DOUTRINA

CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*

PERCIVAL JULIO VAZ CERQUINTO

1. Apresentação do tema. 2. As normas jurídicas. 3. A função administrativa. 4. Atividade ilícita. 5. Lacunas no direito administrativo. 6. Conceito de direito administrativo.

1. *Apresentação do tema*

O estudo do direito administrativo vem adquirindo nos últimos tempos, em virtude do brilho que caracteriza os cientistas que de tal cuidam, um desenvolvimento de dimensões expressivas.

Durante muito tempo ficou o direito administrativo relegado a um plano obscuro, como se fora parcela insignificante dentro do universo jurídico. Essa tendência, que em tanto atrasou o conhecimento da realidade constituída pelo direito administrativo, felizmente, vem sendo afastada, ainda que a passos lentos, mas firmemente, haja vista o Congresso de Direito Administrativo que presentemente se realiza em Curitiba, contando com a participação de juristas de grande nomeada.

No presente trabalho é nosso intento despertar o interesse dos estudiosos do direito administrativo sobre a conceituação desse ramo do direito. Para tanto tentaremos, em primeiro lugar, tecer algumas breves considerações a respeito da noção do que seja a função administrativa, preliminar de cuja solução depende a própria validade do conceito de direito administrativo.

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

Tem sido a preocupação predominante na doutrina do direito administrativo a sua conceituação, matéria que, justamente pela aparente simplicidade, maiores dificuldades traz para sua solução. A elaboração doutrinária, no que tange à conceituação do direito administrativo, caracteriza-se, de um modo geral, por absoluta falta de sistematização, por absoluta falta de rigor lógico e jurídico.

Agustín A. Gordillo, em seu livro *El acto administrativo* traduz uma das tentativas mais louváveis no sentido de uma metodização do direito administrativo. Aliás, deve ser salientado o fato de que seus ensinamentos não se destinam tão somente ao estudo dessa matéria, pertencendo à teoria do direito. Afirma o autor que existe a necessidade lógica de uma preocupação do método a ser utilizado para se conceituar uma realidade. É necessária a escolha de um critério norteador com o fim de determinar o conhecimento dos elementos de um sistema. Uma vez feita a escolha deste critério, determinando-se, assim, os elementos que compõem o sistema, torna-se possível estabelecer toda a estrutura do mesmo sistema, que, assim delimitado e conhecido, passa a ser objeto de estudo, agora já em moldes rigorosamente científicos.

Esta elaboração de conhecimento de um sistema coaduna-se perfeitamente com a posição de Kant sobre o conhecimento. O juízo sintético apriorístico mostrar-se-ia flagrante, a se aliar com o elemento material, formando a estrutura do sistema (tomada como o conjunto de regras que coordenam os elementos do sistema); desta maneira, poder-se-ia determinar o objeto do conhecimento, representado pelo repertório do sistema (ou seja, o conjunto de elementos que o compõem).

Desta maneira, segundo Gordillo, para que se possa conhecer um determinado aspecto da realidade, há necessidade de, previamente, ser escolhido o critério que irá presidir o agrupamento de tudo o que o compõe, apartando-o do resto da realidade.

Neste caso, tentaremos ser fiel aos ensinamentos de Agustín A. Gordillo, escolhendo um critério que nos permita delimitar perfeitamente o que (para nós) é o direito administrativo, apartando-o dos outros ramos do direito, bem como da realidade extrajurídica, como os ensinamentos da ciência da administração.

Entendemos que o direito é um todo unitário formado por normas jurídicas de diversos escalões. Em virtude de um conjunto de princípios, categorias e objetos peculiares é que são formados os ramos do direito, que, no entanto, não se desmembram do todo unitário (direito).

O direito administrativo, como tentaremos demonstrar, é um ramo autônomo, tendo objeto, princípios e categorias próprios. Autonomia, no entanto, para nós, não significa um sistema fechado ou sem influência do sistema maior. O direito administrativo não pode ser entendido como uma realidade isolada do universo jurídico. Nada mais é que um ramo jurídico, fazendo parte do sistema que o engloba, ou seja, o direito, embora sendo dotado de certas características que possibilitam o seu conhecimento como entidade autônoma e distinguível dos demais ramos do direito.

Como já foi possível depreender, em nosso trabalho utilizaremos, como critérios a serem levados em conta para a delimitação da realidade a que nos propomos conhecer, dois aspectos fundamentais: a norma jurídica (que irá fornecer a visão que temos do direito, apartando-o da realidade social que pode vir a exercer influências, pois tais influências, em nosso entender, não pertencem ao campo do direito) e a função administrativa (como critério norteador para a identificação do objeto do direito administrativo, atribuindo-lhe a condição de ramo autônomo do direito).

O conceito de função administrativa, que ocupará quase a totalidade de nosso trabalho, é de fundamental importância. Em abono de nossa posição, podemos citar, entre os autores que entendem ser indispensável uma exata noção de função administrativa para se aprender o direito administrativo, os nomes de Fernando Garrido Falla, La Torre, F. Benvenuti, Gordillo, Guido Zanobini, Renato Alessi e, até mesmo, ousaríamos afirmar, Marcello Caetano (haja vista que embora o festejado autor diga textualmente que, "em virtude da heterogeneidade e da desuniformidade da atividade dos órgãos administrativos, a função administrativa é apenas um mero conceito de formulação teórica, que não serve para caracterizar a administração", o mesmo autor, ao tratar da função judiciária, compara-a com a função administrativa, fazendo, assim, uso de seu conceito.[1]

Em nosso trabalho faremos breves citações de autores por nós reputados como maiores expressões do direito administrativo, não tanto para convencer qualquer pessoa de algum ponto de vista, mas sim, para alertar os estudiosos do assunto sobre as discordâncias em sua doutrina, apresentando, mais do que soluções, que nem poderíamos ter a pretensão de o fazer, problemas que merecem maior dedicação por parte dos autores da nossa tão pobre literatura do direito administrativo.

[1] Caetano, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Lisboa, 1963.

2. *As normas jurídicas*

Ao voltarmos nossos olhos para a realidade constituída pelo direito, não contemos uma indagação sobre o que a caracteriza. Surge, assim, na mente do estudioso do direito, como primeira preocupação, a caracterização de tal realidade a ser estudada.

Como todo objeto de estudo, necessita o direito ser plenamente determinado pela ciência que o estuda, ou seja, a ciência jurídica. Entretanto, depara-se a ciência do direito com um problema crucial, qual seja, o da dificuldade (ou talvez até impossibilidade) do conhecimento pleno do "ser" do direito. A respeito de tal dificuldade levantam-se nomes de grandes pensadores que com tal se preocupam. O resultado desta preocupação, no entanto, paradoxalmente, é, cada vez em maior grau, o desconhecimento do direito.

Por tal motivo, a tarefa da ciência jurídica, que deveria consistir em fornecer os dados para o conhecimento do direito, passa desordenadamente a ser mera descrição de alguns aspectos, por vezes acidentais, da realidade. isto quando não empresta dados de outras ciências, que nada têm com o direito em comum, para tentar justificá-lo.

Como dados realmente jurídicos, podemos contar apenas com as normas jurídicas. O comportamento é o conteúdo das normas jurídicas. A ciência jurídica apreende o comportamento humano através de proposições jurídicas, que são juízos hipotéticos que descrevem a relação entre um fato e sua conseqüência. As normas jurídicas são atos de vontade que têm como conteúdo um dever-ser.

A ordem jurídica é um todo unitário, constituindo um sistema fechado e pleno, consistente de normas produzidas de acordo com outras normas superiores que lhes servem de pressupostos e fundamentam a sua validade. Desta maneira, organizam-se as normas de uma ordem jurídica em escalões sucessivos, determinando a norma de um escalão superior o processo de criação de uma norma de escalão inferior. Esta só vale na medida em que obedece ao prescrito na norma superior que cuida da sua criação.

Após esta sucinta exposição do ponto de vista de Hans Kelsen em sua obra *Teoria pura do direito*, devemos declarar que, vez que não buscamos uma perspectiva ontológica ou teleológica do direito, adotamos a posição do mencionado autor. Reconhecemos que o meio social pode vir a influir o legislador quando da criação das normas jurídicas. Reconhecemos que cada norma tem uma finalidade e que o direito, tomado agora como um todo, visa a segurança social. Reconhecemos que inúmeros fatores podem

ocorrer quando da aplicação do direito. O que nos interessa ressaltar, presentemente, é que, na análise do direito, somente levamos em consideração as normas jurídicas e sua organização em escalões sucessivos, afastando quaisquer indagações a respeito da justiça ou injustiça, da utilidade ou não das normas jurídicas, vez que todas estas considerações são totalmente irrelevantes para o direito.

Como não estamos tentando realizar um estudo de teoria do direito, tomamos a liberdade de apenas deixar aqui consignada a nossa posição relativamente à realidade constituída pelo direito, da qual extrairemos os elementos necessários à conceituação do direito administrativo como ramo do sistema total.

O ordenamento jurídico, basicamente, consta de três escalões organizados hierarquicamente: 1. o escalão das normas constitucionais; 2. o escalão das normas gerais; e 3. o escalão das normas individuais.[2]

No escalão das normas constitucionais, tendo em vista uma perspectiva formal, estão compreendidas todas as normas que fazem parte da nossa Constituição, emenda, e atos institucionais. Sob uma perspectiva material, normas constitucionais seriam aquelas que dispusessem sobre a organização

[2] Utilizamos propositadamente o termo "basicamente", pois, em nosso entender, existem mais de três escalões, ou talvez fosse melhor dizer, há subescalões. Exemplificando: a nossa Constituição, tratando dos funcionários públicos, dispõe no art. 111 — "A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior", dispondo ainda no art. 153 § 4º que "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Ora, pela leitura do art. 111 poderia surgir a impressão de existir a possibilidade da criação de um contencioso administrativo que produzisse coisa julgada. Entretanto, sobre este entendimento deve *prevalecer* o preceito do art. 153 § 4º, que é uma norma que contém um princípio que não pode ser derrogado nem mesmo por outra norma constitucional. Deste modo, embora as duas normas sejam do "escalão" das normas constitucionais, uma delas tem que prevalecer quando em confronto com a outra por conter um princípio do nosso direito. Entendemos que nesse, e em vários outros casos, não estão todas as normas insertas em um mesmo corpo normativo dentro de um mesmo escalão. Ao menos não estão em uma mesma posição hierárquica.

Relativamente aos escalões sucessivos, deve ser notado que não há necessidade do fundamento de validade de uma norma ser conferido por outra do escalão usualmente superior. Exemplificando. a Constituição determina a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade: se o Estatuto nada dispusesse a respeito, ou seja, se no escalão das normas gerais nada houvesse relativamente à aposentadoria compulsória, o ato do agente que concedesse aposentadoria a uma pessoa de 70 anos (norma individual) encontraria seu fundamento de validade não em uma norma geral, mas sim, na norma constitucional.

dos órgãos essenciais à estrutura do Estado. Preferimos, como sempre preferiremos ao tratar de matéria jurídica, o ponto de vista formal. É muito difícil a determinação do que é estritamente matéria constitucional. Além deste fato, que seria superável, entendemos que não é dado ao intérprete ir além do que lhe permite o ordenamento jurídico. Ora, o direito (como realidade normativa) não nos oferece a possibilidade de conferir o caráter de constitucional a qualquer norma, nem a de retirar o caráter de constitucional a uma norma inserta na Constituição. Assim, entendemos que a única conclusão juridicamente possível consiste em afirmar-se que normas constitucionais são todas as constantes da Constituição, emenda e atos institucionais.

No escalão das normas gerais (denominação devida a Hans Kelsen) encontramos as normas cujo conteúdo contém o que Renato Alessi chama de comandos primários.[3] São as normas baixadas, via de regra, pelo Poder Legislativo destinadas à organização das relações jurídicas entre particulares ou entre eles e o Estado. É nesse escalão que se encontram as normas que conferem competência para ação aos agentes administrativos.[4]

As normas desse escalão (leis, decretos-leis) informarão a atividade da administração pública, tornando efetivo o princípio de legalidade dos atos da administração (alguns autores preferem dizer "princípio da estrita legalidade").

Finalmente, no escalão das normas individuais, encontramos as normas emanadas em conformidade com os requisitos de produção determinados pelas normas gerais. São normas individuais: os contratos firmados entre particulares, as sentenças dos juízes, os atos administrativos, sejam eles lícitos ou não.[5]

Tanto no caso do escalão das normas gerais como no das individuais evitamos fazer menção ao tipo de função a que tais normas correspondem. Poderíamos, por exemplo, ter dito que as normas do segundo escalão correspondem à função legislativa. Tal não o fizemos (embora em princípio assim o seja) em virtude da dificuldade de conceituação da função legis-

[3] Ao utlizarmos a expressão "comandos primários" não temos intuito de dar uma conotação "imperativa" à norma jurídica. Não entraremos no mérito, por fugir ao tema escolhido, sobre a natureza da norma jurídica. Usamos a terminologia de Renato Alessi em homenagem ao autor que, com maior precisão científica, a nosso ver, tratou da fundação administrativa.

[4] Ver final de nota de rodapé n. 2.

[5] Ver item 4 do trabalho.

lativa. Biscaretti di Ruffia, tratando do assunto, alega ser necessário que nos recorramos de um critério jurídico, mesclado de elementos subjetivos, objetivos e jurídico-formais para chegarmos à noção de função legislativa. Para o renomado autor, a função legislativa é aquela atividade exercida pelo Poder Legislativo e com características próprias que a fazem diferenciar da função executiva e judiciária, quanto aos diversos regimes jurídicos.[6]

Importa-nos, para o presente trabalho, mencionar que, no escalão das normas individuais encontram-se: a atividade privada, a função ou atividade jurisdicional (que, para o mesmo Biscaretti di Ruffia, deve ser tomada como uma resultante entre o objeto da mesma, ou seja, a atuação concreta da lei, e o complexo de órgãos que a levam em intento) e a função administrativa (sobre a qual iremos tratar no próximo item).

Vimos, assim, ainda que em limites imprecisos, onde se situam, dentro da ordem escalonada das normas, a "função legislativa", a "função jurisdicional" e a "função administrativa". Pelo sistema da tripartição do poder, adotado por nosso regime, a cada uma dessas funções correspondem certas características que as delimitam, tornando, assim, possível o controle das atividades dos três "poderes" (termo usual contra o qual se insurgem os constitucionalistas, vez que o poder é uno).

Com respeito à tripartição do poder, que nos é de grande valia no decorrer do presente trabalho, vale a pena repetir o ensinamento da Dra. Reilda Meira, em sua obra *Função administrativa*:

"Cumpre notar que a tríplice divisão é, ainda, aquela que melhor satisfaz ao estudo das funções estatais. Na verdade, é possível extremar as três funções estabelecidas, pois cada uma delas se realiza debaixo de regime jurídico próprio, atribuindo-se o seu exercício a cada um dos órgãos estatais, pelo menos como 'competência normal e característica', no dizer de Alessi, uma vez que ditas funções não são estanques, encontrando-se, pelo contrário, em íntima conexão."

Pelo sistema da tripartição do poder, funções específicas são acometidas ao Judiciário, ao Legislativo e ao Executivo. Não há possibilidade de atuação (juridicamente permitida) do Executivo sem a existência prévia de uma lei emanada pelo Poder Legislativo e sem a possibilidade de controle de tal atuação pelo Poder Judiciário.

Desta maneira, expusemos nosso ponto de vista referentemente ao direito. Este é, em nosso entender, um conjunto escalonado de normas que têm como conteúdo os comportamentos, além dos particulares, dos órgãos da

[6] Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Napoli, 1972.

administração pública, dos membros do Poder Legislativo e dos membros do Poder Judiciário.

Existe, pela própria formação do nosso direito, a necessidade de um conjunto de normas básicas, em posição hierárquica superior, tendente a assegurar a efetivação do direito, que, no nosso estado, é dominado pela tripartição do poder.

As normas editadas pelo Poder Legislativo devem pertencer a um escalão superior ao das normas editadas pelo Poder Judiciário e pela administração pública, uma vez que são elas que irão conferir os limites da atuação dos outros dois poderes.

A atividade da administração pública está, deste modo, presa aos comandos primários contidos nas normas gerais. Os atos praticados pela administração pública, em atendimento a tais normas, o são em exercício da função administrativa.

O direito administrativo cuida justamente da atividade desempenhada no exercício da função administrativa.

3. *A função administrativa*

Examinando as posições dos diversos autores administrativistas relativamente à função administrativa, encontramos um conceito subjetivo, um conceito objetivo ou material, um conceito eclético, onde se interligam aspectos subjetivos e objetivos integrando a função administrativa, além de posições de desinteresse quanto à noção de função administrativa.

Não é intento fazer uma exposição longa sobre o conceito de função administrativa conforme os diversos autores. Interessa-nos salientar que, diante da realidade representada pelo direito administrativo, podem-se agrupar em quatro categorias principais as oscilações doutrinárias.

Em uma primeira categoria podem-se incluir os autores que encaram a função administrativa sob um ponto de vista subjetivo, quando da conceituação do direito administrativo. Este regulariza os atos praticados em exercício de uma função administrativa, sendo a função administrativa a atividade própria dos agentes da administração pública. Pertencem a esta categoria autores como Garrido Falla, que se baseia na separação dos poderes (em sentido subjetivo), advinda de Montesquieu, para determinar que só o Poder Legislativo exerce a função legislativa; só o Poder Judiciário exerce a função judiciária e só o Poder Executivo pratica os atos da função por ele denomi-

nada de executiva. Direito administrativo seria, assim, o regulamento dos agentes pertencentes ao Poder Executivo.

Em uma segunda categoria, podem-se incluir os autores que definem a função administrativa tendo em vista o seu conteúdo e não o órgão que a exerce, representando uma corrente que toma em conta um aspecto material da função administrativa. A dificuldade que enfrentam os autores adeptos desta corrente está no enorme campo de atuação da função administrativa, ocasionando praticamente uma impossibilidade de definição que abranja todo este campo. Conseqüentemente, não há praticamente limite para o objeto do direito administrativo, sob tal ponto de vista. Colocamos como pertencentes a esta segunda categoria os autores que definem materialmente a função administrativa mas de forma negativa, ou seja, aquela função que não é nem legislativa nem judiciária. Estão nesta categoria autores como Agustín A. Gordillo, em nosso entender, muito embora ele mesmo de tal discorde.

Em uma terceira categoria incluem-se os autores que tentam conciliar as posições subjetiva e objetiva. Aqui se incluem autores como Zanobini, que, ao lado de uma conceituação subjetiva, focalizando a função administrativa formal da administração, contemplam também a função administrativa material, compreendendo toda e qualquer atividade com eficácia de atos administrativos, qualquer que seja o seu conteúdo ou sujeito do qual foi emanada. Como se depreende, tal posição, frente à função administrativa, exclui sua noção como de valia para a conceituação do direito administrativo, que teria um campo de abrangência de limites impossíveis de serem precisados.

Em uma quarta categoria, poderíamos incluir os autores que dispensam a noção de função administrativa para a conceituação do direito administrativo. Alguns não acham importante a função administrativa; outros nem cuidam dela. Podemos incluir, com a ressalva já apontada, na presente categoria, Marcello Caetano, que dispensa a noção de função administrativa ficando, em seu lugar, com a de poder. Podemos ainda incluir nesta categoria Rafael Entrena Cuesta, Waline e Laubadère.

Em resumo, são estas as posições em que se colocam os autores frente à problemática fornecida pela definição de função administrativa e de sua importância para a conceituação do direito administrativo.

Completamente distinta das anteriores, existe uma posição formal, não no sentido em que, erroneamente, se emprega o termo (como subjetivista), que cada vez mais vem granjeando o apoio da mais recente doutrina, tomado o termo formal num sentido de adequado logicamente ao ordenamento jurídico.

Na procura de uma definição formal de função administrativa, nenhum elemento de outra ordem que não seja a normativa deve entrar. Precisamos

nos ater, sempre, ao ordenamento legal, ao regime jurídico administrativo, sob a ameaça de, assim não o fazendo, estarmos dando um retrocesso histórico, científico e, principalmente, jurídico.

Kelsen, ao elaborar sua Teoria Pura do Direito forçou o estudioso do direito a tomar uma posição. Ou se aceita que o direito é um conjunto escalonado hierarquicamente de normas, não sendo jurídica qualquer consideração de ordem prática ou valorativa; ou então não se aceita esta posição, sendo o direito, para uns, uma parte da moral, para outros, a argumentação dos advogados, e assim por diante, conforme os elementos que venham a integrar a ontologia do direito.

Colocando-nos totalmente em acordo com o pensamento do referido autor, não podemos, de maneira alguma, aceitar uma definição subjetiva, objetiva, eclética ou qualquer outra que não tenha por base o direito, assim como não podemos pensar em uma definição de direito administrativo que não tenha por base o ordenamento normativo.

Na definição de Renato Alessi de função administrativa, vislumbramos em que consiste, juridicamente, a atividade sujeita ao regime jurídico administrativo.

Para Alessi, "função administrativa é aquela de emanar comandos em complementação a um preceito normativo abstrato, que não tem concreta e imediata operatividade, a fim de que se faça essa operatividade".

Como se depreende, na noção de função administrativa devida a Renato Alessi foram excluídos do campo dos atos praticados em exercício da função administrativa, os regulamentos e os contratos.

Os regulamentos, como preceitos normativos abstratos, entram na categoria dos comandos primários, no entender do autor. Relativamente ao Brasil, os regulamentos autônomos (que seriam justamente preceitos normativos abstratos contendo comandos primários) são matéria que deve ser apartada do estudo do direito administrativo. Não existem, não sendo, portanto, nem função administrativa, nem função legislativa. No tocante aos regulamentos expedidos pelo chefe do Executivo para fiel cumprimento da lei, se tivermos uma noção subjetiva de função administrativa, serão eles atos administrativos. Se tivermos uma noção material, levando em conta o conteúdo, será função legislativa, por não serem concretos.

Os contratos (sobre cuja existência debatem os autores) estariam excluídos da função administrativa enquanto contratos, pois não seriam comandos, mas sim acordo de vontades. Para os que entendem não existirem

contratos administrativos, o ato praticado, v.g., em uma concessão de serviço público pelo agente da administração é um ato administrativo, obedecendo ao regime jurídico administrativo.

Aceitamos, com leves reparos, a definição de Renato Alessi. A função administrativa consiste, efetivamente, em produzir normas de efeito concreto e imediato em complementação de outras normas abstratas.

Preferimos evitar o termo "comandos" por poder tal utilização induzir a equívocos referentes à natureza da norma jurídica. Para nós a norma jurídica não é um imperativo ditado por uma finalidade a ser alcançada. Ou, melhor dizendo, juridicamente, interessa-nos a norma como um meio de conhecimento do direito e não como uma ordem ou uma forma de eequilíbrio social ou algo que decorre da própria natureza das coisas.

Devemos, ainda, mencionar o fato consistente em que as normas postas no exercício da função jurisdicional também se destinam a tornar imediata e concreta a manifestação de vontade contida em uma outra norma abstrata. Não se confunde, no entanto, a função jurisdicional e a função administrativa. A diferença que se nos demonstra fundamental é apontada por Marcello Caetano e consiste na administração agir como parte da relação jurídica enquanto que o juiz, no desempenho da função jurisdicional, não faz parte da relação jurídica formada e sobre a qual vai se manifestar, produzindo uma norma individual.

Para nós, portanto, ocorre o exercício da função administrativa quando *alguém, que possa representar a vontade do Estado, age como parte de uma relação jurídica, produzindo uma norma de efeito concreto e imediato em complementação de outra norma abstrata.*

Como se percebe, preferimos não considerar como desempenho de função administrativa a produção de regulamentos. Com efeito, entendemos que o regime jurídico dos regulamentos (requisitos para seu nascimento e efeitos por eles produzidos) distingue-se do regime comum a toda a atividade correspondente à função administrativa.

No que respeita aos "contratos administrativos", entendemos que não existem, sendo os atos praticados pelos órgãos da administração pública atos administrativos como todos os outros praticados no exercício da função administrativa.

Sobre se há possibilidade da atuação ilícita no exercício de função administrativa falaremos no item seguinte.

4. *Atividade ilícita*

Tudo o que vimos sobre a função administrativa será utilizado quando da formulação do conceito de direito administrativo, que agora já se apresenta a nós como fazendo parte do direito (desligado, portanto, da ciência da administração, não cuidando do que é útil à administração, mas sim, como conjunto de normas jurídicas) e como um ramo autônomo do direito (pois regula a atividade levada a cabo em cumprimento a uma função administrativa, que tem um regime jurídico, com princípios e categorias peculiares e assim, distinto dos demais ramos do direito).

Sabemos que devemos englobar como objeto do direito administrativo a atividade correspondente a uma função administrativa. Devemos, no entanto nos indagar se a atividade ilícita praticada por quem esteja fazendo as vezes do Estado pode ser considerada como correspondendo ao desempenho de uma função administrativa.

Deixaremos de lado qualquer discussão a respeito da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários, bem como a afirmação de que "O Estado nunca erra; quem erra são as pessoas." O que nos interessa para o tema presente é determinar se a atividade ilícita obedece ao regime jurídico peculiar à função administrativa.

Apesar de a doutrina não ser pacífica quanto a este problema entendemos que não há como negar que os atos administrativos, se praticados ilicitamente, nem por isso deixam de produzir efeitos. Qualquer ato administrativo, seja praticado com desvio de poder, seja com vício de forma, produz efeitos. Esses efeitos, quando não são os que o ato estava preordenado a atingir, são efeitos paralelos, prodrômicos, no dizer de Robin de Andrade.

Todos os efeitos produzidos pelos atos administrativos, lícitos ou não, têm repercussão no direito administrativo. É o direito administrativo que vai dizer se o ato é nulo ou anulável. É o direito administrativo que vai dizer da possibilidade ou não de convalidação. Assim, claramente se nos afigura que os atos, mesmo ilícitos, estão submetidos ao regime jurídico-administrativo.

Assim, sem nos indagarmos se o erro é imputado ao agente ou à administração ou sobre o que leva à acolhida da responsabilidade do Estado, mas atendo-nos, unicamente, ao regime jurídico que disciplina tais atos, concluímos que os atos ilícitos devem ser abrangidos na noção de função administrativa, e, conseqüentemente, no objeto do direito administrativo.

5. *Lacunas no direito administrativo*

Antes de formular nosso conceito de direito administrativo, permitimo-nos uma última indagação, que consiste em um dos maiores tormentos dos estudiosos do direito, e sobre a qual iremos, rapidissimamente, esboçar nosso ponto de vista. A indagação é: Podem existir lacunas no direito administrativo?

A administração pública está presa ao princípio da legalidade, uma vez que a Constituição determina que "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 153 § 2º). Assim, nada pode a administração exigir se inexistir uma lei prévia que a autorize a agir. Desta maneira, lacuna, no sentido de inexistência de lei, e atuação da administração são expressões que se contradizem. Não pode haver atuação da administração sem que haja lei.

O que ocorre, às vezes, é que a lei autoriza a administração a agir sem fixar os limites de sua ação. Fica, desta maneira, a administração presa a conceitos não teoréticos como "moralidade", "interesse geral", etc.[7]

Mas, nem mesmo neste caso, poder-se-ia falar em lacuna. Existe a lei. O que ocorre é que os limites dos conceitos encampados pela lei são imprecisos. Sobre a extensão da discricionariedade e em que consiste deixaremos de tratar, merecendo obra de alentadas proporções.[8]

Parece-nos, assim, impossível a existência de lacunas no direito administrativo. Podemos, desta maneira, conceituá-lo como um sistema fechado e pleno, embora sempre lembrando que ele faz parte de um sistema maior e do qual recebe elementos, que é o direito. O que queremos significar ao afirmar a plenitude do direito administrativo é que ele regula todas as manifestações da ação administrativa, inexistindo possibilidade de alguma situação ficar sem uma regulamentação, lacunosa. O direito administrativo regula totalmente a ação administrativa.

[7] "Mais qui détermine l'intérêt général? Une conception métaphysique de cet intérêt, qui le placerait d'une manière absolue en dehors de l'espace et du temps ne correspondrait à aucune réalité humaine et n'éveillerait des lors aucun écho juridique. L'intérêt général, c'est ce les maîtres de la societé considèrent comme tel: ce sont eux que tout à la fois déterminent ceux des intérêts qu'ils trouvent dignes d'être élevés à c rang et ceci fait, mobilisent pour l'eur satisfaction, les moyens matériels et humains nécessaires." — (Buch, Henri. *Les lacunes en Droit Administratif*).

[8] "L'administration ne doit pas avoir un texte légal ou réglementaire qui lui dicte son action: il suffit que l'action lui soit permise." (Buch, Henri. op. cit.)

6. *Conceito de direito administrativo*

Plenamente delimitado o campo de abrangência, e utilizando-nos da noção de função administrativa, podemos tentar formular nosso conceito de direito administrativo, que é o que segue:

Direito administrativo é o conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam a produção, por alguém que represente a vontade do Estado, agindo como parte de uma relação jurídica, de uma norma de efeito concreto e imediato em complementação a outra norma abstrata.

Conclusões

1. O direito administrativo é um ramo autônomo do direito, pois regula o exercício da função administrativa que obedece a um regime jurídico peculiar, com princípios e categorias jurídicas próprias.

2. Para a conceituação do direito administrativo há necessidade de uma noção de função administrativa.

3. A função administrativa só pode ser entendida sob uma perspectiva formal.

4. A atividade administrativa é sempre subordinada à lei.

5. Mesmo a atividade ilícita é disciplinada pelo direito administrativo.

6. Não há possibilidade lógica ou jurídica da existência de lacunas no direito administrativo.

7. O direito administrativo regula toda a atividade do Estado, enquanto parte de uma relação jurídica, de emanar normas tendentes a concretizar uma norma superior abstrata.

Bibliografia

Alessi, Renato. *Instituciones de derecho administrativo.*

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico.*

Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.*

Caetano, Marcello. *Manual de direito administrativo.*
Gordillo, Agustín. A. *El acto administrativo.*
———. *Tratado de derecho administrativo.*
Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito.*
Meira, Reilda. *Função administrativa.*
Gonçalves Pereira, André. *Erro e ilegalidade no acto administrativo.*
Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo.*

ARQUIVOS MODERNOS — Princípios e Técnicas

de T. R. Schellenberg

"Os arquivos não são, de maneira alguma, cemitérios de documentos velhos e esquecidos. A qualidade essencial dos arquivos está em que registram não somente as realizações, mas também os processos pelos quais foram efetuados."

Essas palavras de T. R. Schellenberg demonstram sua preocupação em transformar os arquivos em elementos vivos da administração, a serviço do desenvolvimento e do bem-estar público. Seu livro, que aparece em boa hora no Brasil, procura neutralizar os efeitos negativos decorrentes do predomínio de uma bibliografia européia sobre arquivos, que nem considera as realidades dos países novos, nem elabora e soluciona os problemas decorrentes da entronização de uma moderna tecnologia.

À venda nas livrarias
Pedidos para a Editora da FGV:
Praia de Botafogo, 188 — C. P. 9 052, ZC-02. Rio de Janeiro, RJ.