DO PODER ADMINISTRATIVO, O PODER ENTRE PODERES

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO*

1. O Estado e o indivíduo. 2. O Estado-síntese. 3. Executivo e poder administrativo. 4. O Estado-função. 5. Autonomia substancial. 6. Condições que validam atos. 7. O Estado administrativo. 8. Ordenamento e condicionamentos jurídicos. 9. Atuação permanente do direito. 10. As funções operacionais administrativas. 11. Os pressupostos políticos e jurídicos. 12. Conduta não discricionária. 13. Centralização-descentralização. 14. Os critérios de controle. 15. Conclusão.

Trata-se em tese de um fenômeno não muito estranho, mas singular mesmo: o do fato *poder administrativo* vir ganhando, neste fim de século e nos pós-guerras, contornos significativos de eficiente sistema político-jurídico. Ao que parece, a clássica divisão dos poderes[1] já não serve ao Estado moderno, onde todo o poder governamental, tende a concentrar-se.

Estamos hoje, por assim observar, no que concerne à organização política, diante de um *Estado-síntese*. Sob o forte argumento falível de que é mister que as estruturas se adaptem à segurança e sejam ajustáveis às tendências que ensejam o fortalecimento dos regimes políticos.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

1 Tomando como exemplo a Inglaterra, Charles de Montesquieu (*De l'esprit des lois*) estabeleceu o princípio da separação dos poderes, base do liberalismo do século XIX. Tal princípio, de importância ainda atual, embora negado na realidade política dos nossos dias, ficou assim formulado: "É uma experiência eterna a de que todo homem que tem o poder é levado a abusar dele; caminha até que encontre limites; para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder."

É este um problema tão-somente *político,* ou mais precisamente, de ciência política, mas que interessa aos estatutos jurídicos assentados nas garantias históricas e nas qualidades básicas que fazem a igualdade individual e coletiva de todos perante a lei e o Estado.

A observação mostra, sem dúvida, que é através da Administração, ou do poder administrativo, que o Estado tem logrado as maiores expansões. Não estamos, todavia, diante de uma posição isolada no contexto internacional ou das nações,[2] mas frente a uma posição que chega a preocupar mesmo o pensamento jurídico mais radicalmente totalitário e avançado.

Na verdade, a Administração está em tudo, e com ela o poder administrativo. Prevalecem normas administrativas tão coercitivas que submetem totalmente uma organização política. Regras que, tomadas a rigor, possuem medidas compulsórias que se projetam em direções as mais variadas. Envolvendo, normas e regras, os relacionamentos do Estado com a natureza social, com os direitos, com as economias, sobretudo com os mecanismos de processos governamentais.

1. *O Estado e o indivíduo*

Analisando as diretivas, diríamos que a Administração passou a ser um processo geral em que estão subordinados os seguintes conceitos: a) o da existência permanente ou histórica do Estado; b) o de autoridade pela qual a existência do *ser estatal* assume força de legitimidade; c) o dos níveis experienciais focando fatos e atos, o objetivo, o ser em razão do fazer; d) o de *fazer* no sentido de *realizar,* redefinindo posições legais na prestação de serviços.

O Estado, destarte, extroverte-se surgindo como um complexo móbil e a sociedade gerando transformações que repercutem no comportamento administrativo. Com isso, apaga-se o indivíduo, ficam ameaçadas as garantias, os direitos individuais se tornam enfraquecidos, passando a ordem pública a regular livremente a ordem privada num flagrante desequilbrio entre naturezas afins.

Como o grande problema da Administração é encontrar formas ou fórmulas que atendam às suas necessidades, é preciso que estas formas ou fórmulas

[2] Ainda o exemplo mais significativo que se conhece é o do *presidencialismo,* implantado nos Estados Unidos pelos fundadores da República, sem que se desmereça o *parlamentarismo* inglês nascido e desenvolvido sob a influência de praxes acumuladas ao longo da história. Ou a experiência isolada da França, na IV República. Ou os regimes colegiados como o da União Soviética e Alemanha Oriental, inspirados numa concepção política controladora da obediência coletiva. Há, contudo, somando campos restritos de formação política, um poder maior, o administrativo, que se faz global e se estende a todas as manifestações de normatividade institucional.

contenham uma solução adequada, um equilíbrio na relação dinâmica, uma linha profunda de integração legal entre a vontade manifesta e o exercício dos direitos.

Em função da ocorrência de condições científicas específicas e da própria tecnologia avançada em instrumentos operacionais, o Estado impõe múltiplas situações que procedem de um poder puro, o *administrativo,* acentuando não raras vezes a insegurança jurídica, ou seja, criando problemas inter-relacionais que afetam direitos e conduzem à violência legal.

O fundamental, no entanto, está em se conseguir evitar a discricionariedade e os excessos, inspirados pelas idéias de impessoalidade do poder e de tutela nos limites de uma norma suprema, a Constituição.[3] Acabando, em favor do Estado, com as distorções no conceito de supremacia. Impondo, em favor do indivíduo, o respeito pela ordem jurídica constituída.

2 *O Estado-síntese*

Haja vista que as Administrações modernas caracterizam-se atualmente por quatro aspectos: a) uma infra-estrutura sólida, em que os executivos seguem a orientação do possível interesse público; b) o domínio pleno dos meios executórios para quaisquer decisões administrativas; c) o controle das funções-chave para o atendimento da vontade governamental; d) a dominação política que se faz projetar no âmbito das variadas atividades administrativas.

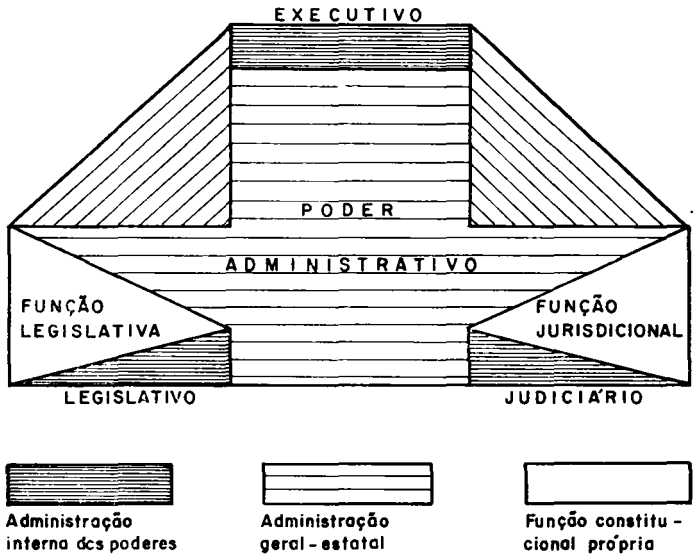
A estabilidade, assim, de um regime político, passa a repousar fundamentalmente no *fato* de que ao poder administrativo corresponda um amplo poder efetivo legal. Nunca a um poder simplesmente assentado em cálculos de força e possibilidades de obediência automática. Daí a importância, sem reservas, de preservar-se a vida dos direitos e a posição jurídica do homem nas comunidades.

Os espaços vazios entre os chamados poderes clássicos, Executivo, Judiciário e Legislativo, preenchem-se na constância por atos-medidas de natureza administrativa. Conquanto Judiciário e Legislativo tenham dimensões

[3] Nos Estados Unidos, a crise surgida com o caso *Watergate,* tornando insustentável a posição de prestígio do Presidente Richard Nixon, resultou de dois pressupostos: um de excesso nas práticas do poder administrativo, outro das obrigações inscritas na Constituição. Vingaram as concepções dos pró-homens de Filadélfia, com a observância respeitosa daquelas regras que, na evolução histórica, ainda resguardam as estruturas que se dizem representativas e democráticas. De certo modo, os Estados Unidos cresceram para o mundo. Permitindo-se, destarte, que se contivesse a ação livre do poder administrativo, cujas franquias tanto preocuparam Lord Heward no seu *New Despotism,* na Inglaterra.

estritamente marcadas, o Executivo melhor aquinhoado aparece abrangendo a quase total capacidade de liberta atividade governamental, pública e privada.

Embora harmônicos e independentes na expressão constitucional, nenhum deles possui igual energia de ação, ou melhor, graus de capacidade que possam aparentá-los ao menos equilibrados. O esquema gráfico a seguir, simples na sua figuração, explicita uma realidade física-política irrefutável nos regimes contemporâneos, sem notáveis exceções:



Os lineamentos condutores entre um e outro poder convergem coordenados para o Executivo, que se transforma em responsável único por uma política administrativa finalística. Atuando, obviamente, com desembaraço nos espaços vazios institucionais que inevitavelmente se abrem através de novos processos de gestão e de programada atuação governamental.

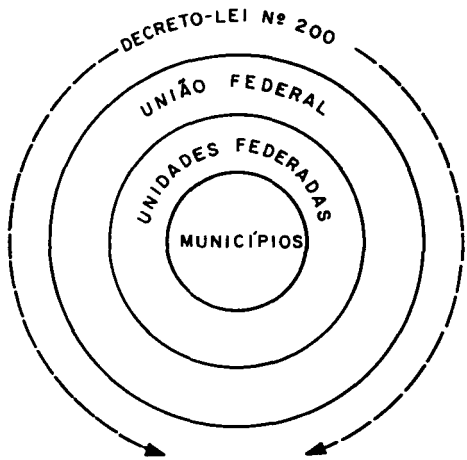
3. *Executivo e poder administrativo*

Com alicerces numa força não devidamente qualificada nem determinada de *poder administrativo,* os Executivos passam a monopolizar iniciativas pioneiras e soluções para situações que se mostram carentes de equacionamento jurídico. Cabe somente a ele adotar os *modos* e prevenir os *recursos* para os serviços públicos estatais, exercitando *funções* que decidem nas áreas pertinentes aos dois outros poderes. Que decidem e politicamente obrigam.

Na prática, Executivo e *poder administrativo* se confundem e interpenetram. Principalmente em se tratando hoje de gestão da economia e do desenvolvimento econômico que serve sempre de motivo para a extensão freqüente das funções executivas. Nestas condições, o Executivo aparece inevitavelmente como *poder administrativo* encarregado de responder sem partilhar com os outros dois poderes. Sob o ponto de vista do direito comparado, as experiências que se tornaram realidades demonstram profunda identidade entre os aspectos político-executivo e político-administrativo.[4]

Nisto reside, como estamos vendo e iremos ver, em grande parte, a inteligência do Decreto-lei nº 200, no quadro da complexa legislação brasileira afeta às coisas administrativas, pois com largueza engloba premissas gerais de política administrativa de caráter interno e de ação externa, consolidando regras obrigatórias de comportamento jurídico que se tornam relacionais em face do *fato* e em razão do *ato*.

De ampla jurisdição, é por essência de base federal, mas numa linha dinâmica que formaliza num mesmo dever jurídico as unidades federadas, entidades administrativas e municípios. Sua validade intrínseca, quanto à lembrada política administrativa de fins, se faz por círculos que se dimensionam nas diferentes esferas resultantes da organização constitucional, tal como se pode anotar na figura que segue a título de ilustração gráfica:



[4] Consultar Djordjevic, J.; Grove, J.W.; Hodgetts, J.E.; Iojrich, A.; Laroque, Pierre; Macridis, Roy C. & Meynaud, Jean. O papel do executivo no Estado moderno. Trabalho originalmente publicado no *Bulletin International des Sciences Sociales*. Trad. bras. de Maria José de Queiroz. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1959.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Analisado, nas perspectivas de ordem política positiva instituída, concede faculdades que se estendem a todas as formações jurídicas administrativas. Considera-se, no Decreto-lei nº 200, o Estado *federal* como uma síntese, dela decorrendo a unidade pelo controle e a divisão do trabalho pela natureza do serviço.

4. *O Estado-função*

Os instrumentos de ação e os mecanismos de tutela aparecem no citado diploma legal reformador: a) quando à Administração se permite escolher as formas jurídicas adequadas ao serviço pretendido; b) quando a Administração, ela mesma, subordina-se ao controle jurisdicional fiscalizador; c) quando gera processos novos contidos nos limites opcionais permitidos; d) quando os mesmos motivos e as mesmas formas comunicam-se às unidades federadas e aos municípios.

Orgânico e funcional por excelência, o Estado tem no Brasil através do Decreto-lei nº 200, *a priori,* o plano ordenatório mais objetivo de interação administrativa. Do ponto programático, externo e formalizador, duas alternativas se fazem presentes: a) uma onde os fatores energizadores propiciam soluções viáveis e emergentes; b) outra de comportamento relacional capaz de aproximar o entendimento jurídico do sentimento dos fatos.

Na jurisdição política, por exemplo, não falando das exceções institucionalizadas,[5] seja a federal, a estadual, a municipal ou a territorial, observam-se idênticos pressupostos normativos. Um mesmo processo *formular* que tanto servindo a União serve a todas as demais pessoas jurídicas ligadas ao Estado e de direito público. Processo que, de conteúdo e forma, é sempre o mesmo.

Nisto se repara um grande avanço com respeito às boas práticas administrativas, principalmente de relevo nos Estados compostos passíveis da influência de precedentes extraídos de relações estranhas ao direito federal. Ainda que haja justificáveis críticas, qualquer estudo que se faça possui agora um divisor: o que era antes a organização administrativa brasileira e o que é agora depois do Decreto-lei nº 200.

São as determinantes federais, *ordenações maiores,* as que definem a conduta geral da Administração. Servindo de molde e modelo para o comportamento lícito das pessoas administrativas menores. Oferecendo às pessoas políticas sobretudo, as linhas próprias e legais de atividade governamental.

[5] O Ato Institucional nº 5, Art. 182, da Emenda Constitucional nº 1 (Constituição do Brasil), de 17 de outubro de 1969.

Fazendo *sistema*, o Decreto-lei nº 200 dá corpo ao poder administrativo, corporifica princípios que passam a possuir o mesmo valor das regras positivas.

5. *Autonomia substancial*

Não existe, sem dúvida, nenhum exagero em tão singela quanto simples afirmação doutrinária. O Decreto-lei nº 200, em que assenta hoje a organização administrativa brasileira, tem por mérito essencial melhorar, aperfeiçoar o funcionamento dos serviços públicos (*lato sensu*), e é em nome desta vontade legislada que ele se faz orgânico, sistemático e normativo.

Nele claramente se formalizam influências civilistas e regras conhecidas de conteúdo público. Vinculando, destarte, a relação jurídica a uma relação de serviço e, o que é mais importante, partindo de fundamentos básicos que dimanam de evidentes fontes constitucionais. Subordinando, pelo vínculo jurídico, o serviço à lei, a vontade estatal à forma consentida.

Documento marcado de *autonomia* constitui-se através de princípios gerais ordenados e de aplicabilidade configurada, ou então, melhor dizendo, de aplicabilidade substancial naquilo que importa com a unidade imposta às atividades administrativas descentralizadas. Se por um lado dá ênfase à tutela, por outro possibilita a colaboração dos particulares com a Administração.

Podendo-se, assim, sem erro de apreciação, enquadrar o Decreto-lei nº 200 numa posição singular de harmonia entre o direito público e o direito privado. Valendo-se de normas imperativas públicas, serve o Estado nos seus propósitos finalísticos e de meios. Apoiando-se em regras privadas, favorece a Administração no sentido de que possa corresponder a objetivos imediatos mais largos.

Mas a verdade é que, dentro das normas que passaram a reger a atividade administrativa, consideram-se também a vida de possíveis organismos menores que por extensão perseguem fins públicos. Figuras estas que, embora pessoas de menor porte, participam da organização do Estado, ou passam a participar desde quando recebam para tal os elementos de contextura jurídica apropriada.

6. *Condições que validam atos*

Basta a existência de tipicidade nas pessoas e situações indicadas no Decreto-lei nº 200, para que a ação administrativa não se realize em caráter arbitrário

ou injurídico, eis que se estabelecem critérios dentro dos quais se gradua a atuação estatal à luz dos princípios gerais de direito.

Com suporte em prescrições legislativas expressas, o Decreto-lei nº 200 não atende somente à capacidade da ação pública-administrativa nos modos legais permitidos, pois condiciona faculdades, disciplina o procedimento jurídico e, em conseqüência, conforma o poder administrativo com as regras de boa administração.

O que de plano se deve considerar no diploma em questão é a medida da função no serviço público como a natureza do próprio serviço. Embora a tendência facilite discricionariedade, as prescrições legislativas limitam o poder de decisão e seguram a Administração, impondo operações que não decorram simplesmente da vontade estatal, mas da existência de condições que validam atos e legitimam práticas mesmo as convenientes e oportunas.

Há no fenômeno da específica legislação brasileira, para quem melhor queira sentir nos textos o espírito do legislador, a intenção claríssima de aliar subjetivamente poderes e funções. Preciso não se faz, nos diferentes planos e níveis de ação, que referências concretas indiquem a capacidade ou a competência. No fundo e na forma, tanto a capacidade como a competência, passam a ser imposições de poder e de função. Geradas da lei e da norma, do fato e do ato.

Na gama de valores operacionais que se oferecem à Administração, ressaltam-se firmes elementos executórios que independem do chamado *poder de supremacia.* É o poder administrativo simples, natural e puro, que se exercita sem privilégios, regalias e prerrogativas, de parte do Estado. E isto é muito bom para o sistema de garantias jurídicas, pois o princípio de autoridade é exercido por quem dele goza com base num direito regrado e prevenido.

7. *O Estado Administrativo*

Até onde possa ser respeitado em razão da natureza dos objetivos estatais, o Decreto-Lei nº 200 já um tanto atingido nas exigências do interesse público,[6] não permite que a Administração assuma sempre que pretenda, posição de superioridade ou preeminência. Ainda que as exigências do interesse

[6] Uma variedade enorme de leis e decretos invocando o Decreto-lei nº 200, diversificando o que por natureza tem unidade substancial, não tem bem servido aos propósitos de boa administração. No entanto, com o tempo, o regime programado será compreendido com exação, talvez não deixando lugar vago para excessos desnecessários ou falhas de entendimento jurídico-normativo.

público apareçam difusas, a conseqüência-fim há de corresponder aos pressupostos inalienáveis de legalidade, moralidade e responsabilidade.[7]

Do contrário, inexistiriam os interesses administrativos tutelados e os preceitos informadores que decorrem da relação jurídica, deixando-se a Administração fora dos sistemas jurídicos asseguradores da ordem constitucional, e o Estado de direito longe da legalidade, autoritário e não apenas administrador. Toda e qualquer vigilância só pode vir assentada na obrigatoriedade da lei, quando a lei assim o disser, quando a lei assim autorizar.

Agindo com fundamento na execução da lei, está claro que em muitos casos os organismos de direção do Estado podem estabelecer novas regras jurídicas. Essas regras, no entanto, como todos os atos administrativos dos órgãos diretores, devem ser baseados numa lei ou derivar de sua execução. E com muito mais razão lógica quando o Estado se encarrega de administrar não apenas homens, mas também a política e a economia.

Quando o Decreto-lei nº 200 fixa tarefas, relações recíprocas e a forma dos organismos estatais, dotando-os das necessárias faculdades, organiza sobretudo o Estado *administrativo*. Não dá a órgão algum o direito de coerção, mas unicamente o direito de agir dentro dos limites de sua competência e nas hipóteses previstas pela lei. Engloba, num mesmo sentido, capacidade reguladora e responsabilidade no exercício prático das funções de governo.

Muita cautela é indispensável porque as decisões saídas do Decreto-lei nº 200 desempenham importância na vida jurídica do Estado brasileiro. Orientam a atividade de todo o mecanismo de direção estatal no sentido não só de execução das leis e normas, mas de aplicação de uma política administrativa. Sem a predominância legal, vicia-se qualquer política de ação governamental ou de atividade pública. Num regime de *poderes,* a posição assumida se define pelos critérios legais.

8. *Ordenamento e condicionamentos jurídicos*

Em qualquer Estado politicamente organizado, além das estruturas que são naturais e históricas, a expressão do *ordenamento administrativo* assume condicionamentos jurídicos positivos e de aspectos marcantes no direito. Não se pode quebrar uma unidade, procurando distinguir ou afastar a ordem admi-

[7] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. O controle da moralidade administrativa. São Paulo, 1974. parte 3, cap. 1 e 2.

nistrativa que é *especial* do ordenamento jurídico geral.[8] Embora as contingências relacionais se apresentem peculiares, os suportes se firmam na verdade dos sistemas orgânicos.

Todavia, a distinção entre o político e o administrativo torna-se relevante no sentido de que os direitos do Estado não monopolizem as atividades administrativas, tornando o *poder administrativo* em força única capaz de asfixiar os demais poderes. Tal posição não serve aos Estados democráticos, pois afronta garantias consagradas e violenta a maioria dos sistemas constitucionais.

Ninguém desconhece que a Administração possui uma tendência inata para desenvolver um poder autônomo e que a importância desse poder depende das relações reais que se estabeleceram entre o poder político e o poder administrativo.[9] Na verdade, não é nada fácil evitar as influências do pensamento político sobre as decisões administrativas.

Uma organização administrativa, quer apareça como pública ou privada, para que alcance seus objetivos sem atacar direitos, deve ter um programa de atividades permitidas para desempenhar seus propósitos. Há que reagir, sempre que possível, contra as iniciativas que não se atenham às exigências de forma legal. Iniciativas que não se contenham dentro do ordenamento jurídico-administrativo. Já basta à Administração caber representar o Estado...

Todo esforço construtivo, e o exemplo brasileiro está no Decreto-lei nº 200, reside precisamente nisto: não se permitir a intromissão de um poder noutro poder, evitando desequilíbrios e dando à Administração a posição que lhe compete no quadro constitucional. Isto pelo menos cria a necessidade de deixar claro e compreensível quem é o responsável por uma dada tarefa administrativa.

9. *Atuação permanente do direito*

Para a aferição da amplitude do poder administrativo, é inafastável a idéia de organização. E que vem a ser organização administrativa? Será um conceito abstrato e apenas nominal? Não e não. Surge como uma *realidade* tríplice: a) conseqüente dos regimes políticos; b) de uma estrutura de conteúdo

[8] Ottaviano, Vittorio. Sulla nozioni di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni. Estratto dal v. 2, Studi in Onore di Silvio Lessona. Universidade de Bolonha, s/d..

[9] "L'administration a toujours tendance à développer un pouvoir autonome. L'importance de ce pouvoir dépend des rapports réels qui s'établissent à un moment donne entre le pouvoir politique et l'administration." (Debbasch, Charles. *Science administrative.* Paris, 1971.)

físico-social; c) de normas de funcionamento jurídico e normativo. O sentimento de poder, mais precisamente de poder administrativo, é o que se apresenta com maior relevo nas formações estatais.

Buscando, nessa *realidade,* os fenômenos de órgão, função e ordem jurídica, completamos um quadro de natureza infra-estrutural, e que faz a base de todas as manifestações humanas. Na origem das coisas não há, como possa aparecer, um sistema convencional de regras, mas um sistema assentado materialmente no complexo dos relacionamentos sociais.

Porque os conflitos podem se apresentar envolvendo várias áreas de interesses, toda atuação permanente do direito visa: a) limitar, senão disciplinar, o arbítrio do poder administrativo; b) dar segurança jurídica às garantias constitucionais. Daqui decorrem, sem dúvida, posições que muitas vezes não se harmonizam com as estruturas reais.

Realmente, se nos ativermos com rigor à natureza *viva* do Estado, é fácil ver a inexistência de quaisquer regras que sejam abstratas. Desde a criação da norma legal até o exercício da função administrativa, o Estado como que se desdobra através de planos ou níveis horizontais e verticais, fáceis de reconhecimento em virtude da coação, do imperativismo normativo e da obrigatoriedade policiada.[10]

Do gênero à espécie, do poder público ao poder administrativo, sem necessidade de outras indagações, a Administração em nome do Estado assume poderes orgânicos, ou funções que são poderes funcionais, tão amplos e determinados que, na dinâmica dos fatos de governo, subordinam a atividade legiferante e a ação judicante ou jurisdicional. Não basta ao jurista conhecer a realidade, mas sim buscar instrumentos dotados de resistência às maneiras livres de o Estado agir.

10. *As funções operacionais administrativas*

Já caducaram as soberbas criações doutrinárias que até a metade do século tentaram distinguir ou separar as funções estatais, catalogando-as como políticas, normativas, jurisdicionais e administrativas. Esta é uma divisão apenas

[10] A doutrina aponta, mas teme a limitação aos direitos. Impressiona-se não com fantasias, mas com forçadas realidades. O conteúdo interessa muito menos que os contornos legais. A sujeição à força apresenta-se como um mandamento irrefutável. Muitas vezes, com justas cautelas, a fisionomia normativa constitui-se ao valor da norma legal. Há da parte dos administrativistas, os mais ilustres, um temor generalizado quanto a restrições que se possam fazer ao poder estatal. Mais vale a tese de que a supremacia (apesar de sempre indefinida como com conceito político e jurídico) é uma simples

motivada pela necessidade de se caracterizar a distribuição do trabalho ou das tarefas estatais. Quando formalizadas, mesmo criando, modificando ou extinguindo uma situação jurídica, todas elas são na essência *funções administrativas.*

Na evidência, observados os fenômenos como oriundos de uma manifestação de vontade, num englobamento-síntese de todas as atividades estatais, as operações atuantes se exteriorizam de uma origem comum e, por assim dizer, única:

Funções Administrativas poder estatal { políticas; normativas; jurisdicionais }

É difícil, nos tempos de hoje, não se tentar subordinar a função *política* (atividade de governo), em maior ou menor grau, aos sistemas jurídicos de garantias, como em princípio a função *normativa* não está afeta apenas ao Legislativo, nem a função *jurisdicional* estreitada às fronteiras do Judiciário.

Mas é preciso que essa subordinação se faça em nome dos direitos, dando ao Estado o que é do Estado e à pessoa-administrada o que a ela pertence.[11] Eis que a heterogeneidade das funções que desenvolve a Administração está a exigir autorizado e próprio ordenamento jurídico, para que o Executivo, que passou a compreender política, governo e Administração, na verdade passe a responder pelos reclamos que marcam as crises internas nacionais.

11. *Os pressupostos políticos e jurídicos*

Já que parece impossível deter o Estado no seu avanço, auxiliado pela ciência, técnica e economia, torna-se recomendável que as normas que regulam as

decorrência da Administração diante dos administrados. Consultar, no pensamento doutrinário: Rivero, Jean. *Droit administratif.* Paris, 1965; Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo.* Milão, 1960; Gendín, Alvarez. *Tratado general de derecho administrativo.* Barcelona, 1958/1963; Buttgenbach, André. *Manuel de droit administratif.* Bruxelas, 1966. Em nome dos direitos, e em razão de um novo poder que se levanta (o administrativo), urge a revisão de muitos conceitos, ou melhor, de muitos preconceitos...

[11] A indagação interrogatória de Jean Rivero deve sempre estar presente, pois exterioriza ainda uma dúvida que acompanha grande maioria de juristas, sociólogos e, principalmente, economistas. Busque-se conhecer: *L'Etat moderne peut'il encore un Etat*

relações entre a Administração e os particulares tenham um caráter jurídico de eficiência coativa. Embora necessite o Executivo de força material relativa ou absoluta em alguns casos,[12] não é este motivo bastante para que pressione os demais poderes, subordinando-os ortodoxamente.

Desde que, num Estado de direito, considerem-se os pressupostos políticos que dão existência ao direito administrativo, haver-se-ão de considerar os pressupostos jurídicos que submetem a Administração ao regime da lei, ou mais propriamente à lei. O que qualifica, portanto, um Estado de direito, funda-se no reconhecimento dos direitos públicos subjetivos e na outorga aos administrados dos meios idôneos à defesa e suficiente afirmação do que lhes é pertinente.

Todavia, o problema tal como se apresenta não é tão-somente brasileiro. De regra, a função *normativa* deveria estar só afeta ao Legislativo, a *jurisdicional* ao Judiciácio e a *administrativa* ao Executivo. Contudo, no Brasil, o conflito está na própria Constituição. Ampliando, como amplia, a capacidade-competência normativa do Estado, dando assim amplitude à atividade de administração.

Conquanto diga a Carta de 1969 que o processo legislativo compreende emendas à Constituição, leis complementares e leis ordinárias, leis delegadas e decretos-leis, decretos legislativos e resoluções, na prática o prescrito encontra permissivos concretos na atuação atribuída ao Presidente da República, que é quem legitimamente exerce o Poder Executivo.[13]

O poder político de administração, ou seja, o poder administrativo geral, fica com o Executivo através do Presidente da República, sendo de pouca importância que tanto o Legislativo como o Judiciário possam gozar de independência no tocante a pessoal, bens e serviços. O comando interno nos Poderes, em momento algum da ordem constitucional altera o domínio do Estado, cuja personalidade está configurada pela flexibilidade de atividades também legiferantes.

de droit? (Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1957). A resposta não é de fácil consenso. Sobretudo para os partidários de Luis Molina (Cuenca-Toledo, 1536/1600) para os quais o Estado é um misto de *livre arbítrio* com a *graça*...

[12] Era esta a importância real que Montesquieu dava ao Poder Executivo: "de fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, manter a segurança, prevenir as invasões" (*L'esprit des lois*. cap. 6, livro 11). Resulta evidente que, só depois com o desenvolvimento da ação administrativa, tornou-se o Executivo capaz de ir além da defesa interna e internacional.

[13] Vejam-se os artigos 51, 52, 55, 56, 57, 59 § 1º, 81 ns. III e IV, 85 n. II da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

12. *Conduta não discricionária*

Detendo atividades legiferantes no Executivo, o Estado brasileiro agigantou-se e hipertrofiou-se. Não se pode afirmar, no entanto, que o *gigantismo,* não traga nem provoque problemas que conduzem a crises de natureza administrativa. Esta é a razão por que, no quadro constitucional, o Decreto-lei nº 200 tomou uma posição singular, de categoria de valor jurídico especialíssimo, dadas as condições relacionais que permitem à Administração atuar de maneira regrada.

É realmente o Estado, pela Administração e não só por meio do Legislativo, que transforma ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que na *origem* respeite os limites constitucionais, e na *forma* as qualificações insertas no Decreto-lei nº 200. A conduta não se faz livre nem discricionária, salvo alguns serviços já expressamente indicados no texto constitucional.[14]

Mesmo assim, a ação de poder administrativo confinada em *formas* não se restringe a conceitos definidos de serviço ou de interesse público, sobrando uma larga margem de discricionariedade nos modos intencionais da Administração avaliar e promover o que seja da sua legítima vontade.

Apreciando as regras que se impõem, os instrumentos suscetíveis de serem adotados, os regimes apontados preferencialmente ou não, intervindo direta ou de maneira supletiva, o Estado fica obrigado a fazer valer a lei, e nas hipóteses concretas, o que está na Constituição e o que diz o Decreto-lei nº 200.

Note-se que é pelo diploma de 1967, do qual decorre de plano a atividade administrativa, que se harmonizam à luz da doutrina e do direito positivo, as noções de administração *indireta* e centralizada[15]. Não se podendo deixar de considerar a ação descentralizada como administração indireta e a ação centralizada como administração direta. As peculiaridades, sem dúvida, são de índole da formação política brasileira, aconselhadas pelo sistema federativo.

13. *Centralização-descentralização*

No bom sentido, o Decreto-lei nº 200 aumentou no Executivo o poder administrativo estatal. Separando-o, ou dando maior distância do Legislativo.

[14] Exemplo: Art. 8º, XII; Art. 8º, XV, letras *a, b, c* e *d;* Art. 165, XV e XVI; Art. 176 e § 1º da Emenda Constitucional n. 1.

[15] Bandeira de Mello, Celso Antonio. Classificação sumária das atividades da administração — as formas descentralizadas de prestação de serviço público. *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* São Paulo, 1973.

Valorizando, de certa maneira, a tese de que existe um *poder novo,* derivado de instrumentos jurídicos tradicionais.

Não obstante, se por um lado, oferece maneiras de resolver o problema da centralização-descentralização, por outro submete a Administração aos rigores de um regime cujas exigências são as legais. O traço, porém, mais distintivo desta não muito nova tendência descentralizadora,[16] sob o controle do poder central e funcionando em caráter de coordenação, felizmente explica-se pela disciplina no uso das faculdades e prerrogativas governamentais.

Conciliar a necessidade de descentralizar com a prestação de serviços públicos, evidentemente faz gravitar toda a força do poder administrativo em torno de variações legais, sem dúvida, mas variações que se legitimam sem antagonismos através de opções já fixadas e determinadas.

A inclinação natural das organizações administrativas estatais é para a descentralização. Os tipos personificados, sujeitos ao regime do Decreto-lei nº 200, atendem ao vasto complexo dos interesses públicos e com a vantagem, certamente, de colocar a Administração dentro de princípios institucionalizados que nem de longe violentam a ordem jurídica.

Eis porque no diploma de 1967 se fazem sentir duas situações convergentes, a primeira dando poder à Administração, outra aproximando a técnica jurídica positiva da técnica política. Isto é muito bom, pois não cabe ao Estado, nem à Administração, agir com discricionariedade, quando dela não precisa.

14. *Os critérios de controle*

Não importa que outro poder, o administrativo, esteja crescendo entre os demais poderes clássicos. O que preocupa, a quem observa tal crescimento, é não encontrar ele nada que o contenha.

Considerando o Decreto-lei nº 200 na sua expressão como regime ou sistema positivo, algumas verdades se apresentam evidentes: a) a da afeição pelo princípio da legalidade; b) a do respeito pelo princípio da moralidade; c) a do exercício do controle para efeito da preservação dos objetivos.

Quanto ao controle, para não dizer tutela, estende-se através de *critérios* que são de competência, de finalidade, de forma, de motivo e de objeto. A questão não é aqui apenas de doutrina ou de pensamento doutrinário informador. Alcança, em termos de afirmação jurídica, o controle que a Adminis-

[16] Sempre foi grande a preocupação dos norte-americanos. Sobretudo no que se refere às relações entre o poder adminstrativo e o poder legislativo. Vale voltar ao trabalho de Landis, James M., *The administrative process.* New Haven, 1941.

tração exerce sobre os seus próprios atos. O controle de *fiscalização* e o controle de *correção.*

Não é este na essência um controle *de ofício,* mas imposto pela relação jurídica de responsabilidade no Decreto-lei nº 200. Não surge de uma outorga de poderes, e sim dos próprios sistemas jurídicos de garantias asseguradas. Evidentemente que, pelos pressupostos da ação administrativa, não tem natureza política nem é um procedimento político. Nasce obrigatório da própria lei, de certas disposições textuais imperativas ou proibitivas.[17]

Todavia, o que está inserto no Decreto-lei nº 200, corresponde a *técnicas* que à doutrina não cabe tergiversar. Sem prejuízo da tutela jurisdicional externa, isto é, do Judiciário e dos Tribunais de Contas, os meios preventivos e o controle *a posteriori* previnem a proteção do serviço na sua execução, a proteção dos administrados, agentes e mais pessoas que participam ou participem em comum com a Administração dos fins necessários de serviço público.

15. *Conclusão*

O modelo jurídico concebido de maneira positiva no Decreto-lei nº 200, queiram ou não os seus analistas menos prudentes, desenvolve-se através de normas e situações normadas, ou seja, de sistemas objetivos que se completam disciplinando tipos de comportamentos possíveis, classes de funcionamento administrativo e ordens de competência específica.

Ressalta-se das disposições textuais, umas imperativas e outras proibitivas, na trama ordenada de relações jurídicas, um *poder administrativo* qualificado e plasmado dentro da ordem constitucional. Daí poder-se dizer que as regras se positivam na eficácia, distantes da ação experiencial, de conhecimento do interesse público, ou para dar, fazer e não fazer.

Aqui fica explícito que, para a permanência e a higidez da Administração, juridicamente os meios importam mais do que os fins, porque são os meios que lhe permitem ativar objetivos e metas. Contudo, jamais uma Nação de boas leis, pode fugir de gestões abusivas e infiéis. E o problema se agrava quando os mecanismos necessários para o exercício do controle regulador deixam de se manifestar ou deixam de investigar o fato nas suas origens de causa e efeito.

[17] Neste ponto, os franceses colocam a questão em termos exatos. Leia-se, na temática: Debbash, Charles. Le contrôle de l'administration. *Science administrative.* Paris, 1971.

Com uma boa lei administrativa, ou antes, com um bom sistema administrativo, garante-se a realização do direito na esfera da Administração, o que não quer dizer que se assegure ao Estado e aos administrados que não haja excesso, a discrição culposa e o arbítrio. Um bom sistema administrativo, no entanto, pode, quem sabe, assegurar tudo isto, oferecendo, mesmo para os casos de infringência legal, soluções jurídicas tranqüilas.

Digamos que o Decreto-lei nº 200 seja o exemplo de bom sistema, de sentido subjetivo e orgânico para a Administração, constituindo-se por instrumentos, órgãos e funções juridicamente disciplinadas e disciplinadoras; estabelecendo numa mesma unidade regras de direito que regulam a competência de instrumentos e órgãos, suas relações hierárquicas e situação jurídica, suas maneiras de atuar e o controle da atividade, o que já é bastante.

REEMBOLSO POSTAL

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE

A fim de simplificar e tornar mais rápido o envio de pedidos de publicações da Fundação Getulio Vargas, sugerimos o uso do reembolso postal, que beneficiará principalmente às pessoas residentes em locais afastados dos grandes centros. Assim, na ausência, em sua cidade, de representantes credenciados ou livrarias especializadas, dirija-se diretamente pelo reembolso à

EDITORA DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Praia de Botafogo, 186 — Caixa Postal, 21.120, ZC-05,
Rio de Janeiro — RJ.