CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA**

Divergências doutrinárias sobre o tema. A composição é o objeto do direito administrativo. Administração Pública e Governo. A distinção entre atos políticos e atos administrativos. A Constituição como fonte de atos políticos. (Continua no próximo volume).

Divergências doutrinárias sobre o tema

1. *Breve introdução.* As dificuldades inerentes a todo processo intelectual de conhecimento e síntese de um objeto, manifestadas na simples descrição das coisas materiais, dotadas de formas e funções constantes, perceptíveis pelos sentidos humanos, são consideravelmente agravadas quando o que se pretende é classificar e definir os mutáveis fenômenos do vasto e complexo mundo social. É que os fatos dessa natureza se desenvolvem em ambientes diferentes, através da experiência secular de muitas gerações de indivíduos, que nem sempre nos são completa e fielmente transmitidos e cuja essência é deduzida mediante critérios subjetivos e portanto falíveis, porque dependentes da variável capacidade de compreensão dos que os estudam e analisam.

Daí as divergências em torno da conceituação das instituições jurídicas, sobretudo justificáveis em se tratando de caracterizar todo um setor do Direito que recentemente conquistou sua autonomia, como é o caso do *direito administrativo.*

* Trabalho apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Administrativo, realizado em Curitiba, em fevereiro de 1975.

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

2. *A composição de direito administrativo.* As deficiências notadas nas primeiras definições diziam respeito à qualificação das normas jurídicas que constituem a disciplina, ou seja, à determinação das suas *fontes.*

É que os mais antigos autores, filiados à chamada *escola francesa, legalista* ou *exegética,* limitavam o direito administrativo a um simples conjunto de *leis e regulamentos administrativos,* seguindo, aliás, orientação firmada no âmbito do direito privado, ante a impressionante majestade dos grandes códigos legislativos que, elaborados e ditados pelos órgãos do Estado, supostamente deveriam exaurir o Direito e, portanto, todo o poder de ordenação da vida coletiva, mediante um hermético sistema de regras tecnicamente perfeitas. Assim, referindo-se ao monumental Código Civil Francês de 21 de março de 1804, afirmava Bugnet: "Eu não conheço o direito civil, ensino o Código de Napoleão." Essa escola — acrescenta Georges Ripert — desconfia do juiz, que poderia deformar o pensamento do legislador, que é também a vontade do povo.[1] O argumento seria ainda melhor aproveitado no campo do direito público, contribuindo para preservar o poder discricionário e mesmo arbitrário dos governantes.

No Brasil, alguns dos tratadistas do Império pareciam aceitar um conceito legalista do direito administrativo, influenciados por seus contemporâneos estrangeiros, especialmente De Gerando, Macarel, A. Batbie, Theophile Ducrocq, Posada Herrera, Manuel Colmeiro e De Gioannis Gianquinto. Assim é que José Antônio Pimenta Bueno destacava como setor de maior importância a *Ciência da Administração,* definindo-a como sendo a teoria racional da competência e da ação do Poder Executivo, de que emanavam as regras e as condições gerais apropriadas para assegurar o bom desempenho dos serviços. O direito administrativo propriamente dito era situado em posição secundária, como o direito positivo disciplinador das atividades daquele Poder — direito positivo que, na concepção do escritor, se limitava ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo determinado e que no contexto mais amplo do direito público era representado pela Constituição imperial, sem compreender a ciência do poder público, nem os princípios gerais ou as máximas nacionais, pertencentes ao chamado Direito público universal.[2] Já ao direito administrativo como *ciência* se referiam Antônio Joaquim Ribas e o Visconde de Uruguai. O primeiro, mesmo invocando as lições de De Gerando e Macarel, preferia considerar

[1] Ripert, Georges. *El régimen democrático y el derecho civil moderno.* Trad. mexicana de José M. Cajica, 2. ed. Puebla, 1951, p. 50.
[2] Pimenta Bueno, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.* Reed. do Serv. de Documentação do Ministério da Justiça, p. 8-10.

a disciplina na sua concepção mais alta, para abranger os direitos e deveres recíprocos entre a Administração Pública e os administrados "tanto nos seus elementos fundamentais e universais, como no seu desenvolvimento prático de um povo dado".[3] Uruguai, por sua vez, ainda que definindo o objeto do direito administrativo como o de regular a organização interna da Administração Pública e as relações que estabeleça com os administrados, no que concerne à execução das leis e regulamentos, reconhecia que, ao lado dessa mutável legislação administrativa, sobressaíam os princípios de ordem superior e de eterna verdade "fixos e de aplicação universal, correspondentes a certas necessidades sociais e aceitáveis em todos os países". Mas a verdade é que os princípios em causa não eram os de natureza jurídica que informam o moderno direito administrativo, mas sim aqueles mais próprios da Ciência da Administração, muito prestigiada pelos tratadistas do século XIX quando apreciavam as acanhadas incursões do Estado no meio social. Consistiam nas regras sobre a proteção e socorro dos infelizes, os estabelecimentos de beneficência e de instrução pública, os meios de comunicação, a organização do Exército e da Marinha, etc.[4]

As críticas opostas ao critério legalista têm inteira procedência. É evidente que nem o direito privado está todo contido nos seus códigos, nem o direito administrativo se esgota nas leis e regulamentos disciplinadores da Administração Pública, como, ao demais, o direito constitucional não se cinge ao corpo de regras escritas que formam a Constituição de um determinado Estado. O Direito, em geral, tem uma extensão e uma profundidade bem mais amplas, para compreender, na sua cúpula, os conceitos e princípios produzidos pelo lento e penoso labor científico dos juristas, expostos e fundamentados nos tratados doutrinários e nos mais autorizados repertórios da jurisprudência. Reconhecendo que a lei concorre para a certeza do Direito, como sua expressão soberana e textual, acentua, porém, Vittorio Emmanuele Orlando os danos causados à ciência jurídica pela excessiva valorização das codificações legislativas, lembrando que a norma legal, reproduzindo um princípio jurídico já conhecido e consolidado, deve participar de um sistema geral e científico do Direito, que a precede. A ciência jurídica é, pois, sobretudo um conjunto de princípios e não pode consistir em comentários da legislação positiva.

[3] Ribas, Antônio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro.* Reed. do Serv. de Documentação do Ministério da Justiça, 1968, p. 26-31.
[4] Visconde de Uruguai, *Ensaio sobre o direito administrativo.* Reed. do Serv. de Documentação do Ministério da Justiça, 1960, p. 19-21 e 40-43.

Aceitando a necessidade da distinção entre a Política e o Direito, observa o tratadista italiano que o domínio da Ciência da Administração se manifesta apenas em determinado momento do processo de intervenção do Estado na vida social, mediante a valorização econômica da sua oportunidade, para definir a utilidade, o modo e a medida dessa ingerência. Já o direito administrativo, como ramo específico do direito público destinado a regular a Administração Pública, atua em fase posterior, para estabelecer normas que devem ordenar a organização e o funcionamento dos serviços administrativos necessários à consecução dos objetivos antes determinados, inclusive as suas relações com os administrados, sempre fundadas em um complexo sistema de princípios jurídicos.[5]

O nosso Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral assim saudou a introdução da disciplina nos currículos dos cursos jurídicos então existentes no Brasil: "O Decreto nº 608 de 16 de agosto de 1851, criando a cadeira de direito administrativo em cada uma das Faculdades de Direito do Império é digno do governo que apoiado nas leis mandou ensinar nas Academias de Direito aquelas *que restringem ou limitam o seu poder* (grifou-se); ao jurisconsulto pertence colocar a administração em frente do Direito, a demonstrar quais os meios protetores contra os abusos e quais as regras para fazer triunfar o regime eqüitativo contra o arbitrário, e estabelecer a segurança nas relações dos cidadãos com o Estado, no que a Administração ganha em respeito o que perde em autoridade".[6] Nesse pronunciamento, está implícito o reconhecimento da força do direito administrativo, como um conjunto de normas jurídicas superiores às da própria lei que, criada pelos órgãos governamentais e com a co-participação do Poder Executivo, não é suficiente para conter os seus poderes nos limites do que se tem como legítimo e justo. São os princípios do direito público em geral e do direito administrativo em particular que, antecedendo as regras legislativas e embora consagrando a supremacia jurídica do Estado, nas suas relações com os indivíduos e frente aos seus interesses privados, também afirmam a maior eficácia das regras da Constituição sobre as da lei ordinária e a superioridade destas sobre as normas regulamentares, definindo os pressupostos de validade das atividades da Administração Pública. Assim, antes que a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, em seu art. 2º, dispusesse a respeito da matéria, já a doutrina havia estabelecido os casos de nulidade dos atos

[5] Orlando Vittorio Emmanuele. *Principii di diritto amministrativo*. 5. ed. Florença, 1925; *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*. Milano, 1897, v. 1, p. 79-93.
[6] Veiga Cabral, Prudêncio Giraldes Tavares da. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, 1859.

administrativos, mediante princípios cuja positividade jurídica jamais pudera ser seriamente contestada.

3. *A questão do objeto do direito administrativo.* O aspecto mais polêmico do tema ora apreciado é o da fixação do *objeto* do direito administrativo. O exame das diversas definições propostas revela que embora admitindo tratar-se de uma disciplina jurídica fundamentalmente aplicada na regulação das atividades administrativas do Estado, discordam os escritores quanto ao modo de exprimir esse objeto, consubstanciado na *Administração Pública.* A variedade dos critérios adotados traduz, portanto, mais uma diversidade de forma que de fundo.

Os que definem o direito administrativo com base no *Poder Executivo* não disfarçam seu propósito de fixar a Administração Pública como a destinatária das normas de direito administrativo, ainda que se servindo de um elemento que têm como equivalente. Por isso é que Lorenzo Meucci, depois de conceituar a disciplina como o ramo de direito público "que dita as normas reguladoras dos institutos sociais e dos atos do Poder Executivo para a realização dos fins de utilidade pública", observa que se a ação do Estado se desdobra na *legislação,* na *jurisdição* e na *administração,* a esta última corresponde toda a atividade do poder que "cuida do interesse geral", isto é, do Poder Executivo, compreensiva das funções de governo — não merecendo acolhida as razões que distinguem a ação administrativa da governamental. Segundo Meucci, as normas jurídicas reguladoras dessa atividade executiva, seja a superior (de governo ou política), seja a inferior (administração), têm o mesmo caráter científico, já que os dois ramos somente se diferenciam *por grau,* não pela natureza ou espécie.[7] Outro tratadista italiano — Guido Zanobini — reitera que a Administração Pública deve abranger a atividade política, ou de governo, inclusive porque não se limita aos atos de mera execução das normas jurídicas. Daí porque igualmente sustenta que o direito administrativo, tendo por objeto "a organização, os meios e a forma de atividade da administração pública e as conseqüentes relações jurídicas entre a mesma e os administrados", deve regular todos os órgãos e funções do Poder Executivo, incluindo suas atividades regulamentares e jurisdicionais.[8] Em sentido oposto já se manifestaram, entre nós, o Visconde de Uruguai, pois conquanto apoiasse a definição de direito administrativo apresentada por F. Laferrière, sustentava, com longa dissertação doutrinária,

[7] Meucci, Lorenzo. *Istituzioni di diritto amministrativo.* 6. ed. Torino, 1909, p. 1-3.
[8] Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo.* Milano, 1950, v. 1, p. 13-22.

a diferenciação entre o Poder Executivo *puro, político* ou *governamental,* sujeito ao direito constitucional e o *poder administrativo* que, cuidando da Administração Pública, está submetido a um ramo específico do direito público e que é, exatamente, o direito administrativo.[9] Dentre os modernos juristas brasileiros que acolhem o critério merece destaque Carlos S. de Barros Júnior, cuja definição do direito administrativo é esta: "O conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a organização e a atividade do Poder Executivo, inclusive dos órgãos descentralizados, bem como as atividades tipicamente administrativas exercidas pelos outros Poderes." Reconhecendo que no conceito deveria figurar a Administração Pública, apreciada sob os aspectos objetivo e subjetivo, preferiu o Professor da Universidade de São Paulo considerá-la somente neste último sentido, argumentando que já se tem clara intuição do que sejam as atividades administrativas, não obstante as dificuldades para explicar o seu conteúdo.[10]

São bem conhecidas as objeções opostas a essa orientação. Embora no Poder Executivo esteja realmente sediada a Administração Pública, é certo que nem todas as atividades que exerce são regidas pelo direito administrativo, uma vez que sobre elas incidem normas pertencentes a outros ramos do direito público e mesmo ao direito privado. A competência dos seus órgãos superiores, geralmente fixada pela Constituição, é matéria tratada não só pelo direito constitucional (v.g., as funções co-legislativas do Poder Executivo, pertinentes à iniciativa, sanção e promulgação das leis), como também pelo direito internacional público (declaração de guerra, celebração de tratados, etc.) e pelo direito penal, material e formal (concessão de indulto e de comutação de penas). Além disso, há atividades da Administração Pública — considerada sob o aspecto subjetivo — submetidas ao direito civil e comercial (quanto a contratos, por exemplo). Por outro lado, a própria noção de Poder Executivo há de ser deduzida do sistema de divisão do poder público, exposto pela Ciência Política e cuja aplicação, no campo jurídico, não constitui objeto específico do direito administrativo.

Há conceituados autores que escolhem o *serviço público* como dado nuclear da conceituação do direito administrativo. Assumindo essa posição, fazem coincidir a extensão de uma determinada espécie de atividade desenvolvida pelas pessoas de direito público, objetivamente identificável, com a totalidade da ação exercida pela Administração Pública ou mesmo o Es-

[9] Op. cit. p. 24-30 e 53-6.
[10] Barros Júnior, Carlos S. de. *Compêndio de direito administrativo.* S. Paulo, s/d, v. 1, p. 81-4.

tado. Como expoente mais famoso da chamada escola realista, Léon Duguit se empenha em demonstrar que o direito público não mais constitui o fundamento da soberania estatal, do direito subjetivo dos governantes, dos seus poderes de mando, pois que apenas contém as regras de organização e gestão dos serviços públicos. O direito público é o direito objetivo dos serviços públicos — conclui Duguit.[11] Sustenta por sua vez Gaston Jèze que "o direito administrativo tem por objeto formular as regras especiais que convenham para o bom funcionamento dos serviços públicos". Trata-se de uma concepção mais restrita, que deve ser ajustada à doutrina exposta pelo mestre da Universidade de Paris, segundo a qual cabe à Administração Pública a missão principal de fazer funcionar os serviços públicos, servindo-se de dois tipos de procedimentos: o de direito público e o de direito privado. Quando afirma que o direito administrativo é "o conjunto das regras relativas aos serviços públicos", quer dizer que é essa disciplina que fornece o regime jurídico de direito público das atividades administrativas do Estado, absorvidas no conceito de serviço público.[12] O critério é seguido por autores brasileiros, como Themístocles Brandão Cavalcanti, que entendem compreender a Administração Pública especialmente "os atos de realização e execução dos serviços diretamente a cargo do Estado". Daí a conceituação do direito administrativo como sendo "o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem a organização e o funcionamento dos serviços públicos".[13] Mais tarde, ainda que reconhecendo a crescente amplitude dada à noção de serviço público, reafirmou o referido tratadista sua adesão à corrente doutrinária ora apreciada, mantendo substancialmente inalterada aquela definição.[14]

Verifica-se, portanto, que também aqui está presente a Administração Pública, como elemento fundamental do conceito do direito administrativo, ainda que parcialmente representada. É que a atividade administrativa do Estado não se exaure na organização e no funcionamento dos serviços públicos. No seu âmbito estão incluídos outros setores, tecnicamente bem diferenciados e especificados, como os concernentes ao *fomento* às realizações privadas e à *polícia administrativa*. Desse modo, não impressiona o argumento oposto ao critério, baseado na suposta imprecisão do conceito de serviço público. O mais grave defeito da orientação em causa reside na limitação do objeto

11 Duguit, León. *Les transformations du droit public.* Paris, 1913, p. 33 e segs.
12 Jèze, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo.* Trad. argent. de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires, 1948. v. 1, p. XXIX e p. 1.
13 Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro.* Rio de Janeiro, 1936, p. 79.
14 Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo.* 4. ed. Rio-S. Paulo, 1960, p. 12-4.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

do direito administrativo a um só tipo de atividade da Administração Pública. Aliás, como elucida Orlando, a idéia de serviço público não deve preceder, mas seguir a de Administração Pública.[15]

Segundo certos escritores, o direito administrativo é formado pelas regras disciplinadoras das relações recíprocas entre o Estado ou a Administração Pública e os indivíduos ou administrados. O critério das *relações jurídicas* foi adotado por De Gerando e Laferrière, bem como por outros autores franceses, influenciando, também sob esse aspecto, os primeiros tratadistas brasileiros. Aceitando-o parcialmente, diz Antônio Joaquim Ribas que, em sentido restrito e mais próprio, "o direito administrativo tem exclusivamente por objeto os direitos e deveres da administração para com os administrados e destes para com aquela", embora na sua acepção mais ampla, seja "a ciência que ensina a organização administrativa...".[16] A referência ao elemento já destacado — as relações jurídicas entre a Administração Pública e os administrados — tem constado ainda das definições mais recentes que têm como centro o Poder Executivo, os serviços públicos, etc.

A objeção que tem sido oferecida contra o critério é a de que o Estado se relaciona com os indivíduos também sob a regência de outros ramos do direito público e do direito privado. Não só a lei administrativa, mas também a Constituição e as leis ordinárias relativas aos diferentes setores do direito positivo definem os direitos, deveres e obrigações dos indivíduos frente às pessoas públicas e a execução dessas normas, constitucionais e legais, supõe a prática de atos concretos, pelas autoridades estatais, envolvendo extensa variedade de relações jurídicas. Principalmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, há um intenso relacionamento entre o Estado e a Administração Pública, de um lado, e os particulares do outro, fundado no direito constitucional, eleitoral, tributário, penal, processual e do trabalho. Ao demais, conforme já foi antes assinalado, entre pessoas de direito público e de direito privado são ainda estabelecidos negócios jurídicos submetidos ao direito civil e comercial. O critério em questão, tanto como os demais já sintetizados, sobretudo importa em uma limitação inaceitável do objeto do direito administrativo, já que esse não se cinge à disciplina das relações jurídicas, mas regula também a organização interna da Administração Pública, ordenando todas as suas atividades, inclusive as que não envolvem imediatamente direitos ou interesses privados. Por-

[15] Orlando, V. E. *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano.* p. 58.
[16] Ribas, Antônio Joaquim. op. cit. p. 26-30.

tanto, o critério pode não ser errôneo, mas é manifestamente insuficiente, como bem observa Benjamín Villegas Basavilbaso.[17]

Cumpre mencionar, finalmente, a orientação adotada por tratadistas estrangeiros e nacionais que, depois de examinada a complexa questão da justificação do Estado, concluem que o direito administrativo tem por objeto reger aquelas atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas porém a legislação e a jurisdição, ou então somente esta última. Trata-se de um *critério negativo,* que contempla na definição do direito administrativo certa *atividade residual do Estado.*

Tal é a doutrina de Orlando que, primeiro através de um *critério teleológico,* tal como os autores alemães, contrasta o Estado considerado no seu ordenamento fundamental, a que corresponde o conceito de *constituição,* sob o domínio do direito constitucional, com o Estado já organizado e dedicado ao cumprimento dos seus fins, mediante o exercício de uma atividade administrativa em sentido largo e já então regulado pelo direito administrativo. Concebida com essa amplitude, a Administração Pública não fica restrita ao Poder Executivo, nem é entendida com base na teoria da divisão do poder público, exposta por Montesquieu. Buscando realizar os seus fins, o Estado empenha a totalidade do seu poder, sem que se possa admitir, portanto, que a atividade administrativa seja limitada a uma só parcela, mecanicamente separada das demais manifestações da soberania. Assim é que pela legislação já atua o Estado na direção daqueles fins, partindo para a realização da sua obra. A idéia de *administração* — insiste Orlando — não está em antítese com a de legislação e de jurisdição, mas com a de constituição. Portanto, como atividade tendente à conservação do Direito, que é o fim essencial do Estado, a administração também compreende a legislação. Isso não impede, porém, que a atividade legislativa, pela qual se manifesta soberanamente a vontade estatal, seja objeto de um ramo autônomo da ciência jurídica — O direito constitucional — que é o que trata da organização e personificação do Estado. Por outro lado, não obstante a íntima conexão entre a jurisdição e a precitada ação do Estado, tutelar do Direito, razões históricas e exigências de sistematização da ciência jurídica impõem a distinção entre as duas atividades, para favorecer a identificação de uma *Administração em sentido estrito,* especializada. Assim, se é verdade que, sob o aspecto positivo, constitui objeto do direito administrativo "todo aquele complexo de institutos jurídicos por meio dos quais o Estado, exercendo o seu poder soberano, busca a força necessária para a conservação

[17] Basavilbaso, Benjamín Villegas. *Derecho administrativo.* Buenos Aires, 1950. V. 1, p. 51.

do Direito e da própria coesão social, mediante um critério negativo esse mesmo objeto será determinado subtraindo-se das atividades totais do Estado já constituído — tanto a legislação quanto a jurisdição, bem como as chamadas *atividades patrimoniais* do Estado, regidas pelo direito privado, ressalvadas as normas de direito administrativo pertinentes aos serviços necessários à execução de tais atividades".[18]

Essa orientação doutrinária, em suas linhas gerais, foi a seguida, entre nós, por Tito Prates da Fonseca: igualmente confrontando a *constituição* do Estado com a sua *administração* e partindo de uma noção ampla de *polícia,* compreensiva das atividades jurídicas e de regulação da ingerência do mesmo Estado no meio social, exclui do objeto do direito administrativo a legislação e a jurisdição. Pela *administração em sentido estrito* — diz o tratadista — o Estado já constituído se aproxima da vida concreta, praticando atos *hic et munc* para a execução da lei ou da sentença e exercendo, pois, uma atividade destinada a alcançar seus fins e que não sejam os de legislar e julgar contenciosamente.[19] Apoiado principalmente em Mário Masagão, autor de conhecida monografia sobre o tema em exame, José Cretella Júnior também define o objeto do direito administrativo por exclusão, fazendo-o corresponder às atividades jurídicas não contenciosas do Estado acrescentadas das normas sobre "a constituição dos órgãos e meios da sua ação, em geral". Explica que, enquanto a Ciência da Administração trata da atividade social, estão sob a regência do direito constitucional a forma do Estado e do Governo e a ação dos órgãos participantes dessa estrutura superior, pertencendo ao direito judiciário a regulação das atividades jurídicas contenciosas.[20] Outro respeitado autor brasileiro — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — depois de sustentar que as funções fundamentais do Estado se resumem na administração e na jurisdição, aquela abrangente da legislação, porque co-participante das atividades do poder público de realização e integração da ordem social, adota conclusão que pode ser incluída no critério ora exposto. Afirma o tratadista, com efeito, que "salvo o ordenamento jurídico da atividade contenciosa do Estado-poder já constituído, que pertine ao direito judiciário, deve ficar enfeixado no direito administrativo o ordenamento jurídico de todas as suas outras atividades, que se unificam na criação de utilidade pública".[21]

18 Orlando, V. E. Op. cit. p. 59 e segs.
19 Prates da Fonseca, Tito. *Direito administrativo.* Rio de Janeiro, 1959, p. 33 e segs.
20 Cretella Júnior, José. *Direito administrativo.* Rio-S. Paulo, 1966. V. 1, p. 179-82.
21 Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* Rio de Janeiro, 1969. V. 1, p. 34 e segs.

4. *O objeto do direito administrativo é reger a Administração Pública.* Confirma-se, por conseguinte, que o direito administrativo é, realmente, o *Direito relativo à Administração Pública,* na sintética expressão de Otto Mayer.[22] Como se trata de ramo de uma ciência eminentemente normativa, melhor seria dizer que constitui seu objeto *reger a Administração Pública.* O direito administrativo — acentua Ruy Cirne Lima — é o ramo do direito positivo que específica e privativamente rege tanto a atividade como as pessoas administrativas, isto é, a Administração como forma de atividade do Estado.[23] Em outras palavras e de acordo com Vicente Rao, é o direito administrativo, certamente, "o conjunto sistemático de princípios e de normas de direito público interno que disciplinam a formação e o funcionamento dos órgãos e entidades constitutivas da Administração Pública, bem como suas relações com os indivíduos".[24] Assim sendo, e embora deva ser reconhecido o fato histórico de que a Administração Pública *stricto sensu* somente se especializou depois de destacadas das atividades totais do Estado a jurisdição e a legislação, impõe-se a sua definição, sob os aspectos subjetivo, objetivo e formal a fim de que possa ser então conceituado o direito administrativo. Esse é o escopo do presente trabalho.

Administração pública e Governo

5. *A administração como atividade privada e pública.* Entende-se por *administrar* a ação de gerir um patrimônio, próprio ou alheio, segundo a sua destinação, participando da *administração* um conjunto de atos de coordenação e aplicação de meios disponíveis, na consecução de um fim determinado. A idéia de administração está associada à de movimento, de *atividade,* para exprimir uma atuação dinâmica que tenha um destino pré-ordenado. Em sentido amplo, é administração toda atividade humana de caráter prevalentemente econômico, planificada para alcançar determinados fins humanos.[25]

A moderna *ciência da administração,* tratando dos princípios que organizam a direção das empresas, atribui-lhe a função geral de harmonizar as atividades particulares do organismo, tal como o sistema nervoso dirige as funções dos órgãos que constituem os seres vivos. Na clássica concepção

[22] Mayer, Otto. *Derecho administrativo.* Trad. argent. de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, 1950. V. 1, p. 17.
[23] Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo brasileiro.* 3. ed. 1954, p. 26.
[24] Rao, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* 1952. V. 1, p. 255-6.
[25] Merkl, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo.* Madrid, ed. s/d, p. 8.

de Henri Fayol, que vale para a condução dos negócios privados e públicos, administrar é prever, organizar, coordenar, comandar e controlar.[26]

Todavia, na linguagem comum e técnica, a palavra administração não tem significado uniforme. Como reflexo da sua ambigüidade originária, acentuada pelos etimologistas,[27] o vocábulo tem representado, no mundo jurídico, situações supostamente antagônicas: ora a função superior e qualificada, exercida pelos agentes diretores, ora a atividade de simples execução, obediente a um comando. Embora os administradores das pessoas jurídicas sejam freqüentemente identificados com os seus dirigentes, o certo é que, perante o direito privado, os atos de administração estão limitados aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, sem compreender os que possam importar em alienação, exclusivos dos proprietários. Nessa posição estão as atividades dos pais, tutores, curadores, gestores de negócios, gerentes de demais prepostos, administrando bens alheios, no interesse dos filhos, incapazes, donos e preponentes. Já no âmbito do direito público, a imagem do administrador se confunde com a do governante, reservando a lei somente aos agentes de maior hierarquia a competência para dispor dos bens do Estado e dos interesses superiores da comunidade.

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

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

Confirma Ruy Cirne Lima: "O elemento teleológico ou finalístico não é, sem dúvida, o único, a sinalar especificamente essa forma de atividade. Mas não há negar que constitui a nota principal dentre quantas compõem

[26] *Dictionnaire des Sciences Economiques.* Sob a direção de Jean Roneuf, Presses Universitaire de France. Paris, 1956, verbete *administration,* t. 1, p. 35.
[27] Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo.* São Paulo, 1966. t. 1, p. 21.

o conceito de administração." No Estado moderno, o Poder Executivo não é aquele que detém o mandamento inicial que compete à lei, nem a decisão determinante, presente na sentença judicial. Carecendo de atribuições irrestritas, desenvolve a atividade administrativa não de acordo com o seu arbítrio, mas vinculado à finalidade impessoal determinada tendo em vista a utilidade pública. A atividade jurídica do Poder Executivo, cobrindo o intervalo entre a lei e a sentença, tem assim algo de interinado, de transitório, em relação à vida do Estado. E nisto o Poder Executivo se assemelha aos administradores privados — pais, tutores, órgãos das pessoas jurídicas — todos gestores interinos, ou transitórios de interesses alheios.[28]

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

Contudo, somente nas sociedades sedentárias, mais amplas e evoluídas, estratificadas em classes, definiu-se o *governo* como um dos elementos do Estado, então constituído, e como função permanente dos seus órgãos superiores. Já não mais se tratava de simples expressão de prestígio ou liderança em que o comando se impunha pelas qualidades pessoais de quem o exercia, mas sim, como explica Pinto Ferreira, de manifestação de *autoridade,* caracterizando dominação oficial e legal, fundada em um poder superpessoal, de procedência externa, regulada pelas normas objetivas do ordenamento jurídico.[29]

Nas suas formações mais antigas, o governo não legislava, pois a criação do Direito se realizava pelo costume, como produto espontâneo da cultura popular. O governante se limitava a resolver os litígios, procedendo como árbitro na aplicação das normas de conduta social preexistentes. Tanto que, conforme observa Robert M. MacIver, só em uma etapa mais avançada apareceram as figuras heróicas dos legisladores, como Licurgo, Sólon, Hammurábi e Moisés que, aliás, apenas codificaram as leis tradicionais ou as apresentaram como mandamentos oriundos da divindade.[30]

28 Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo.* cit. e *Sistema de Direito administrativo brasileiro.* Porto Alegre, 1935, p. 17-21.
29 Ferreira Pinto. *Teoria geral do Estado.* 2. ed. Rio de Janeiro, t. 1, p. 269-71.
30 Mac Iver, Robert M. *Teoría del Gobierno.* Trad. esp. de Agustín Gil Lasierra. Madrid, 1966, p. 68-9.

Igualmente sustentando a anterioridade cronológica da jurisdição, afirma Hans Kelsen que o Estado primitivo se limitava a realizar atos coativos de punição dos delitos e da guerra, como fatos socialmente prejudiciais embora ressalvando que a inexistência de um direito legislado, isto é, formulado pelos órgãos governamentais, não significava a ausência de leis, contendo normas gerais, desde que a criação consuetudinária também traduz *legis latio*. Com veemente argumentação, contesta Kelsen a tese oposta, de Georg Jellinek, no sentido da histórica supremacia da administração, como função pública permanente, essencial e precursora das demais. Acentuara esse tratadista, com efeito, a intermitência da legislação e da jurisdição, contrastada com a necessária continuidade da administração, nessa incorporadas, mais recentemente, as atividades de preparação das leis e de execução das sentenças judiciais. Mesmo historicamente — explicara Jellinek — apresenta-se a administração como atividade fundamental, pois a ela estava inicialmente unida a legislação. Mais tarde há o desprendimento da função jurisdicional, restrita no princípio a ações insignificantes, para depois alcançar um campo cada vez mais amplo, de modo que, por fim, na administração estaria compreendida a função governamental, remanescente da separação, não só da atividade jurisdicional, como também daquela de índole legislativa.[31]

De qualquer maneira, não se poderia deixar de conceituar como atividades substancialmente administrativas aquelas presentes em todas as épocas e pelo menos contemporâneas das outras funções públicas, consistentes nas práticas financeiras de arrecadação e aplicação de tributos[32] e no aproveitamento dos recursos humanos e materiais disponíveis, na execução de obras e serviços de interesse comum e particularmente úteis à defesa do agregado social, contra as agressões internas e externas — todas essas participantes dos fins essenciais do Estado e determinantes da sua organização. O que se pode admitir é que as funções do Estado antigo somente comportavam um con-

31 Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. esp. de Luis Legas Lacambra. México, 1965, p. 323; Jellinek Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. esp. de Fernando de Los Rios. Buenos Aires, 1954, p. 463-4.

32 Nitti, Francesco. *Princípios da ciência das finanças*. Trad. bras. de C. Machado. Rio de Janeiro, 1937. v. 1, p. 35: "*No começo havia ação*, diz o herói de Goethe: estatuíram-se os impostos antes de pensar-se na parte teórica dessa operação; arrecadavam-se os impostos aduaneiros numa época em que se não possuía qualquer noção teórica sobre o protecionismo e sobre o livre-câmbio (...). A prática das finanças é, sem sombra de dúvida, velha como o mundo: as primeiras tribos que deveram satisfazer necessidades coletivas tinham já uma tradição financeira quando pagavam seu tributo a hordas vitoriosas; tinham-na, ainda, quando destinavam parte da riqueza adquirida a fins de utilidade pública." Manoel de Oliveira Franco Sobrinho também insiste: "não há nem jamais houve *Estado sem administração*" (Ensaio sobre a mecânica política do Estado. Curitiba, 1969, p. 17-8).

ceito de administração em sentido amplo, compreensivo daquelas atividades originárias e indefinidas do governo, já que, nas suas primeiras fases, o processo evolutivo de diferenciação material das funções públicas apenas veio alcançar, progressivamente, a jurisdição e a legislação. Durante muito tempo, a administração, *stricto sensu,* tal como é hoje considerada, permaneceu sem especificação, no núcleo central das atividades do Estado, fundida à função governamental, por sua vez carente de identidade própria.

7. *Governo e Administração Pública como expressões equivalentes.* Na sua acepção primitiva, a palavra *governo* indicava, pois, o conjunto das funções do Estado, de que se separou, primeiro, a justiça, depois, a legislação. É por isso que, atualmente, o termo é empregado por muitos autores para designar tão-somente as *atividades residuais,* atribuídas ao chamado *poder executivo.* Mas aquele significado genérico ainda tem prevalecido para exprimir o *poder público* ou *jurídico,* inseparável da coatividade e que, como elemento formal, conjugado com o *território,* como dado material e com o *povo,* que é o componente social, constituem o Estado, no seu todo. Ainda nesse sentido geral, de *autoridade pública* ou, nas palavras de A. Esmein, de *soberania* posta em ação, distingue-se o governo em *despótico* ou *legal, direto* ou *legal, direto* ou *representativo, democrático* ou *autocrático, parlamentar, presidencial* ou *colegial,* segundo fundado na vontade arbitrária do soberano, ou na lei, conforme seja essa vontade manifestada direta ou indiretamente, participando o povo, ou não, da sua formação e do seu funcionamento, ou ainda de acordo com o sistema de organização e divisão do poder estatal.[33]

Mencionou-se que tratadistas de direito administrativo, especialmente os alemães, preferem referir-se à *Administração Pública, lato sensu,* quando tratam dos empreendimentos totais do Estado no cumprimento dos seus fins, sobretudo em contraste com a *Constituição,* pela qual é a sociedade política e juridicamente organizada. O critério é aceito por Rafael Bielsa que, apoiando Lorens von Stein, afirma: *O Estado se constitui e atua;* a Administração Pública é hoje o que foi até há pouco a Constituição. Dessa dependência resulta que *as atividades administrativas, equivalentes às de governo,* devem refletir as virtudes e os defeitos da estrutura estatal, sendo objeto do direito

33 Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo.* 4. ed. Buenos Aires, 1947. t. 1, p. 89-90, 106-7 e 180; Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. op. cit. p. 39; Groppali, Alexandre. *Doutrina do Estado.* Trad. bras. de Paulo Edmur de Sousa Queiroz. São Paulo, 1953, p. 123 e segs., Esmein, A. *Eléments de droit constitutionnel.* 6. ed. Paris, 1909, p. 14-5, 19-20; Calderón, Juan A. Gonzalez. *Curso de derecho constitucional.* 2. ed. Buenos Aires, 1958, p. 39; Paupério, A. Machado. *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial.* Rio de Janeiro, 1956, *passim.*

constitucional o Estado na sua anatomia e fisiologia, *tal como ele é,* enquanto que a ciência administrativa, voltada para a satisfação das novas exigências de natureza política e social, "ensina o que é que esse potente e vasto organismo deve fazer".[34] De acordo com essa concepção, também adotada por Fritz Fleiner, é a Constituição o elemento fixo e permanente na vida do Estado, ao passo que é a Administração Pública *o Estado ativo,* na sua dinâmica, tal como se manifesta a todos nós.[35]

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

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

O Poder Judiciário é, por definição, apolítico, havido como insensível às mutações da realidade econômico-social, mesmo porque, sem iniciativa própria, somente se manifesta mediante provocação das partes, quando atua visando o passado, aplicando a lei aos casos concretos. Contudo, as decisões de alguns dos seus órgãos tendem a refletir os sentimentos das comunidades locais, sempre que pronunciadas por cidadãos escolhidos por sorteio ou eleição popular, para o exercício temporário de funções jurisdicionais, como é da essência de certos regimes democráticos. Não se poderá deixar de admitir, outrossim, o caráter político dos julgamentos proferidos pelos mais altos tribunais, não só pela origem dos seus componentes — nomeação pelo chefe do Poder Executivo com a concordância de órgãos do Poder Legislativo,

[34] Bielsa, Rafael. op. cit. e loc. cit. p. 28-9. Ver também Mayer, Otto. op. e loc. cit. p. 3 e 11; Forsthoff, Ernest. *Tratado de derecho administrativo.* Ed. esp. do Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958, p. 30-1.
[35] Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif Allemand.* Trad. franc. do Ch. Eisenmann. Paris, 1933, p. 9.

dentre adeptos da ideologia dominante ou simplesmente do programa do partido vitorioso — mas como manifestação inerente à sua alta participação nas questões de eminente interesse público e, assim, no governo nacional. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, em momentos decisivos da história, juízes do porte de John Marshall conquistaram justa fama mundial, não só como juristas, mas sobretudo como verdadeiros estadistas.[36] Aludem os escritores a um *governo de juízes,* atribuído aos magistrados cujos votos prevalecem nos altos pretórios, bem como aos juízes que não governam, porque vencidos nos grandes pleitos, em que são interpretados e aplicadas as normas da Constituição e estão em causa os temas de maior importância política. Entre nós, Francisco Campos, quando Ministro da Justiça, em discurso proferido perante o Supremo Tribunal Federal, dirigiu aos seus membros estas expressivas palavras: "Os vossos poderes não são apenas os da Justiça comum ou ordinária. A Constituição vos conferiu poderes de Governo (...). E eis, assim, aberto ou franqueado à Vossa competência todo o domínio da política: a política tributária, a política do trabalho, a política econômica, a política da produção e da distribuição, a política social, em suma, a mais política das políticas, a *polis* na sua totalidade — a sua estrutura, os seus fundamentos, a dinâmica das suas instituições e do seu governo."[37]

Quando, porém, se identifica o governo com a Administração Pública e com as funções próprias do Poder Executivo, não se pretende apenas confiná-lo, por razões históricas, na sede originária das atividades do Estado: confirma-se um fato que tem persistido, que é o da preeminência das funções governamentais que, antes emanadas do monarca, dotado de poderes absolutos, têm sido progressivamente assumidas pelo Primeiro Ministro ou Pre-

[36] Munro, William Bennet. *The Government of the United States.* 5. ed. New York, 1949. p. 576-7. Reitera Charles A. Beard: "O exercício da jurisdição conferida à Suprema Corte exige dois tipos de operações intelectuais, um com respeito a amplas soluções de política pública e outro pertinente a assuntos técnicos. Na primeira hipótese, o Tribunal é usualmente controlado apenas pela linguagem geral da Constituição, a qual, como uma vez acentuou um juiz, a propósito de determinada cláusula, caracteriza-se por ser convenientemente vaga. Tratando dos problemas referentes a esse tema, os autores já citados lembram-nos: "As palavras da Constituição sobre as quais baseia-se uma solução, apresentam-se tão ilimitadas por seu significado intrínseco ou por sua história, pela tradição ou por decisões anteriores, que deixam livre o juiz, se é que não o compelem a procurar um sentido, não através da leitura da Constituição, mas pela leitura da vida... O processo de interpretação constitucional obriga à tradução da política em julgamento e as concepções de controle que têm os juízes são os seus quadros políticos idealizados, da ordem social existente." Ver *American Government and Politics.* 10 ed. New York, 1949, p. 236-71.

[37] Martinho Garcez Neto. *Democracia, doutrinas políticas e segurança Nacional.* Rio de Janeiro, 1965, p. 147-8.

sidente do Conselho, nos sistemas parlamentares e pelo Presidente da República, no presidencialismo, como órgãos mais representativos na Nação para efeitos internos ou externos. A despeito da crescente jurisfação e divisão do poder estatal, isto é, das limitações impostas pelo *Estado de Direito,* são essas autoridades, no desempenho da chefia do Poder Executivo, muitas vezes acumulado com o da chefia nominal do próprio Estado, que detêm e efetivamente exercem um poder de iniciativa, condutor da política nacional e realizador dos fins estatais. É nessa posição, co-participando do Poder Executivo e associado à Administração Pública, *stricto sensu,* que sobre o governo recaem com maior intensidade as obrigações e responsabilidades pela satisfação das necessidades coletivas e que integram a noção ampla de serviço público, defendida por Léon Duguit.[38]

No Poder Executivo se situam os dois momentos fundamentais do desenvolvimento das atividades públicas no Estado moderno: *o inicial,* de criação e orientação, pelo governo e *o final,* de execução concreta das suas realizações, pela Administração Pública. Embora, conforme foi exposto, os mais antigos tratadistas já dividissem o Poder Executivo em *poder executivo puro,* político ou governamental e *poder administrativo,* meramente executivo,[39] talvez seja a Constituição Francesa de 1958 a que melhor documenta essa realidade: sem abandonar a Democracia, mas ao contrário, praticando-a, garante pelo sufrágio universal a representação popular em toda a sua extensão, compreendendo os diferentes matizes da opinião pública e os interesses divergentes das várias classes sociais; mas reconhecendo que o poder público, para modelar e transformar a realidade presente, não dispensa "uma autoridade governamental concentrada, eficaz e responsável" e que governar é também legiferar, compatibiliza a atuação da heterogênea e numerosa Assembléia Nacional com um Poder Executivo vigoroso e ativo que, com propriedade, é chamado de *Governo;* afinal, eleva o Presidente da República à condição de órgão máximo e dirigente, agora escolhido, aliás, por eleição direta e que faz do Povo, através do *referendum,* o juiz supremo das decisões políticas. Nessa Constituição, explica Georges Burdeau, há a superposição de dois poderes: o Poder de Estado e o Poder Democrático. "Entre o poder necessário à grandeza e à continuidade do Estado e o poder do povo, a Constituição não escolhe, antes consagra-os a ambos. Ela tende a reconciliar a autoridade com a democracia; a autoridade indispensável para que a demo-

[38] Duguit, Leon. *Les transformations du droit public.* Paris, 1913, *passim.*
[39] Visconde de Uruguai, op. cit. p. 53: "O Poder Executivo divide-se em poder executivo puro e em poder administrativo. O poder executivo puro também se denomina político ou governamental."

cracia não se dissolva nas cegueiras dos intuitos ou da rivalidade partidária; a democracia, não menos necessária, para que a autoridade permaneça legítima.[40]

8. *Governo e Administração Pública em sentido estrito. A distinção entre atos políticos e atos administrativos.* Desde que ainda presente, em um plano superior, um núcleo central de atividades estatais correspondentes ao governo, ou à Administração Pública, *lato sensu,* busca-se distingui-las das que, também exercidas preponderantemente pelo Poder Executivo, compõem *a função administrativa em sentido estrito,* na clássica teoria da tríplice divisão do poder público. Essa distinção, implicando a diferenciação jurídica entre as decisões pelas quais se desenvolve a atuação de cada um daqueles dois setores referidos, vem sendo apreciada mediante o contraste dos chamados *atos políticos* ou *de governo,* com os *atos administrativos.*

Observara Otto Mayer que a Administração Pública, *stricto sensu,* caracteriza-se por operar *sob o ordenamento jurídico* e, nesse aspecto fundamental, se diferencia das funções de governo. Há pois, como reitera Fritz Fleiner, além da *administração executiva,* preposta à realização de uma vontade externa, que é a do legislador, a *administração governamental,* dispensada de tal subordinação. Depois de explicar que a liberdade de ação, frente ao Direito, encontra maior campo na legislação e maiores limitações no exercício da jurisdição, acrescenta Jellinek, referindo-se à administração, que além do círculo de atividades regradas, cujo conteúdo é fixado pela lei, apresenta-se uma segunda esfera, livre das suas determinações, de modo que a função administrativa se desdobra em *atos de execução* e *atos de governo.*[41] No entendimento dos autores mencionados, portanto, o confronto é estabelecido entre a legislação, de um lado, e o superior aparelho administrativo do Estado, do outro, este formado por dois setores: o primeiro, dedicado à execução da lei e o segundo, liberado dessa vinculação, constituído pelo Governo.

É certo que os atos políticos constituem reminiscência do antigo absolutismo governamental, exatamente porque emanados no exercício daquelas ati-

[40] Burdeau, Georges. O Poder Executivo na França. Ed. da *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, 1961, n. 19, *passim,* especialmente p. 41-2. É verdade que, a bem da França, foi esse regime imaginado e posto em execução por um homem da estatura de *Charles de Gaulle,* convocado para resolver as mais angustiantes dificuldades do seu país e que, mesmo nas crises agudas e graves, jamais deixou de repudiar a ditadura como solução e sempre enfrentou o povo, sem afrontá-lo, dirigindo-se a todos os franceses, nas situações mais sérias, com "os olhos nos olhos". V. Charles de Gaulle, *Memórias de Esperança.* Rio de Janeiro, 1971, *passim,* especialmente p. 263.
[41] Mayer, Otto. op. cit. e loc. cit. p. 12; Fleiner, Fritz. id. p. 10-1; Jellinek, Georg. id. p. 467-8.

vidades públicas residuais, ainda subsistentes como prerrogativas das mais altas autoridades e excluídos das funções especializadas e juridicamente disciplinadas, que formam a jurisdição, a legislação e a administração. Daí a conclusão de muitos tratadistas de direito público, no sentido de situar os atos políticos em uma área livre das imposições da lei e a *fortiori,* isentos do controle jurisdicional.[42] Ao governo competem — reafirma Benjamín Villegas Basavilbaso — as atividades do Estado que afetam a sua unidade e exprimem uma atuação política, dirigente e livre, inclusive *precedendo o exercício das funções jurídicas.*[43]

A supremacia das manifestações do poder político — e supremacia incontrastável — tem sido proclamada, no curso da história, tendo como fundamento a necessidade de atendimento pronto e irresistível dos superiores interesses públicos, sob a guarda imediata dos príncipes ou monarcas. Muitas vezes, porém, o reconhecimento dessa supremacia decorreu da conveniência de preservação da autonomia dos órgãos dotados de funções de controle, especialmente de natureza jurisdicional, ameaçada pelo arbítrio dos governantes.

Ao demonstrar a relutância dos tribunais americanos em tratar das chamadas *questões políticas,* relata Bernard Schwartz que já no longínquo século XV, tendo o Duque de York movido um processo para que ele fosse reconhecido como o legítimo herdeiro do trono da Inglaterra, declararam os juízes que "não ousavam entrar no trato de tal questão, pois competia ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos.[44]

Na França, expõem Paul Duez e Guy Debeyre, a abstenção de controle dos atos políticos se baseava em razões de ordem também política: os tribunais evitavam fazer oposição ao Parlamento e dificultar as atividades do governo, em matéria diplomática ou a respeito de outros assuntos tradicionalmente decididos por suas autoridades com grande liberdade de ação. Nos primeiros regimes instaurados logo depois da Revolução Francesa de 1789, compreendida a ditadura napoleônica em toda sua extensão (1799 a 1814), carecia de importância a definição dos atos políticos, já que a rigorosa separação entre as autoridades administrativas e judiciárias importava na outorga, à Administração Pública ativa, do poder de despojar os tribunais da sua competência. Nos períodos posteriores, entretanto, quando já se achava

42 Bielsa, Rafael. op. e loc. cit. p. 176 e segs.
43 Basavilbaso, Benjamín Villegas. op. cit. p. 4.
44 Schwartz, Bernard. *Direito constitucional americano.* Trad. bras. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, 1966, p. 193-4.

melhor desenvolvida a jurisdição contenciosa-administrativa do Conselho de Estado, teve esse órgão, criado por Napoleão I, de enfrentar a indisposição dos novos governantes, retraindo-se mediante autolimitação do exercício do seu poder jurisdicional.[45] O primeiro aresto foi proferido a propósito de pedido de pagamento de prestações vencidas, referentes à dotação concedida por Napoleão à princesa Borghese e de que era cessionário o banqueiro Laffite. O Conselho de Estado se recusou a apreciar a reclamação, declarando que se tratava de questão política a ser decidida pelo governo (*Affaire Laffite,* de 1º de maio de 1822). Em sentido idêntico se pronunciou em várias outras situações, elaborando, com a sua jurisprudência, a teoria dos atos políticos em função do seu móvel ou motivo: as decisões do governo seriam qualificadas como políticas segundo os propósitos, os fins, as intenções das suas autoridades, no exercício da alta política do Estado. Procedente é a crítica de Henry Berthélemy: fazer depender a natureza de um ato do fim dado por seu autor, significa erigir a *razão de Estado* em teoria política e, infelizmente, o Conselho de Estado ofereceu o prestígio de sua autoridade a tão estranha doutrina. O abandono do critério do *móvel político* se deu no exame da pretensão do príncipe Napoleón-Joseph Bonaparte, que postulava contra sua exclusão da lista de generais do anuário militar de 1873. Apesar da alegação do Ministro de Estado, de que se caracterizava ato político, o Conselho de Estado conheceu do pedido e se declarou competente para julgá-lo (*Affaire Prince Napoleón,* de 19 de fevereiro de 1875). Na fase seguinte, como anota Georges Vedel, tanto o Conselho de Estado, quanto o Tribunal de Conflitos, entendendo que certas decisões, aparentemente administrativas, não comportam debates pela via contenciosa, nem controle jurisdicional, resignam à possibilidade de definir os atos de governo, contentando-se em enumerá-los. Subtraídos a todos os recursos contenciosos, judiciários ou administrativos, os atos políticos são os que figuram em uma *lista,* incluindo os referentes às relações entre o Parlamento e o governo, às relações internacionais, os fatos de guerra, os decretos de graça e algumas medidas de ordem interna.[46]

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

[46] Duez, Paul. & Debeyre, Guy. *Traité de droit administratif.* Paris, 1952, p. 486 e segs.; Berthélemy, H. *Traité élémentaire de droit administratif,* 11 ed., Paris, 1926, p. 125 e segs.; Waline, Marcel. *Manuel elémentaire de droit administratif* 4. ed. Peris, 1946, p. 93 e segs.; Vedel, Georges. *Droit administratif.* Paris, 1968, t. 1, p. 168-9.

Essa última orientação, eminentemente pragmática, de enumeração dos atos de governo ou políticos, tem sido assinalada e admitida por numerosos constitucionalistas e administrativistas. Confirmando que, "tal como o ato de Estado, na Inglaterra, a ação do Governo americano relacionada com questões políticas está inteiramente isenta de controle judicial", ressalva, porém, Bernard Schwartz que, ao contrário da doutrina inglesa, a adotada nos Estados Unidos da América não está limitada às relações exteriores e os tribunais norte-americanos têm elaborado uma lista dos assuntos considerados de natureza política, compreendendo os "relacionados com a orientação governamental no campo dos negócios interiores".[47] Reconhece Rafael Bielsa que a necessidade de proteção jurídica dos administrados implica a restrição do conceito do ato de governo, por sua natureza insuscetível de recurso e de revisão jurisdicional, quer administrativa, quer judicial. Assim, após classificar os atos de governo em duas categorias — os que se referem à ordem institucional interna, vinculados à organização dos poderes e às suas relações e os que concernem à segurança do Estado, tanto na ordem interna como na externa, especialmente os atos diplomáticos — arrola o tratadista argentino os atos havidos como políticos pela doutrina e pela jurisprudência: a convocação e a prorrogação das sessões do Congresso, os tratados internacionais ligados à segurança exterior, a expulsão de estrangeiros, a decretação do estado de sítio, a intervenção nas Províncias, os fatos de guerra, a nomeação e a exoneração de certos funcionários, em razão do caráter especial da suas funções, a anistia e o indulto.[48]

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

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

[47] Schwartz, Bernard. op. cit. p. 194.
[48] Bielsa, Rafael. op. e loc. cit. p. 183 e segs.

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

Como ensina Pinto Ferreira, tem a Constituição uma fundamentação sociológica "na realidade empírica e concreta dos grupos humanos antes de se transmudar em um sistema de normas jurídicas delimitando as competências dos agentes do governo e dos cidadãos". Compreende o *ser* e o *dever ser,* posto que, além do conceito sociológico e do jurídico, agrega-se à Constituição "um conceito filosófico ou ideal, de uma forma mais perfeita de constitucionalismo que os Estados procurariam atingir gradativamente". Servindo-se da *função distributiva* do Direito, o Estado integra a sociedade em uma unidade cultural, exprimindo em um corpo de normas jurídicas aquelas representações coletivas que melhor correspondem à consciência coletiva e possibilitam a coexistência social "regulando as inter-relações dos indivíduos na sua realidade bilateral de deveres e pretensões". Mas ao lado dessa função distributiva, realiza-se a *função organizadora* do Direito, pela necessidade de um poder ou de uma autoridade "que no domínio nacional é o Estado, garantindo, impondo ou protegendo as normas jurídicas anteriormente formuladas". Como fonte de maior hierarquia, é a Constituição "a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte".[49]

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

[49] Ferreira, Pinto. *Da Constituição.* Rio-São Paulo, 1956, 2 ed. p. 23 a 31.

Estado e nem mesmo podem ser limitadas e definidas quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico, porque emanam dos diferentes órgãos que constituem a estrutura superior do Estado.

Deixando de lado a legislação — como função eminentemente política — e as manifestações do Poder Judiciário que excepcionalmente se revestem desse mesmo caráter, *têm-se como atos políticos,* em *sentido estrito,* apenas aqueles que reservados ao Chefe do Estado ou ao Chefe do Poder Executivo, *são criados com fundamento imediato na Constituição, desde que não sejam atos legislativos em sentido formal.* Desses estão excluídas, portanto, além dos chamados decretos-leis, as atividades de ordem constitucional pelas quais aquelas autoridades participam da elaboração legislativa, compreendendo a iniciativa do processo, mediante a apresentação de projetos de lei da sua competência privativa, ou não, a sanção, a promulgação e a publicação da lei e, bem assim, o veto aos projetos que lhes sejam submetidos pelos órgãos legislativos.[50] É que essas atividades, ditas *co-legislativas,* compõem as etapas do procedimento de elaboração da lei e "destacar um dos seus atos apenas porque o órgão que o realiza atua como autêntico legislador, delata uma graduação política de funções que juridicamente estão no mesmo plano.[51] Também estão evidentemente excluídos da classificação de atos políticos todos aqueles de *execução de lei formal,* ainda que porventura previstos no texto constitucional. É que a atuação política cabível já foi inteiramente exaurida no processo de elaboração legislativa, de modo que os atos de execução são praticados por órgãos que carecem de poder próprio e originário para inovar a ordem jurídica e mesmo quando os seus titulares proferem decisões discricionárias, atuam em uma esfera de liberdade delimitada pelo legislador.[52]

10. *A doutrina de Carré de Malberg.* Justifica-se essa concepção restrita dos atos políticos pela circunstância de que toda a polêmica em torno do tema tem sido apresentada quanto à distinção entre as atividades governamentais

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

[51] Merkl, Adolfo. op. cit., p. 17-8.

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

e as administrativas, ambas realizadas pelos Chefes de Estado e do Poder Executivo. Dentre os tratadistas do assunto, destaca-se Carré de Malberg, como um dos que mais profunda e extensamente o apreciaram. Merece ser resumida a sua doutrina a esse respeito.

Reportando-se às origens do direito público francês, observa que a Constituição de 1791, negando aos funcionários todo o caráter representativo, privavo-os da capacidade de agir, senão em virtude das leis. O próprio rei, como Chefe da Administração Pública geral, nada mais era do que o primeiro dos funcionários públicos, embora os constituintes também o tivessem reconhecido como representante nacional, *mas enquanto Chefe do Governo.* Nessa qualidade, era-lhe conferido um poder de querer incontrastável, isto é, um poder de livre iniciativa; atuava por conta da Nação, por exemplo, quando negociava tratados com os Estados estrangeiros. Esses poderes políticos, que vieram a ser conferidos ao Presidente da República, decompõe-se em atos que não se confundem com os de simples execução da lei. São atos governamentais porque, ao contrário do que ocorre com os atos administrativos, a sua criação prescinde de habilitação legislativa e decorre de competência própria do Presidente da República, que dimana de outra fonte que não a lei; mantém independência, quanto à legislação, uma vez que o poder em que se baseiam nasce de uma fonte superior, que é a Constituição. Em outras palavras: a capacidade de iniciativa ou impulsão dispensa a obrigação de atender às imposições dos textos legislativos porque o conjunto das atribuições governamentais *ocupa uma posição constitucional equiparada à do legislador.* Diz-se que essas atividades estão fora da legalidade apenas para significar que não se subordinam aos atos legislativos propriamente ditos, *embora se mantenham dentro do ordenamento jurídico,* "já que a Constituição em que se apóiam é precisamente um dos fatores essenciais, a fonte fundamental dessa ordem jurídica".

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

tomar, seja quanto aos objetos aos quais será extensível a sua atividade enquanto que os atos de governo geralmente emergem de *autorização constitucional específica,* com objetos determinados, no desempenho de uma categoria particular de atribuições.

Cumpre ainda considerar que, da circunstância de nascer diretamente das normas constitucionais, não se deverá concluir que a autoridade governamental seja absoluta, *legibus soluta,* nem que esteja colocada *acima das leis.* Analisando as atribuições do Presidente da República, no tocante à negociação e ratificação dos tratados, demonstra Carré de Malberg que os atos praticados no exercício dessa competência, conquanto fundados na Constituição, não têm a eficácia de modificar a legislação em vigor, tanto que aqueles tratados que afetarem matérias sujeitas à regulação pela lei formal, somente serão incorporados ao direito francês mediante a intervenção do Parlamento. Embora seja o representante do Estado nas relações internacionais, não pode o Presidente da República, por via de tratados e baseado nas suas cláusulas, expedir atos não compreendidos na sua competência geral de editar regulamentos administrativos internos, impondo à França regras ou medidas que pertençam ao Poder Legislativo.

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

Finalmente, reconhecendo que enquanto os atos administrativos, mesmo quando discricionários, estão sujeitos a recursos, notadamente por excesso de poder, ao passo que os atos de governo não podem ser examinados por nenhuma das vias jurisdicionais, explica Carré de Malberg que essa situação se insere na própria ordem jurídica estabelecida na França pelo Direito positivo e se baseia, especificamente, no art. 26 da Lei de 24 de maio de 1872, reproduzindo a disposição do art. 27 da Lei de 3 de março de 1849, segundo a qual têm os Ministros o poder de reivindicar ante o Tribunal de Conflitos os assuntos levados à sessão contenciosa e que não pertençam à jurisdição administrativa, confiando assim, à jurisdição dessa corte, a discriminação entre aqueles atos políticos e os de natureza administrativa. Por outro lado, há no direito público francês, ainda a esse respeito, uma diferença capital entre os atos legislativos e os atos de governo: na falta de um órgão que seja superior às Câmaras, não há nenhum meio de reter o poder legislativo dentro da lega-

lidade, enquanto a autoridade do poder Executivo, ainda que no exercício das suas prerrogativas governamentais, está subordinada ao controle supremo do Parlamento, sem prejuízo das responsabilidades que recaem sobre os Ministros de Estado.[53]

11. *Conclusão: a despeito da sua origem constitucional, que os identifica, inexistem os atos políticos como categoria distinta de atos do Estado, por que subtraídos ao ordenamento jurídico do Estado.* A exposição doutrinária de Carré de Malberg, não obstante elaborada sob a vigência da Constituição Francesa de 25 de fevereiro de 1875, sem dúvida oferece explicações ainda plenamente aceitáveis, quanto à origem e à posição dos atos de governo. Verifica-se que, embora derivados de fonte superior, estão eles limitados pela própria especificação taxativa do texto constitucional e, depois, pela competência dos órgãos legislativos, que não pode ser invadida, já que os atos de governo não se situam acima da lei ordinária. Todavia, ainda que submetidos ao ordenamento jurídico, mantêm-se aqueles atos do Estado imunes ao controle da legalidade, ante expressa disposição do direito positivo. O que têm reconhecido outros tratadistas franceses, sobretudo mais recentemente, é que os atos de governo, posto que não possam ser anulados, geram direito a indenização, pelos prejuízos decorrentes da sua execução, direito esse fundado na teoria do risco, isto é, na responsabilidade sem culpa, do poder público. Assim — acrescentam os autores consultados — vencida a tradicional timidez dos juízes, nesse campo, conquista-se nova evolução a que não se opõem a lei e os princípios gerais do direito da França, inclusive porque amparada pelo postulado da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.[54]

[53] Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat.* Paris, 1920, p. 523-48. Igualmente Manuel Maria Diez, aceitando o critério adotado por Th. Ducrocq, caracteriza o ato político como sendo o de "execução direta de uma disposição formal da Constituição, enquanto que o ato administrativo resulta da execução de uma lei ordinária". Em sua longa exposição sobre a matéria, contesta as críticas opostas por Oreste Ranelleti, no sentido de que muitas constituições contêm normas cuja execução se desdobraria em atos administrativos, como aquelas que facultam ao Presidente da República nomear e exonerar todo o pessoal da Administração Pública e expedir regulamentos. Pondera o especialista argentino que esses atos não são praticados com apoio imediato em texto da Constituição: os primeiros estão regulados no estatuto dos funcionários, enquanto os regulamentos referidos são exclusivamente *os de execução,* destinados a desenvolver lei já vigente (*El acto administrativo.* 2. ed. Buenos Aires, 1961, p. 509 e segs.). Contra essa orientação se manifesta Agustín A. Gordillo, oferecendo ampla demonstração de que, perante o direito constitucional da República Argentina, as atribuições conferidas ao Poder Executivo no corpo da Constituição, estão sujeitas à regulação do Congresso e se fundam na legislação (*El acto administrativo.* 2. ed. Buenos Aires, 1969, p. 226 e segs.).

[54] Duez, Paul. & Debeyre, Guy, op. cit. p. 494.

A verdade é que, na medida em que se tenha como inadmissível a sobrevivência de atividades do poder público *à margem do Direito,* perdem autoridade as doutrinas que, na atualidade, excluam os atos governamentais de toda e qualquer apreciação jurisdicional. A própria expressão *poder público,* de que é expressão o *poder constitucional* e em que se fundamentam os atos políticos, já supõe um poder criado e reconhecido pelo Direito, atuando segundo as suas regras, oposto ao poder simplesmente material, que opera mediante atos arbitrários, apoiados exclusivamente na força física e ilimitada.[55] É certo que, em princípio, o merecimento do ato de governo somente comporta exame de natureza também política. Mas ainda nesse caso, a revisão se fará mediante um procedimento juridicamente disciplinado, de modo que prevaleça a decisão politicamente mais conveniente, conforme as regras de competência estatuídas pela Constituição, sem prejuízo da coexistência de um juízo contencioso de reparação, ou mesmo de anulação, que assegure a preservação dos direitos e garantias individuais pela mesma Constituição especificadas e restaure o direito objetivo violado pelo ato de governo.

A história das instituições políticas da Inglaterra fielmente retrata a lenta, mas contínua formação de um modelar Estado de Direito e democrático, mediante a progressiva eliminação do absolutismo monárquico pela transferência do poder político da Coroa para o Parlamento, ou mais precisamente, para a Câmara dos Comuns, constituída e periodicamente renovada através da eleição popular dos seus membros e que, por isso mesmo, como órgãos mais representativos do poder social, hoje realmente governa a grande Nação européia. Originariamente residente no Rei com o seu Conselho e como tal reconhecida pelo *Statute of Proclamations* de 1539, a autoridade legislativa era exercida sob a forma de ordenanças e proclamações e que, ainda sob o nome de decretos reais, coexistiram com a incipiente legislação do Parlamento e sobreviveram, por algum tempo, à própria revogação daquele ato, havido como manifestamente oposto ao espírito geral do direito inglês. Com as limitações impostas às prerrogativas reais pela *Petition of Rights* de 1628 e pela Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, o poder residual da Coroa

[55] Como afirma Hermann Heller, no Estado moderno o Direito representa normalmente a forma necessária de manifestação de todo poder político que se queira garantir, tanto do ponto de vista técnico como do ético-espiritual. É a forma tecnicamente mais perfeita de dominação política. Assim, inclusive por razões técnicas, o poder do Estado é sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado. Todavia, por causa da sua função social, "o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade da sua própria subsistência, deve também preocupar-se com a justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, quer dizer, procurar a legitimidade". (*Teoria do Estado.* Trad. bras. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo, 1968, p. 287-8).

(*residuary power*) ficou reduzido a alguns poucos atos políticos. Daí por diante definiu-se e vigorosamente se consolidou a *soberania do Parlamento*, expressa pela *supremacia da lei* (*the rule of law*), como ato parlamentar ou, nominalmente, do Rei em Parlamento (*King in Parliament*). Ainda que fundada no prestígio da Câmara dos Comuns, como principal órgão legislativo e autêntico porta-voz da vontade nacional, a onipotência do Parlamento tem sido contestada por muitos tratadistas que sustentam, por exemplo, a invalidade das leis iníquas, contrárias ao direito natural e às tradições do *common law*.[56]

Descrito e exaltado por suas virtudes, inclusive pelo Barão de Montesquieu em sua famosa obra *L'Esprit des Lois*, publicada em 1748, o sistema de governo da Inglaterra veio a se projetar na América e atingir ainda maior aperfeiçoamento graças ao labor dos colonos ingleses e seus descendentes que, reunidos em 1787, no Congresso de Filadélfia, fundaram a federação norte-americana substituindo a soberania do Parlamento e o império das suas leis pelo *primado da Constituição*, como sendo a suprema lei da terra (*the supreme law of the land*). Desse princípio básico, a Suprema Corte deduziu, em 1803, sob a liderança de John Marshall, o corolário inevitável do *controle jurisdicional da constitucionalidade das lei e dos demais atos do Congresso*. Como bem demonstrou Charles A. Beard, a anulação da lei inconstitucional pelos órgãos judiciários não significa uma usurpação da função legislativa, mas sim o exercício de um poder perfeitamente compatível com o novo sistema e que, embora não previsto no texto escrito da Constituição, está apoiado não só em precedentes da jurisprudência inglesa e em decisões dos tribunais de Estado norte-americanos, proferidas contra atos das suas legislaturas, antes da organização da União, mas sobretudo no assentimento da maioria dos mais qualificados constituintes de 1787, favoráveis à revisão judicial dos atos do Congresso, como garantia do prevalecimento da Lei Maior sobre a legislação subordinada.[57]

Interessa ainda assinalar que o controle jurisdicional de constitucionalidade vem sendo ampliado para se estender às leis de *reforma da Constituição*. Se o poder constituinte é ilimitado, não o é o de emendar o texto constitucional. A despeito das discussões que subsistem sobre o assunto, tem-se como plenamente cabível o controle da constitucionalidade formal das reformas. Em sua

[56] Bledel, Rodolfo. *Introducción al estudio del derecho público Anglosajón*. Buenos Aires, 1947, p. 3-15; Dicey, A. V. *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*. Trad. franc. de André Batut e Gaston Jèze, Paris, 1902, p. 45-6, 55-6 e 64-77.

[57] Beard, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Trad. bras. de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro, 1965, *passim*, *especialmente* p. 45 e segs.

monografia a respeito do tema, diz Nelson de Souza Sampaio: "Toda reforma constitucional que desrespeite o processo prescrito para sua tramitação, por exemplo, os requisitos para a iniciativa da proposta, número de discussões, maioria exigida para aprovação, necessidade de *referendum* popular, etc., está sujeita a ser declarada inválida pelos órgãos encarregados de apreciar a sua constitucionalidade." Mesmo quando não haja interdições explícitas às propostas de reforma, sustenta-se a invalidade das emendas que afrontam certos princípios superiores não escritos e que formam o que Maurice Hauriou denominou de *legitimidade constitucional,* de que participam, por exemplo, as declarações de direitos individuais, o princípio da divisão de poderes, o da igualdade e publicidade do imposto. Por isso, "a própria lei constitucional não deve escapar ao controle do juiz; há ocasiões em que o controle poderia exercer-se sobre ela; por exemplo, quando a Constituição tenha sido reformada irregularmente, sem observar os requisitos processuais, ou, quanto ao fundo, quando a emenda à Constituição esteja em desacordo com essa *legitimidade constitucional* de que temos falado, que é superior à superlegalidade da mesma, porque se compõe de princípios e os princípios são sempre superiores aos textos.[58]

Portanto, o atual estágio de desenvolvimento do direito público autoriza a afirmação de que o exercício da função legislativa está sujeito a uma disciplina jurídico-constitucional, que o limita sob vários e importantes aspectos. Na liberdade de criação de fixação do conteúdo da lei já há algumas restrições, que são aquelas estabelecidas pela Constituição, ao conferir a iniciativa privativa para o processo legislativo ao Chefe do Poder Executivo e aos Tribunais, a respeito de certas matérias e, ainda quando protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.[59] Depois, está a elaboração legislativa subordinada aos requisitos de competência e de procedimento,[60] observando-se, quanto ao primeiro, que pelo nosso sistema o poder legislativo é distribuído entre a União, os estados federados e os municípios.[61] Essas limitações, opostas pelo texto escrito da Constituição, sem dúvida, oferecem um extenso campo propício à verificação jurisdicional da validade da lei. Uma vez verificado o vício de inconstitucionalidade, não será a lei aplicada pelo

58 Souza Sampaio, Nelson de. *O poder de reforma constitucional.* Salvador, 1954, p. 108-112.

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

60 Forsthoff, Ernest. op. cit. p. 31; Kelsen, Hans. op. cit. p. 320; Francisco Campos. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro, 1956. v. 1, p. 390 e segs.; Silva, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional.* São Paulo, 1964, *passim.*

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

Poder Judiciário, podendo ainda cessar definitivamente a sua eficácia, *erga omnes,*[62] respondendo o Estado pelos danos causados em conseqüência da execução da norma legal declarada nula.[63]

A conclusão que evidentemente se impõe, nesta oportunidade, é a de que, se está a lei sujeita à revisão jurisdicional, nada há que justifique a pretendida isenção do controle de validade, favorecendo atos do Poder Executivo, sob o pretexto de tratarem de questões políticas e emanarem do exercício de um poder deferido diretamente pela Constituição. Afinal, é a lei um ato político por excelência, derivado da mesma fonte suprema do direito objetivo e gerado por órgãos que, dada sua composição, especialmente nos regimes democráticos, devem exprimir com maior fidelidade e autoridade a vontade da Nação e do próprio Estado.

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

Não há diferenciação aceitável entre os atos de governo e os atos administrativos, quando o único fundamento a que se tem recorrido é o de que pelos primeiros há *execução da Constituição,* enquanto pelos outros há *execução da lei.* Se essa distância da norma constitucional é insuficiente para justificar uma quarta categoria de atos do Estado, também é insatisfatória para classi-

[62] Id. art. 42, VII, pelo qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

[63] Lúcio Bittencourt, C. A. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das leis.* Atualiz. por José Aguiar Dias. 2. ed. 1968, p. 147-8; Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo.* 4. ed. Rio de Janeiro, 1960, v. 1, p. 436-7; Ribeiro Manoel. *Direito Administrativo.* Salvador, 1964, v. 2, p. 199.

ficar os atos de governo como legislação, conforme Adolfo Merk,[64] já que a lei, considerada sob o aspecto material, tem traços bem marcantes, acentuados pela doutrina tradicional e que nem sempre estão presentes naqueles atos. A função administrativa mantém com a atividade governamental pontos de afinidade que antes concorrem para aproximá-las do que para distingui-las. Em ambos os casos, o desempenho da função pública se opera em uma área de relativa liberdade, conscientemente outorgada pelo legislador. A autoridade administrativa, como a autoridade governamental, não está confinada ao cumprimento mecânico da norma superior, mas sim dotada de uma esfera de competência bastante ampla para que se manifeste sua capacidade decisória, inclusive através de declarações de vontade formadoras de negócios jurídicos e da criação de atos normativos que enriquecem o direito positivo. Dispõe, enfim, de alta dose de *poder discricionário* que lhe permite proferir decisões baseadas em razões de conveniência, oportunidade, justiça, utilidade, conforme exijam as circunstncias. Não atua arbitrariamente, porém, já que os atos que deve praticar têm aspectos vinculados às prescrições da norma jurídica que, além da delimitação da competência, pode fixar suas formas, seus motivos, seus objetos. Acima de tudo, está juridicamente adstrita ao dever de dar atendimento aos interesses públicos que, em muitos casos, a Constituição e a lei também especificam.

Exercendo suas atribuições constitucionais, o Presidente da República nomeia e provê os cargos da Administração Pública federal, segundo as formas e motivos estabelecidos na lei ordinária. Decreta a intervenção da União nos Estados federados e o estado de sítio, mas desde que verificados os pressupostos estabelecidos na Constituição, ao mesmo tempo que ele ou outras autoridades, exercem o poder de desapropriar ou requisitar bens, nos casos permitidos pela lei comum. Somente obrigam o Estado os tratados celebrados pelo Chefe do Poder Executivo e os contratos firmados pelo agente público competente, conforme designação da lei, não podendo esses atos conter disposições que contrariem o direito interno nacional. Todos esses atos, que compreendem os de governo e os administrativos, são essencialmente iguais, perante a dogmática jurídica, embora possam ser regidos por ramos diversos do direito público, a saber o direito constitucional, o direito internacional público e o direito administrativo. Desde que portadores de vícios gerais, em

[64] Merkl distingue a legislação da administração pela *distância* que as separa da Constituição. Negando reconhecimento aos atos de governo ou políticos, como participantes de um quarto poder e como atividade metajurídica do Estado, sustenta que as atividades apoiadas imediatamente na Constituição são legislação, embora nem sempre se revistam da forma da lei, enquanto os atos executivos da lei formal ou são administração ou justiça (op. cit. p. 13-32 e 62-83).

relação a qualquer dos seus elementos — incompetência do agente, ilicitude da forma, do objeto, do motivo, incompatibilidade com o interesse público — poderão ser retirados do mundo jurídico como inválidos. Por outro lado, indenizará o Estado os prejuízos causados a terceiros, não só em decorrência da indevida execução de atos ilícitos, como também de atos válidos que importem em sacrifício excepcional dos indivíduos.[65]

Em certo casos, a sindicância de legitimidade das atividades do Poder Executivo pode ser realizada e mesmo se esgotar inteiramente no âmbito do Poder Legislativo. Assim, o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, efetuado sob o pretexto jurídico-contábil com o auxílio do Tribunal de Contas, não comporta nova revisão pelo Poder Judiciário, quanto aos pontos já examinados, segundo conceituados tratadistas.[66] Os atos atribuídos ao Presidente da República que, atentando contra a Constituição, tipificarem crime de responsabilidade,[67] serão também julgados defintivamente pelo Congresso Nacional, mediante decisão havida como política, mas que caracteriza o exercício de função jurisdicional, no sentido formal. Confirma Pontes de Miranda que "os atos que se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são os atos de processo, para *aplicação* de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública", não se tratando, *a fortiori,* "de instituto de coincidência da vontade popular com o governo, pelo qual esse tenha moralmente (eficácia provável) ou juridicamente (eficácia necessária) de somente governar se essa é a vontade do povo, através do Parlamento...".[68] Em outras situações, porém, a atuação do Congresso Nacional apenas traduz sua participação no procedimento jurídico exigido para a formação de atos do Poder Executivo, satisfazendo requisitos de validade,[69] ou simplesmente conferindo-lhes eficácia jurídica,[70] sem que possam

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

[66] Nunes Leal, Victor. *Problemas de direito público.* Rio de Janeiro, 1960. p. 223-39; Seabra Fagundes, M. *O controle dos atos administrativos, pelo Poder Judiciário.* 3 ed. Rio de Janeiro, 1957, p. 152-66.

[67] Const. cit. art. 82.

[68] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946.* 2. ed. 1953, v. 2, p. 418.

[69] A aprovação prévia, pelo Senado Federal, da escolha de magistrados e de outras pessoas para o exercício de cargos públicos, ou a autorização de empréstimos e de outras operações de interesse dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios (Const. cit. art. 42, III e IV). Do controle do Poder Legislativo sobre a Administração Pública trata Caio Tácito em trabalho apresentado perante o Seminário de juristas realizado em Buenos Aires em setembro de 1959, sob os auspícios da ONU (O abuso de poder administrativo no Brasil, Rio de Janeiro, p. 52-58).

esses atos ser excluídos do controle de validade, que é normalmente exercido pelo Poder Judiciário.

Na verdade, quando a atual Constituição, aliás reproduzindo regra da Carta anterior, categoricamente estatui no seu art. 153, § 4º, que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual* consagra a entrega do monopólio da função jurisdicional aos órgãos que compõem aquele Poder, mas, além disso, *assegura a revisibilidade judicial de todos os atos do poder público,* apenas ressalvadas as exceções que o próprio texto constitucional estabelece. É claro que há em cada ato do Estado um aspecto discricionário, mais ou menos extenso, correspondente ao seu *mérito,* impenetrável ao exame jurisdicional porque, se assim não fosse, estar-se-ia fazendo do juiz um político ou um administrador, quando o que incumbe ao Poder Judiciário é confrontar o ato apreciado com as regras da norma positiva e os princípios do Direito aplicáveis ao caso, para daí extrair o julgamento de validade ou invalidade. Comentando o preceito do art. 141, § 4º da Constituição de 1946, idêntico ao ora vigente, diz Carlos Maximiliano. "Também se não admite que uma norma ordinária declare insuscetível de revisão, pelo Poder Judiciário, um ato de Governo ou Administração, no ponto em que diga respeito a direito individual ou se contraponha ao mesmo. As atribuições chamadas *discricionárias* do Executivo, ou do Congresso, mantêm-se e acatam-se, porém quando não firam interesses legítimos de particulares. O princípio exarado no § 4º é inconteste, dada a existência do *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*): "Corroboram-no em estatuto supremo, porque o Governo didatorial de 1937 a 1945 retirou explicitamente da esfera do Judiciário o exame da aplicação de leis determinadas efetuada por certos órgãos administrativos...".[71] A Constituição da República Argentina contém disposição semelhante, em seu art. 18: *é inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos.* Analisando-a frente aos atos de governo, afirma Agustín A. Gordillo: "Esse princípio constitucional de tão clara formulação não é excetuado em norma expressa constitucional alguma: no conjunto conferem certas faculdades amplas ao Poder executivo, *mas nunca afirmam em artigo algum que o ato do Poder Executivo em consideração esteja isento de revisão judicial.* Em conseqüência, por elementar princípio de lógica jurídica, se a regra geral

[70] A aprovação, pelo Congresso Nacional, do decreto de intervenção nos estados e dos decretos-leis expedidos pelo Presidente da República (Const. cit. arts. 12 e 55, § 19).
[71] Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira.* 5. ed. v. 3, Rio-S. Paulo, p. 61.

é que deve haver defesa em juízo da pessoa e dos direitos, uma exceção a tal regra deve interpretar-se restritivamente e, ao menos, figurar *expressamente* contemplada nas normas pertinentes ao caso. Não existindo essa expressa exceção constitucional senão apenas vagas referências a outras questões, vãos serão todos os esforços mentais que queiram forçar um texto constitucional até o significado de que o mesmo contenha em algum caso uma exceção categórica ao princípio geral".[72] (*continua no próximo volume.*)