínculos recíprocos, de direitos e obrigações, suscetíveis de serem firmados pelos particulares relativos às coisas e aos serviços pessoais; enfim, à transmissão, por morte, dos respectivos bens. Promulga normas jurídicas que regulam as atividades das pessoas, físicas ou naturais e coletivas ou jurídicas, de mediação especulativa, com objetivo imediato de lucro, mediante o ordenamento dos atos de comércio, de produção, circulação e consumo da riqueza; bem como as normas jurídicas que regem as relações de prestação de trabalho em conjunto, nas emprêsas industriais, e de proteção das marcas, nomes e sinais de propaganda de produtos

destas. Prescreve normas jurídicas sôbre os deveres das pessoas, com delimitação das suas ações e conseqüentes sanções pelo seu desrespeito, a fim de manter-se a ordem social. Destarte, emite normas jurídicas chamadas de ordem pública e dos bons costumes, que cumprem ser obedecidas pelos particulares nas suas recíprocas relações civis, e cujo desconhecimento acarreta a nulidade dos atos praticados, e, muita vez, a composição patrimonial dos danos, e, mais ainda, as normas jurídicas de direito penal e contravencional, para prevenir e reprimir fatos que atentam contra a ordem social, na pessoa e bens dos indivíduos vivendo em sociedade, e cujo desrespeito acarreta a sujeição a penalidades de multa aos infratores, ou mesmo, de perda da sua liberdade, e, até, da própria vida.

Para que desfrute dado Estado soberano de posição de independência frente aos outros Estados, se impõe o estabelecimento de normas jurídicas internas condizentes com as suas relações internacionais, regidas por êsse direito, que cogita do ordenamento do bem da humanidade. Essas normas jurídicas dizem respeito a regras da sua conduta na defesa externa, de caráter amistoso, de natureza pacífica, a fim de atender aos recíprocos interêsses e aos bens dos respectivos povos; ou, então, bélicas, em ocorrendo necessidade de impor militarmente a sua independência na ordem internacional. Já dispondo sôbre as relações internas, há normas jurídicas que cuidam da conduta do Estado-poder relativas à tranqüilidade das relações recíprocas dos indivíduos, de que se compõe a sua população, das pessoas privadas, físicas ou naturais e coletivas ou jurídicas, participando dos fatos e atos a ela atinentes para garanti-los, oferecendo os meios de regularidade dos seus negócios, contribuindo para a sua formação, para lhes dar a prova necessária e a publicidade precisa. Outras atentam com a conduta do Estado-poder em limitar o exercício de liberdade e propriedade de cada um, para bitolá-los à liberdade e propriedade de todos os outros, componentes da vida em comunidade, para conservação da coexistência social. Normas jurídicas ainda se preocupam com a conduta do Estado-poder, no propiciar meios e regular modos para os particulares melhor atingirem o bem-estar físico, de incremento demográfico, de sanidade do povo, de higiene social; de bem-estar econômico, relativo à produção, circulação e consumo de riqueza, assistência e previdência social dos seus cidadãos em geral e do trabalhador em especial; de bem-estar intelectual, condizente com a instrução e a cultura dos indivíduos e a sua formação moral e cívica. Conduta essa levada a efeito mediante atividades dos particulares, simplesmente asseguradas e fomentadas pelo Estado-poder, ou através da própria gestão de ditos cometimentos, no interêsse da coletividade, ante a sua transformação em obras e serviços públicos estatais.

Afinal, se impõe o estabelecimento de normas jurídicas, que regulem a aquisição e disposição pelo Estado-poder dos bens necessários para utilizar nas suas atividades e permitir o seu próprio custeio.

3. Pois bem, a realização, em concreto, de tôdas essas normas jurídicas, referentes à conduta do Estado-poder, seja através de atos jurídicos de manifestação de vontade, portanto, para produção de efeitos na ordem do direito, de efetivação da ação pública legislativa, seja mediante atos materiais, pressupostos ou complementos diretos daqueles, ou mesmo, atos materiais, com certa autonomia, de oferecimento de comodidades aos particulares, de prestações de coisas ou de serviços de natureza pública, mas informados pelo direito, ou nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, isto é, efetuando obras públicas ou executando serviços públicos, envolve a ação executiva do Estado-poder.

Verifica-se a sua ação, na ordem externa, fazendo tratados com outros Estados, regulando as suas relações diplomáticas, seja de conservação da paz, seja de prevenção, na hipótese de eventual guerra, sôbre conciliação de desinteligências ou sôbre alianças bélicas, ou mesmo, de interêsse interno com reflexo na ordem internacional, por transcenderem a órbita nacional, e beneficiarem a vários Estados. Isso se observa nos acôrdos relativamente à navegação de rios internacionais, nos consórcios internacionais de correio, de telecomunicações e de medidas; bem como nos entendimentos relativos à polícia dos mares, ao tráfico de mulheres e de drogas entorpecentes; além disso nos ajustes sôbre proteção dos direitos de autor e inventor, de marcas de fábrica, de nomes de estabelecimento comercial e de sinais de propaganda. Ainda dêsse teor são as concordatas firmadas entre a Igreja e o Estado, pois enquanto êste se ocupa com a vida temporal dos indivíduos que compõem o seu povo, aquela se preocupa com a vida espiritual dêsses mesmos indivíduos que, concomitantemente, são membros integrantes de uma e de outro, impondo-se, destarte, colaboração necessária a ambos, para considerar-se o ser humano na sua totalidade. Afinal, é de se mencionarem os serviços oferecidos pelas repartições públicas criadas e organizadas para tanto, embaixadas, legações e consulados, aos nacionais do Estado, através dos diplomatas e cônsules, e outros agentes públicos, dando-lhes a assistência necessária, prestando-lhes as informações pedidas, propiciando os meios de ter contacto com o país natal, e mesmo pondo vistos em passaportes de estrangeiros, que queiram viajar para o Estado a que servem. Há, ainda, a ação executiva com referência ao problema da emigração e imigração.

Por outro lado, na ordem interna, pratica o Estado-poder os atos jurídicos sôbre as fôrças armadas, para a sua formação, a abertura de inscrição do voluntariado, a convocação de classes para prestação de serviço militar, de mobilização dos cidadãos válidos em caso de guerra ou de ameaça de eclosão, de dispensa dos arrimos de família, de exclusão dos incapazes, de exercício de comando das fôrças armadas pelo Chefe do Estado, bem como os atos materiais de preparação dos meios e modos de defesa, e, mesmo, de ataque contra possível agressão, através da obtenção ou fabricação da maquinaria para tanto e do adestramento dos cidadãos e militares, que visam manejá-la, atos materiais êsses informados pelo direito ou segundo os seus têrmos. Constituem todos aspectos da ação executiva do Estado-poder, com referência ao direito militar, mediante atos jurídicos ou materiais, em que se concretizam as normas jurídicas relativas a êsse ramo do direito.

Igualmente, como pertinente à ação executiva do Estado-poder, devem ser considerados os atos jurídicos por êle praticados, ao participar de atos jurídicos dos particulares, para assegurar a sua efetivação, dando-lhes publicidade e ensejando-lhes elementos probatórios da sua realização e mesmo fiscalizando-os. Por exemplo, com referência ao direito civil, os atos de registro de nascimento e morte de pessoas físicas ou naturais, os de autorização, constituição ou extinção de pessoas coletivas ou jurídicas, as averbações de alteração do estado civil daquelas e modificação do regime jurídico destas; os atos jurídicos de habilitação de casamento e publicação de proclamas, de realização de casamento perante autoridade competente e respectivo assentamento, com estabelecimento do regime de bens; os atos jurídicos de registro de documentos e de escrituras públicas, para valerem contra terceiros, as próprias escrituras públicas, relativas aos diferentes negócios jurídicos de vida civil, pertinentes ao direito das coisas, das obrigações e das sucessões, por vêzes de essência mesma dos atos, como os pactos antinupciais e as doações, bem como os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sôbre imóveis de valor superior a certa importância. Compreende não só os atos jurídicos de documentação, como, outrossim, os atos jurídicos de certidão a êles relativos. Os atos jurídicos de reconhecimento de assinaturas ou de firma. As escrituras públicas, através da qual se fazem declarações de reconhecimento de filhos ou de sua emancipação, bem como as de instituição de bem de família. Todos êsses atos são levados a efeito em tabelionatos e cartórios, ou outras repartições públicas criadas e organizadas para tal fim. Os atos jurídicos e mesmo materiais de fiscalização das fundações pelo Ministério Público, a fim de resguardar a vontade do instituidor e a boa con-

secução dos objetivos da instituição. Por sua vez, no direito comercial, os registros de comerciantes e dos seus livros e das sociedades comerciais, dos usos e costumes de dada praça nas Juntas Comerciais, os protestos de títulos de crédito não pagos nos vencimentos, para efeito de cobrança em cartório especializado, a realização dos negócios de títulos, através das Bôlsas Oficiais de Valôres. Também no direito industrial, o registro de invenção, de marca de fábrica, de nome comercial, de sinal de propaganda, nas repartições públicas próprias, para defesa dêstes patrimônios. A participação na execução das normas jurídicas relativas ao direito trabalhista, quanto à identificação profissional, à fixação do salário mínimo, à fiscalização das suas normas cogentes, de proteção ao trabalhador e aos direitos a êle reconhecidos, ao reconhecimento dos sindicatos e ao exercício dos seus podêres, através de repartições públicas, criadas e organizadas para consecução de tais objetivos.

A ação executiva do Estado ainda se manifesta no exercício do seu chamado poder de polícia, pelo qual efetiva as medidas legais a êle pertinentes, de condicionamento da liberdade e da propriedade de cada indivíduo em função do bem-estar coletivo. Corresponde à polícia administrativa pròpriamente dita. Além dela, há as polícias judiciária, com atuação material na descoberta de crimes, e jurídica, na elaboração dos inquéritos policiais para instruir os processos criminais e contravencionais como início de procedimento de responsabilidade judiciária. A polícia administrativa enfeixa a polícia de segurança, que visa a garantia da ordem pública, ao expedir cartas de habilitação de motorista, de identificação pessoal; a polícia sanitária, que se preocupa com a proteção à saúde, face à obrigatoriedade da vacina, do isolamento dos atacados de certas moléstias, das construções de prédios segundo certas exigências de higiene; a polícia educacional, que resguarda a educação relativa à fiscalização do ensino privado, quanto à habilitação dos professôres, à matéria lecionada, à seriedade das provas de habilitação dos alunos; a polícia econômica na tutela da economia, ante a fiscalização bancária, quanto ao crédito dos negócios, no comércio, quanto ao preço, à medida e autenticidade das mercadorias; a polícia social e moral na defesa da vida social e dos princípios morais. Tudo isso através de repartições criadas com ditos objetivos e mediante agentes nelas investidos, para consecução de seus desideratos.

Além dos atos jurídicos de execução das normas jurídicas limitadoras da liberdade, da igualdade e da propriedade das pessoas, para atender aos

objetivos de segurança, saúde, educação, economia e moralidade do Estado-sociedade, há os atos materiais de ação direta do Estado-poder de realização de obras e de prestação de serviços, de proteção da incolumidade pública, levados a efeito nos têrmos das normas jurídicas, condizentes com a integridade das pessoas e dos seus patrimônios, através dos serviços de guardas policiais, de extinção de incêndios, de pronto socorro contra acidentes e males individuais; de atenção à saúde pública, através de obras de saneamento de zonas insalubres, de combate a animais e plantas transmissores de moléstias, de serviços de assistência médica, dentária, farmacêutica e hospitalar; de difusão de ensino, mediante os serviços públicos de sua prestação nas escolas públicas, nos diferentes graus, acessível a todos, de auxílio ao funcionamento das escolas privadas, de defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, mediante constituição de bibliotecas e museus, e de impulso às obras recreativas de caráter instrutivo, como os jardins botânicos e zoológicos, e de desenvolvimento físico, como as competições desportivas, amparo ao teatro, ao cinema, ao rádio e à televisão, e organização do turismo; de intervenção na economia, através do fomento das atividades industriais privadas, por meio de incentivo de feiras de amostras, de exposição de produtos, ou de assunção direta da economia nacional, através de emprêsas públicas de prestação de serviços de transporte, de correio e telecomunicações, de fornecimento de comodidades de energia, de produtos básicos, de empreendimentos agrícolas, de estabelecimentos de crédito, de efetivação de seguros; de previdência e assistência social à velhice desamparada, aos desempregados aos hipossuficientes. Êsses atos materiais de prestação de serviços muitas vêzes pressupõem, ainda, a execução material de obra. Contudo, tanto aquêles como esta se efetivam condicionados por atos jurídicos de interêsse concreto, executivos, na conformidade das normas jurídicas gerais e abstratas que regulamentam a execução dos referidos serviços e obras. Algumas vêzes a própria prestação dêsses serviços se efetiva através de atos jurídicos, tais como o de assistência judiciária aos em situação econômica ou posição social inferior necessitando da vigilância jurídica do Estado; de fiscalização de escolas privadas e expedição dos respectivos diplomas para fins de direito; de isenções de tributos, de concessões de terras, de financiamentos e de aberturas de créditos às indústrias.

Afinal, há a execução das normas jurídicas para obtenção de bens necessários para a atividade do Estado-poder, seja em espécie, seja em dinheiro contado, ou mesmo a prestação de atividades dos particulares, às vêzes, até compulsivamente exigida.

4. Afora as ações legislativa e executiva do Estado, há uma outra, chamada judicante, através da qual êle aplica a norma jurídica disposta pela ação legislativa aos casos concretos. Por ela se visa, imediatamente, assegurar o direito constante da norma que, em virtude de fato ou ato jurídico anterior, se afirmou no interêsse de alguma ou algumas pessoas e se acha ameaçado ou foi violado, e, então, pretende ou pretendem essa ou essas pessoas a sua proteção, porém tal se dá de modo indireto, através dessas partes litigantes, em controvérsia. Isso, ao contrário da ação executiva, em que se vale dessa norma como parte atuante do Estado, para levar a efeito, de modo direto, o bem comum por ela cogitado e efetivado pela referida ação executiva, como participante da utilidade pública então prevista no preceito legal.

5. Tanto na ação legislativa como na executiva do Estado-poder se verifica a sua manifestação relativa à consecução da ordem normal do Estado-sociedade, com caráter predominante operativo, de atuação na sua órbita presente, tendo em vista o interêsse futuro da vida social, pois visam ao estabelecimento, respectivamente, do programa de ação do Estado-poder e dos indivíduos existentes no Estado-sociedade e das respectivas relações entre os indivíduos e dêles com o Estado-poder e à efetivação por êste do referido programa. Envolve, assim, a gerência dos negócios do Estado-sociedade pela exteriorização da vontade do Estado-poder, através da deliberação normativa e sua execução, em atenção ao bem dos indivíduos coletivamente considerados. Constituem, portanto, dois momentos sucessivos de uma mesma função. As ações legislativa e executiva, realmente, ante o aspecto acima considerado, correspondem a duas expressões distintas de uma mesma faculdade do Estado-poder, qual seja de realização ou integração da ordem social. Englobam preocupação similar, de criar novas utilidades sociais e melhorar as existentes, através de normas jurídicas ou atos jurídicos que as concretizam e atos materiais complementares. Consideram, na verdade, os fins utilitários do Estado-poder, de gerência dos seus negócios, mediante programa de ação e sua efetivação, e, por isso, se pode denominar dita função de política.

A ação judicial se distingue pela natureza do objeto, portanto, pela sua essência, das outras duas, pois tem preocupação diversa, a de manter a ordem jurídica em vigor, em assegurar o direito vigente, acaso ameaçado ou desrespeitado, que busca proteger, e a realização efetiva da decisão, sua conseqüência lógica. Tem aspecto predominantemente contemplativo, no sentido de que atua no presente, voltado para o passado, a fim de amparar ordem jurídica preexistente, aplicando êsse direito ao caso concreto, objeto da norma e relações conseqüentes anteriores. Objetiva resguardar a ordem

normal do Estado-sociedade, anteriormente disposta por normas jurídicas ou constantes de relações jurídicas, quando ameaçada ou já perturbada. Envolve o exercício de outra função, jurisdicional, de dizer o direito.

Igualmente a função política como a jurisdicional do Estado-poder visam, sem dúvida, ao bem comum, à melhor vida do Estado-sociedade, mas o alcançam por processos diferentes, por métodos diversos. Enquanto a função política, através das ações legislativa e executiva, se exterioriza de modo direto pela coletividade, na outra, na jurisdicional, isso se alcança de modo indireto, pelas partes em controvérsia, na proclamação do direito de uma delas. Tôdas atuam por repartições públicas, criadas para êsse fim, nelas investidas, agentes públicos. São os órgãos estatais. Naquelas ações, legislativa e executiva, na função que se denomina política, participa dos atos jurídicos o Estado-poder como *parte,* isto é, em obra própria, espontânea, através da função pública que lhe compete; ao passo que nesta ação judicial. da função que se denomina jurisdicional, como *terceiro,* substituindo, de maneira eminente, através da função pública, a atividade das próprias partes, que não conseguiram, por si mesmas, harmonizar os respectivos interêsses. Portanto, o Estado-poder age por meio de duas faculdades fundamentais, que correspondem a duas funções típicas: política e jurisdicional. Na política o objeto da ação, tanto legislativa como executiva, é a utilidade pública a ser alcançada, mediante a promulgação de normas jurídicas e de atos jurídicos concretos, com fundamento naquelas, e atividades materiais complementares, que constituem formas de sua realização efetiva em cada caso. Portanto, o direito constitui mero instrumento da efetivação da utilidade pública, processo empregado pelo Estado-poder para atingi-la. Na jurisdicional, o objeto é o próprio direito, a resolução de controvérsia ou contestação jurídica, para manter a ordem jurídica normativa vigente, declarando o direito das partes e determinando o seu respeito. Destarte, a utilidade pública é conseguida como conseqüência, como razão da ordem jurídica e do direito individual, que faz respeitar. Já na administrativa a utilidade pública se considera como noção positiva, em tôrno da qual o direito gravita, como meio técnico para informá-la, na sistematização de uma ordem jurídica e sua efetivação.

6. Realmente, essa posição tomada contraria a acolhida pelos juristas. A orientação doutrinária dominante sustenta a tríplice função do Estado-poder: legislativa, administrativa e jurisdicional, ou a reduz a duas: normativa e executiva, envolvendo esta a administrativa e a jurisdicional, como dois modos distintos de execução da lei, conforme expunha Henri Berthélemy

(cf. "*Traité Élémentaire de Droit Administratif*", págs. 11/15, 2.ª ed., ano 1930). Segundo aquela, a da tríplice função estatal, o poder público uno se exterioriza através de três faculdades fundamentais, chamadas podêres legislativo, executivo e judicial, por predominar nas suas atividades e constituir sua razão de existir, respectivamente, o elaborar as leis do Estado-sociedade, o administrar o Estado-poder e o julgar as controvérsias ou contestações entre as partes. Conforme esta, a da função estadual, o Estado-poder não possui outro campo de ação que fazer a lei e executá-la, embora essa execução se possa apresentar no desempenho de duas manifestações distintas: administrar e julgar, uma cogitando da realização de utilidade pública e a outra do império do direito. Porém, se dizem respeito a duas manifestações distintas, não podem constituir exteriorização da mesma faculdade, e, por conseguinte, não devem participar do exercício do mesmo poder executivo. Correspondem, na verdade, a duas funções autônomas. Por outro lado, se o objeto tanto da ação legislativa como da executiva é a utilidade pública — embora se expressem por órgãos distintos, delas encarregados repartições e agentes diferentes, de fazer a lei e de executá-las — se apresenta como expressão da mesma faculdade, como função una, apesar de manifestada em dois momentos sucessivos: a regra normativa, legal, e o ato jurídico concreto, executivo.

Aliás, a função jurisdicional também se afirma através de ato jurídico concreto, a decisão da controvérsia, e de regra normativa, a jurisprudência, formada sôbre o real entendimento do texto legal aplicado à espécie a êle sujeita, ante a uniforme e constante repetição de julgados atribuindo-lhe igual sentido. Certo, se não confunde, quanto à sua natureza, a regra normativa legal com a regra normativa jurisprudencial, mas, igualmente se não confunde, como salientado, a aplicação da lei pelo ato executivo, como participante da sua execução, e pelo ato jurisdicional, substituindo-se às partes em litígio. Demais, o ato decisório, no caso concreto, pode competir a órgãos diversos daqueles a quem cabe fixar a jurisprudência sôbre as teses de direito.

Porém, a separação dos órgãos, tanto com referência às ações legislativa e executiva, como relativamente à ação jurisdicional da decisão do fato, na espécie, e da fixação do direito, em tese, constitui simples problema de organização, porquanto se não faz cada uma delas em atenção às funções consideradas de naturezas distintas, e sim por precauções governamentais. Tanto isso é verdade, que a ação de legislar, atividade do poder legislativo, se processa com a colaboração dos órgãos do poder executivo, e, por outro lado, os atos jurídicos executivos, próprios dêsse poder, se levam a efeito com

co-participação, mais ou menos extensa, dos órgãos legislativos, como seja a sua interferência na elaboração do orçamento e a sua aprovação a atos de nomeação de agentes públicos, nos cargos de maior projeção do próprio executivo. Na verdade, a conjugação de órgãos dêsses podêres em atribuições do outro se efetiva sem prejuízo para o seu bom êxito, e antes constitui elemento para sua melhor eficiência, o que vem demonstrar que ambos, podêres legislativo e executivo, na sua essência, correspondem ao desempenho da mesma função, não obstante ela se perfaça por órgãos diferentes e em etapas sucessivas. Ao contrário, a interferência dos órgãos de ação legislativa ou executiva na função jurisdicional ou os desta na ação legislativa ou executiva faz ocorrer deficiências nas suas manifestações, o que mostra a independência das respectivas funções, a comprovar a diversificação das suas essências. Realmente, no exercício da função jurisdicional não deve haver ingerência dos órgãos legislativo e executivo, sob pena de prejuízo ao bom desempenho dela, periclitando a justiça. Por sua vez, os juízes não devem se imiscuir nas questões de utilidade pública, de conveniência e oportunidade governamental, por envolverem objeto que refoge das suas cogitações, sob pena de subverterem a vida política do Estado-poder. Já as atribuições dos chamados podêres legislativo e executivo só bem se levam a efeito se harmônicamente conjugados.

Na verdade, o Estado-poder tem duas funções essenciais, que correspondem à criação de utilidades públicas, através de ação jurídica legislativa e executiva, e de preservação da ordem jurídica normativa e do asseguramento dos direitos dos indivíduos em aplicando essas regras, mediante ação judicial. Consiste a primeira no exercício da faculdade integradora da ordem jurídica, na manifestação de função política, e a segunda no exercício de faculdade reintegradora da referida ordem jurídica preestabelecida, quando ameaçada ou perturbada, na manifestação de função jurisdicional. Ora, se tal ocorre, o ordenamento jurídico de cada uma dessas funções, isto é, dos meios e modos da sua respectiva ação e da própria ação, deve pertencer a um ramo autônomo do direito, ante a natureza distinta delas. Então, o ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, compreendendo os meios e modos da sua ação e a sua própria ação, efetuada de modo imediato e direto, na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, há de informar ramo jurídico autônomo e uno. Qual será êsse ramo jurídico? Certamente, o Direito Administrativo, em atenção à respectiva função. Realmente, a palavra "administrar" significa dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil. Fritz Fleiner reconhece tal sentido ao vocábulo, isto é, de atividade de uma pessoa física ou jurídica para gestão dos seus negócios,

mesmo aplicada ao Estado-poder (cf. *"Droit Administratif Allemand"*, 9, ano 1933). Até no seu sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo. Assim, quando alguém se refere à administração de sua indústria, de sua fazenda, compreende a programática da ação e sua execução, como dois momentos da mesma atividade de administrar.

Já o ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, compreendendo os meios e modos da sua ação e a sua própria ação, efetuada de modo imediato, mas indireto, na consecução de seu fim de resolver controvérsia entre as partes, aplicando a norma jurídica ao caso concreto, há de informar o ramo jurídico que se denomina Direito Judiciário, em atenção à sua respectiva função. Destarte, salvo o ordenamento jurídico da atividade contenciosa do Estado-poder já constituído, que pertine ao Direito Judiciário, fica enfeixado no Direito Administrativo o ordenamento jurídico de tôdas as suas outras atividades.

Rege, portanto, o Direito Administrativo o ordenamento jurídico do Estado-poder, enquanto parte na ação legislativa e executiva. Compreende atos jurídicos pertinentes a ela, ou melhor, à sua forma de ação negativa, através da chamada polícia administrativa, em que condiciona a liberdade e a propriedade, e positiva, mediante prática de atos jurídicos de publicidade, segurança e fiscalização dos atos dos particulares, ou de fomento de suas atividades e de atos materiais de execução de obras e de prestação de serviços públicos, em que oferece comodidades de coisas e prestações; os modos de sua efetivação, quais sejam a organização jurídica das repartições do Estado-poder e distribuição das suas atribuições, bem como de outras pessoas jurídicas por êle criadas, como desdobramentos do Estado-sociedade, e os meios da sua ação, quais sejam os agentes providos nos cargos que existem nessas unidades funcionais, no exercício das respectivas competências, como os bens que informam o patrimônio do Estado-sociedade ou de outras pessoas jurídicas menores em que se desdobra, isto é, que constituem os elementos de sua ação, de que se valem para consecução dos seus fins, dêles se utilizando o povo e o próprio Estado-poder, nos têrmos legais e na conformidade de atos jurídicos concretos complementares. Exclui-se do Direito Administrativo qualquer função jurisdicional, isto é, de dizer o direito das partes em controvérsia, mesmo quando uma delas seja o Estado-poder. Portanto, os Tribunais Administrativos, com jurisdição final em controvérsia entre o Estado e seus órgãos ou os particulares, criados para colocá-lo fora da jurisdição comum dos Tribunais Ordinários, constituindo côrtes especiais para julgamento dos casos em que é parte litigante, estão fora do Direito Administra-

tivo e se deve ter como equívoca a posição dos juristas do continente europeu incluindo o estudo dêsses Tribunais, do exercício dessa jurisdição, como dentro do seu âmbito. A organização delas e as suas atividades se enquadram no Direito Judiciário. Só razões históricas ou concepção exagerada da teoria da separação dos podêres poderão explicar essa atitude. Sendo judicante a atividade e a respectiva organização, é estranha ao Direito Administrativo. Embora exercida por órgãos especiais e com competência restrita às controvérsias em que o Estado seja parte, informando Tribunais especiais, se prende ao Direito Judiciário pelo seu objeto, pela sua função específica de dirimir controvérsias.

7. Observe-se, afinal, que se não podem confundir os órgãos do Estado-poder com as suas funções, nem mesmo com as ações que os especificam. Realmente, dentro da ordem jurídica vigente e nos regimes democráticos o órgão representativo, que espelha as diferentes correntes de opinião pública nacional, se denomina Poder Legislativo, porque se lhe reconhece a prerrogativa principal de fazer as leis, de estabelecer normas de direito, inovadoras da ordem jurídica do Estado-sociedade, e órgão que realiza, como especial cometimento, essas normas, efetivando, de moto próprio, o programa de ação por elas dispostas, se denomina Poder Executivo, e se nomeia de Poder Judiciário o órgão que objetiva a resolução de controvérsia entre as partes, para assegurar essas normas e firmar situação jurídica definitiva. Tanto o legislativo como o judiciário, para consecução dos seus fins precípuos de legislar e julgar, necessitam de organizar repartições denominadas suas secretarias, que realizam atividades estranhas àqueles cometimentos de matérias executivas. Demais, os próprios órgãos legislativo e judicante desempenham atividades meramente executivas.

Assim, os atos do legislativo de aprovação do orçamento, autorizando a despesa e receita do Estado-poder, como a aprovação de nomes de candidatos apresentados pelo executivo para serem por êle nomeados para altos cargos públicos.

Por sua vez, os atos do judiciário, da chamada jurisdição voluntária, que perante êle são processados, com a finalidade de dar maior garantia a êsses atos, sem que se cogite da resolução de qualquer controvérsia jurídica e apenas ante possível demanda, como o inventário de bens a serem partilhados e a execução dos testamentos, a arrecadação e administração de bens de ausentes, a nomeação e remoção de tutôres e curadores, os desquites amigáveis por mútuo consentimento, e mesmo os atos judiciários nos pro-

cessos contenciosos, em que tenham por objetivo a execução da lei, como quando o Juiz, antes de decisão, despacha: "Selados e preparados, voltem os presentes autos conclusos para sentença."

Por outro lado, o legislativo tem competência jurisdicional nos chamados processos de *impeachment,* isto é, nos Juízos Políticos, com que julga os titulares dos órgãos dos podêres executivo e judiciário, por crimes funcionais ou má conduta no exercício das suas atividades. Afinal, o executivo decide sôbre pretensões das partes, administrativamente, na defesa dos seus direitos, frente ao Estado-poder, e pune, disciplinarmente, os seus próprios agentes públicos, mediante processo regular, por faltas funcionais. É verdade, na maioria dos países, que o Juízo Político se restringe a afastar o agente público do seu cargo e a inabilitá-lo para o exercício de funções públicas, cabendo ao judiciário a aplicação de outras penas acaso cabíveis, e a decisão dos direitos das partes pelo executivo são suscetíveis de reapreciação pelo judiciário, e mesmo os processos administrativos de punição dos seus agentes se sujeitam ao exame do judiciário para verificação, se foram observadas as formalidades legais e se não ocorreu abuso de direito na aplicação das penalidades. Não obstante, essas atividades têm um aspecto, se não plenamente jurisdicional, ao menos quase judiciais.

Por fim, o executivo também prescreve atos normativos; através dos regulamentos promulgados para dar execução às leis, impondo regras de conduta aos particulares, virtualmente nestas contidas, sem falar nos regulamentos independentes ou de administração e autônomos ou autorizados, de normas inovadores da ordem jurídica, acolhidos em muitos países; e, mesmo, através de instruções aos seus agentes para consecução de obras e serviços públicos. Aliás, o judiciário, outrossim, baixa regimentos normativos, para regular a marcha dos seus respectivos trabalhos.

Cada um dêsses atos jurídicos, correspondentes às diferentes ações do Estado-poder, tem, além do seu conceito, como especificação da respectiva natureza, um valor formal, isto é, o seu regime, que lhe empresta particular fôrça e corresponde a elemento da sua eficácia. Assim, a lei, além de ser matéria da regra jurídica imperativa, geral, abstrata e impessoal, como expressão do poder legislativo, tem um *valor formal,* de se impor, imediatamente, de modo superior, a qualquer manifestação do Estado-poder, a tôdas as autoridades estatais e aos componentes do Estado-sociedade, e de se impor, ainda, virtualmente, sem necessidade de se apoiar em regra anterior, às suas prescrições, limitada no seu poder tão-sòmente pelos textos constitucionais, e, destarte, a sua *fôrça jurídica* consiste no seu caráter de inovar, de maneira

absoluta, a ordem jurídica, derrogando a anterior, dentro da estrutura constitucional vigente. Por sua vez, a sentença, além da sua natureza de resolução de modo eminente de controvérsia jurídica entre as partes, para aplicação do direito no caso concreto, tem um *valor formal,* que consiste no trânsito em julgado da decisão proferida, insuscetível, ao depois, de modificação até pelo próprio julgador, e que traz em conseqüência a *fôrça jurídica* consistente no estabelecimento da coisa julgada. Afinal, o ato executivo, além da sua natureza de realização concreta da lei, como participante da ação do Estado-poder, tem o *valor formal* de presunção de verdade, e que consiste em independer, em princípio, de prova, e poder ser, desde logo, exigível, o que traz, como conseqüência, a *fôrça jurídica* de autotutela, ou seja, a possibilidade de auto-executoriedade, quando não obedecido, e de decretação da sua nulidade ou revogação pelos próprios órgãos (*continua*).