

Pressupostos do Direito Administrativo

CORSÍNDIO MONTEIRO DA SILVA

Assistente Jurídico do DASP

O Direito Administrativo, um dos mais novos ramos do Direito Público, experimentou também êle suas vicissitudes até chegar a constituir verdadeiramente uma ciência e a ser considerado como um dos mais importantes capítulos do Direito depois do Direito Constitucional.

Pressupostos do Direito Administrativo são os marcos de sua evolução pelos estreitos e difíceis caminhos das conquistas do homem no mundo dos valôres, considerado o Direito como fato cultural. São fatos ou circunstâncias que necessariamente o antecedem, o condicionam e o justificam.

O antepassado imediato do Direito Administrativo é uma administração servida por um ordenamento administrativo. A administração preexistiu ao Direito Administrativo. É o seu primeiro pressuposto e a atividade fundamental do Estado.

Na lição de LENTINI, o Direito Administrativo pode ser apreciado sob duplo aspecto: como legislação e como ciência, embora possam ambos êstes dois aspectos ser considerados entre si conexos e até se confundirem.¹

Examinada sob o primeiro aspecto, a história do Direito Administrativo confunde-se com a do Estado, já que não existe Estado, por primitivo que seja, que não tenha um ordenamento administrativo.²

Não apresentava o Estado, primitivamente, como se sabe, distinção efetiva e real entre podêres e funções que eram enfiados nas mãos do Príncipe ou Soberano, a um só tempo, legislador, juiz e administrador.³

Por ser a administração constituída de ordenamentos especiais, à autoridade incumbida de os aplicar não tinham tais or-

1. LENTINI, Arturo — *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano 1939, I, p. 9.

2. MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., p. 10, apud LENTINI, *op. cit.*, p. 9.

3. LENTINI, Arturo — *Istituzioni cit.*, p. 9.

denamentos outro sentido que não o de meras instruções ou ordens a ela dadas pelo Soberano. Nenhum direito poderia o indivíduo pretender contra a Administração Pública, sendo sempre o Soberano quem decidia sobre as relações e sobre todas as questões que acaso surgissem entre a Administração e as pessoas físicas e jurídicas.

A Administração pública sob a monarquia absoluta não era concebida diferentemente.

Há exceção a este sistema, especialmente na história dos antigos povos, em matéria de justiça administrativa e nos ordenamentos de países em que, progressivamente, se diferenciavam as funções do Soberano, e se ditavam normas de direito público com vistas a regular a Administração. Enquanto não se sobrepôs, todavia, ao chamado **Estado de Polícia**, o **Estado constitucional** sob a forma representativa, e não se afirmou a separação dos poderes e o **Estado de Direito**, a derrogação das normas de direito público foi sempre admitida em virtude da necessidade ou da utilidade pública. Na Grécia antiga, existia o tribunal dos Éforos, e, em Roma, as controvérsias referentes aos atos dos magistrados eram levadas à presença da assembléia popular.⁴

A existência de um conjunto de normas, já no Direito Romano, não seria bastante para ensejar a criação de uma disciplina científica, mesmo porque seria provável nunca haver existido consciência de que se tratava de uma relação entre sujeitos de direito, diferentes e distintos.⁵

No **Estado de Polícia**, o Príncipe ou Soberano governava, não em seu próprio nome, mas em nome do Estado. Era concebido o Estado, não como o complexo de todo o ordenamento, mas como a instituição mesma da Coroa ou do Governo. O **Estado de Polícia** era ente institucional.⁶

Aquilo que, então, sem maior rigor, se chamaria "Direito Administrativo" exauria-se, por assim dizer, em um único preceito que estabelecia um **direito limitado** para administrar. Não era reconhecida nenhuma ordem de direitos ao indivíduo em face do Soberano. A pessoa humana era contemplada como um objeto do poder estatal, e não como sujeito que com o Estado se relacionasse.⁷

4. LENTINI, Arturo — *Op. cit.*, p. 9-10.

5. GORDILLO, Agustín A. — *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, 2. ed., p. 21.

6. LENTINI, Arturo — *Op. cit.*, p. 10.

7. GORDILLO, Agustín A. — *Op. cit.*, p. 22.

A expressão célebre de LUIZ XIV — *L'Etat c'est moi* —, mais do que um estado de espírito, refletia uma época e definia o Estado Absolutista.

A esta concepção do Estado e de suas relações com os administrados se atribuiu o nome de **Estado de Polícia**.

No **Estado de Polícia**, ao reconhecer-se ao Príncipe ou Soberano um poder ilimitado, não só quanto aos fins pretendidos, como quanto aos meios que podia empregar para atingir aquêles mesmos fins, mal se poderia conceber um tratamento científico dêsse poder.⁸

Não se há de inferir daí, necessariamente, que **não existia um direito público**, pois, mesmo dentro dêsse princípio de poder ilimitado e levando em conta as normas que dêle emanaram, havia certo ordenamento positivo. O que não existia, certamente, era uma ciência em tórno dêsse ordenamento positivo.⁹

A rigor, não há confundir normas administrativas esparsas com o Direito Administrativo como indagação científica ou como ramo autônomo do Direito Público.

Isso não impediu, entanto, que um Mestre como SERRIGNY escrevesse uma obra intitulada: **Droit Public et Administratif Romain**.

Daí dizer OTTO MAYER que, no sentido literal do tórmo, Direito Administrativo quer dizer direito relativo à administração, designa um direito que lhe é aplicável.¹⁰

De modo que a expressão **Direito Administrativo** deriva de **administração pública**, por isso que a **administração** preexistiu ao Direito Administrativo como ciência. Embora certos autores usassem a expressão **Direito Administrativo**, faziam-no considerando-o como legislação referente à administração pública.

Não são poucos os autores que definem o Direito Administrativo como complexo de normas jurídicas que, pelo seu objeto, se referem à Administração Pública. Seria uma reminiscência do Direito Administrativo visto sob o aspecto da legislação.

Assim, certos eminentes cultores do Direito, como SANTI ROMANO, CINO VITTA, ANTONIO SALANDRA, além de OTTO MAYER, conceituam o Direito Administrativo como o ramo do Direito relativo à Administração Pública ou como ordenamento jurídico da Administração Pública. D'ALESSIO define-o como

8. GORDILLO, Agustin A. — *Op. cit.*, p. 22.

9. *Id.*, *ib.*

10. MAYER, Otto — *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, 1903, p. 15.

o complexo de normas jurídicas internas que regulam as relações que se estabelecem no âmbito da Administração Pública, enquanto age para atingir seus próprios fins, e com os sujeitos a ela subordinados.¹¹ PRESUTTI o conceitua como o estudo das relações jurídicas referentes à atividade da Administração Pública naquilo que ela tem em particular em confronto com outras relações jurídicas.¹² FRITZ FLEINER diz que somente a Administração, em sentido estrito, constitui o objeto do Direito Administrativo, embora reconheça não se limitar êsse ramo do Direito Público a estudar a gestão do Estado.¹³ Sinonimizando a atividade concreta do Estado com a Administração, acentua RISPOLI ser o Direito Administrativo o complexo de normas que regulam a atividade concreta do Estado (administração) para a consecução dos fins nacionais.¹⁴

SANDULLI, apoiado em SANTI ROMANO, afirma que a definição do Direito Administrativo pressupõe o conceito de Administração Pública, e, para a êste conceito chegar, afirma dever-se partir da noção de Estado. Esta a razão por que certos autores de Direito Administrativo desdobram o seu estudo a partir do conceito de Estado.¹⁵

RAFAEL BIELSA, em sua magnífica obra **Derecho Administrativo**, afirma que a noção de Direito Administrativo pressupõe, de uma parte, o conceito de "Administração", e, de outra, o conceito de "Direito Público", do qual o Direito Administrativo é importante ramo, aduzindo que, em razão da "índole didáctica" que pretendeu imprimir àquela sua obra, é que deixou de primeiro cuidar da Administração e do Direito Público em geral, confessando, embora, que "tal debería ser el orden a seguirse en la presente exposición" havendo o ilustre Mestre abandonado, assim, aquela "posición lógica de estas materias".¹⁶

De modo que a própria noção literal de Direito Administrativo realça o seu primeiro e essencial pressuposto, que é a Administração Pública.

11. D'ALESSIO, Francesco — *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Torino, 1932, I, p. 20.

12. PRESUTTI, Errico — *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*. Messina, 1931, I, p. 53.

13. FLEINER, Fritz — *Instituciones de Derecho Administrativo* (Trad. de Sabino A. Gendin), 1933, p. 4.

14. RISPOLI, Arturo — *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1938, p. 17.

15. SANDULLI, Aldo M. — *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4. ed., Napoli, 1957, p. 3.

16. BIELSA, Rafael — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1955, I, p. 35. Nota 1.

Não basta, porém, que se diga que o Direito Administrativo pressupõe uma **administração**, porquanto, isso, seria limitá-lo ao aspecto da legislação e não tratá-lo como ciência, e não tê-lo como ramo autônomo do Direito. De que resultaria o Direito Administrativo cujo conceito fôsse além de simples ordenamento administrativo? A despeito de que tal ordenamento já evoluía para o reconhecimento de algum direito do indivíduo em face do Estado, qual a razão determinante que delimitou as relações do Poder público com seus súditos?

Na resposta a estas indagações, reside o desdobramento dos pressupostos do Direito Administrativo.

Embora o Estado tivesse já funções distintas, de início desempenhadas por uma única pessoa, o Príncipe ou o Soberano, à proporção que aquelas funções foram aumentando de complexidade, as circunstâncias impuseram a criação de novos órgãos para melhor desempenho das funções estatais. Pessoas da confiança do Soberano desenvolviam tais atribuições em nome dêle, e os donos do poder autocrático eram os senhores territoriais e uma minoria privilegiada.

No exame dos pressupostos do Direito Administrativo, há que atentar para o ambiente político que propiciou, nos tempos modernos, o seu aparecimento como verdadeira conquista social, além de simples processo de divisão do trabalho, como reflexo do que já vinha ocorrendo no âmbito da produção.

A constitucionalização do Estado é que gerou o nôvo ramo do Direito Público. Pode-se dizer que o Direito Administrativo é irmão gêmeo do Direito Constitucional, não fôsse êste de maior significação que aquêle no mundo do Direito.

PORTO CARREIRO, em suas **Notas sôbre Filosofia do Direito**,¹⁷ oferece-nos elementos que servem de compor, em síntese, a atmosfera em que se processou a constitucionalização do Estado. Podemos, da sua lição, extrair os fundamentos em que se estabeleceu a passagem do Estado Absolutista para o chamado **Estado de Direito**.

Cumprê lembrar que, por aquela época, nova classe social surgia amparada pelo poder econômico, que era a burguesia.

De início, sob o aspecto mercantil, essa nova força econômico-social foi, aos poucos, adquirindo o contrôle da situação política, a ponto de influir "na feitura das leis e na organização jurídica dos novos Estados Nacionais".¹⁸

17. PORTO CARREIRO, C.H. — **Notas sôbre Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro, GB, Alba, 1970 (?)

18. PORTO CARREIRO, C.H. — **Op. cit.**, p. 148.

Já não era possível ignorar “a existência dessa classe que vinha crescendo assustadoramente. A partir do século XVI, e, notadamente, durante o século seguinte, as grandes navegações e as grandes descobertas descortinaram novo panorama econômico-político para os Estados europeus”. “Carreando para a Metrópole as riquezas das colônias”, os mercadores foram impondo suas exigências. “A velha estrutura jurídica rompia-se por todos os lados, impotente para conter o novo surto de progresso e as novas modificações infra-estruturais”, que, a cada passo, surgiam.¹⁹

Urgia se fizesse “uma reforma que viesse trazer novas bases às novas relações sociais”.

Os súditos de então, solidarizando-se “com as reclamações da classe mercantil, já economicamente poderosa”, manifestaram-se pela “abolição das idéias medievais”, que dificultavam a “orientação do Estado a favor dessa nova classe” de crescente prestígio, “pronto para dominar o Estado”.²⁰

Conseguiu o mercantilismo se criasse “mentalidade diferente de governo e de administração, orientando a formação de barreiras alfandegárias que garantissem a geração do saldo ouro favorável na balança de comércio. Daí por que pediam o fortalecimento do Estado, com o estabelecimento de privilégios e do protecionismo. Era, de fato, a intervenção da burguesia nas funções políticas, embora a nova classe não participasse diretamente do poder”.²¹

Como estivesse a Inglaterra à frente dessa política econômica, adquiriu, ali, a burguesia definida consciência de classe, que se traduziu pelo movimento de divisão do poder, de acordo com as diferentes funções do Estado.²²

“Logo após a chamada revolução burguesa, que colocou o povo no Parlamento, foram desenvolvidos os conceitos teóricos e práticos dessa divisão do poder, com a finalidade de distinguir, separar, dividir os diversos campos da atuação do Estado. A função considerada básica e indeclinável foi a legislativa, ou seja, a função permanente, obrigatória (para todos, inclusive para o próprio legislador), foi a de fazer a lei, ditar a norma. O **Instrument of Government** de CROMWELL, de 1653, é apontado como o primeiro documento efetivo dessa divisão. Mais tarde, HARRINGTON, em seu **Oceana**, procurou estabelecer um “sistema de freios e controles recíprocos”, que pudesse

19. *Id.*, *ib.*

20. *Id.* p. 148-49.

21. *Id.*, p. 149.

22. *Id.*, *ib.*

harmonizar êsses podêres divididos. A Revolução de 1688 e o **Bill of Rights**, com a instituição do regime constitucional inglês, encontraram ressonância na obra de JOHN LOCKE, com o poder legislativo inteiramente separado dos demais podêres. Como justificativa de sua tese, aduziu LOCKE que os homens que fazem a lei não devem aplicá-las, porquanto a lei perde seu caráter” tão logo o legislador possa utilizá-la para medidas e mandatos particulares a seu arbítrio.²³

Com essa teoria, acentua PORTO CARREIRO, justificava-se a participação da burguesia no govêrno. Acentua, ainda, PORTO CARREIRO, que teria sido BOLINGBROKE o autor efetivo da doutrina constitucional do equilíbrio dos podêres, baseada no equilíbrio e contrôle recíproco, e que MONTESQUIEU, ao escrever sua obra **L'Esprit des Lois**, em 1748, teria sido por êle influenciado.

Conseguiram, dêsse modo, os burgueses, já “detentores do poder econômico e orientadores de uma ideologia que atendia a seus próprios interesses”, “subverter a posição das fôrças políticas tradicionais, exaltando o indivíduo e o individualismo, enquanto dividia o poder para governar”.²⁴

“A verdade é — afirma PORTO CARREIRO — que a teoria da divisão e da separação dos podêres do Estado começou a tomar corpo quando os interesses da classe burguesa já estavam sendo demasiadamente ameaçados pela aristocracia e quando a própria burguesia sentiu que podia manipular sua fôrça econômica a favor da conquista do poder político. A melhor maneira seria, sem dúvida, dividir para governar”.²⁵

Há que distinguir, todavia, entre **divisão** dos podêres e **separação** dos podêres. “A **divisão** corresponde a uma realização histórica, que vem desde o aparecimento da propriedade privada. A especialização das funções fêz-se realidade a partir do momento em que a atividade do grupo se tornou complexa e não mais podia ser exercida por uma única pessoa. Mas isso não implicou em **separação** dos podêres. Os manipuladores dessas funções administrativas e governativas, em conjunto, compartilharam dessas tarefas, não as comunicando a ninguém mais. Como êsses organizadores pertenciam às famílias mais ricas e importantes da época, compreende-se que tôda a orientação estatal tinha de fazer-se de acôrdo com a vontade dessa classe dominante”.²⁶

23. *Id.*, p. 150.

24. *Id.*, p. 151.

25. *Op. cit.*, p. 153.

26. PORTO CARREIRO, C.H. — *Op. cit.*, p. 154.

“Com a burguesia, em estado ascendente, surgiu a tese da **separação** dos poderes, o que correspondia, na época, à forma de luta pelo poder político. Separadas as atribuições (até então reunidas nas mãos do Soberano, monarca absoluto), claro está que a burguesia teria de obter, para si, uma delas. Verifique-se que sua luta principal foi dirigida para organização do poder **legislativo**, onde teria oportunidade de orientar o governo, com a feitura das leis”.²⁷

“Não se pode negar que a divisão das funções estatais permite melhor eficácia no funcionamento do Estado. Mas é preciso que sintamos que sua **separação** correspondeu ao anseio da burguesia de dominar plenamente os órgãos estatais, começando pelo legislativo, que era o de mais fácil acesso.”

Dentro dessa perspectiva histórica, infere-se que o Direito Administrativo nasceu no bôjo de uma crise político-social. Assim, teríamos como seus pressupostos necessários a **liberdade** e a **igualdade**: liberdade individual, liberdade jurídica, liberdade política, liberdade em face do Estado; igualdade jurídica, para que o indivíduo, o homem comum estivesse em condições idênticas às do Estado, seja na defesa de direitos, seja no cumprimento de obrigações.

Sòmente a liberdade, com os condicionamentos fixados pela lei, em contraposição à autoridade, mas sem prejuízo desta, é que criou a atmosfera propícia a vicejar o nôvo ramo do Direito.

O Direito Administrativo é, sim, no sentido literal, o direito referente ou aplicável à Administração Pública, mas repousa, como ciência, sôbre dois princípios fundamentais — o da **liberdade** jurídica e o da **autoridade**. Sem autoridade e sem liberdade não há falar em Direito Administrativo.

Dando ênfase à liberdade em face da autoridade, no âmbito do Direito Administrativo, quer-se salientar a circunstância de que o problema da autoridade e da liberdade foi pôsto exatamente no caso do cidadão em face do Estado, precìpuaemente, no âmbito do Direito Público, embora se pudesse demandar o Estado, por **ação civil**, como pessoa jurídica de natureza privada, conforme o fato ou ato impugnado. Foi pôsto exatamente no caso da pessoa física e jurídica em face do Estado, de vez que, como assinala SALANDRA, a palavra “cidadão” tem uma conotação com o direito político, enquanto a Administração Pública, pela própria natureza de suas funções, se relaciona

27. *Id.*, *ib.*

com sujeitos de direito que nem sempre são cidadãos, em sentido estrito.²⁸ Mas, a princípio, era mesmo o cidadão que se afirmava politicamente perante o Estado.

Assim se refere Mestre DARCY AZAMBUJA: “Se o Estado é uma forma natural da sociedade humana e tem por fim realizar o bem comum dos que o constituem, a autoridade, elemento essencial do Estado, é também natural e necessária nas sociedades humanas”.²⁹ “O poder político é natural e necessário”, sendo que “um dos elementos da soberania é a força, e que ambos se legitimam pelo consentimento da consciência social e pela realização do bem público”. E acentua: “Mas a liberdade é também um elemento natural e necessário na sociedade.”³⁰

“Autoridade e liberdade” — diz o eminente Mestre gaúcho — “não são idéias antinômicas, mas condições necessárias e complementares da vida social e da civilização; onde uma delas falte, estas se tornam impossíveis. Por serem necessárias às sociedades e complementares, não podem ser ilimitadas, pois uma condiciona e completa a outra. As instituições que as regulam com inteligência, os regimes, em que elas se harmonizam, promovem o bem público, realizam a ordem, a felicidade e o progresso sociais. Para uma sã filosofia política, não há, não pode haver oposição entre liberdade e autoridade, pois são elas elementos essenciais, condições necessárias da própria vida social, e o homem não pode viver senão em sociedade. Na prática, porém, os que exercem a autoridade, por mais cultos e bem intencionados que sejam, podem, involuntariamente, ofender ou limitar excessivamente a liberdade do indivíduo, assim como este, voluntariamente ou não, pode opor obstáculos excessivos ao exercício legítimo da autoridade ou ofender a liberdade dos outros indivíduos pela extensão abusiva da sua própria. É necessário, portanto, que sejam traçados limites para o exercício da autoridade pelo Estado e para o gozo da liberdade pelos indivíduos. Traçar êsses limites é função precípua do Direito, e como devam ser claros e conhecidos por todos, para serem respeitados, as leis os declaram expressamente”.³¹

E como é que a liberdade, tão frágil, conseguiu conter a autoridade que tem irresistível vocação para o despotismo? Pela

28. SALANDRA, Antonio — *Corso di Diritto Amministrativo* — 3. ed., Roma, p. 7.

29. AZAMBUJA, Darcy — *Introdução à Ciência Política* — “Globo”, Pôrto Alegre, 1969, p. 150.

30. AZAMBUJA, Darcy — *Introdução cit.*, p. 150.

31. *Id.*, p. 151.

separação dos poderes, pela distribuição dos poderes estatais por órgãos diferentes e independentes entre si, embora expressando todos em seu conjunto a força do poder do Estado visando o bem comum. Para tanto, foi necessária uma Revolução resultante de uma crise social, que visava derruir a cidadela do absolutismo para implantar uma nova ordem. Ainda assim, no âmbito do Direito Administrativo continuava a luta entre a liberdade e a autoridade visando a igualdade de todos — inclusive do Estado — perante um mesmo ordenamento jurídico.

Daí dizer AGUSTIN A. GORDILLO que o Direito Administrativo é, por excelência, a parte da Ciência do Direito que mais agudamente reflete o permanente conflito entre a autoridade e a liberdade, citando DIETHER HAAS, que asseverou que **a tensão encerrada nestas idéias sintéticas — Estado e indivíduo, ordem e liberdade — é insolúvel**. Sem discordar de todo com DIETHER, admite GORDILLO a possibilidade de um equilíbrio dinâmico entre ambas — autoridade e liberdade —, embora ache evidente que **a obtenção de tal equilíbrio há de ser uma das mais difíceis e delicadas tarefas da ciência moderna**.³²

O Direito Administrativo, assim, como ciência, é incompatível com o despotismo estatal, e é fruto de uma das mais significativas crises sociais do Estado moderno.

Criada a doutrina da **separação dos poderes** estatais, para que, ao invés do abuso da autoridade, predominasse o respeito à lei, um sistema de freios e contrapesos (o Poder contendo o Poder), originou-se daí o chamado **Estado de Direito**, isto é, o Estado em cuja organização são limitados pela lei os poderes estatais, que se distribuem por órgãos independentes e harmônicos entre si.

A separação dos poderes tornou possível a defesa do indivíduo perante a Administração pública, defesa que se era já afirmada no que se referia aos **atos privados** do Príncipe ou Soberano, posteriormente foi também consentida para todos os atos da administração em geral, vale dizer, a Administração Pública inscreveu-se no Ordenamento Jurídico, ficando, conseqüentemente, submetida, também ela, ao Direito.³³

Assim concebido, o Direito Administrativo é um fenômeno exclusivamente moderno.³⁴

32. GORDILLO, Agustin A. — *Introducción* cit., p. 33.

33. LENTINI, Arturo — *Instituzioni* cit., p. 10.

34. *Op. cit.*, *ibidem*.

Quando OTTO MAYER define a atividade administrativa como a **atividade do Estado para a realização de seus fins, sob a ordem jurídica**, RISPOLI o critica, aduzindo que essa definição contém qualquer coisa de supérfluo, porquanto nenhum Estado de Direito, assim como nenhuma pessoa jurídica de direito público ou privado, pode prescindir de agir **sob a ordem jurídica**, pois que esta é, sempre, um pressuposto necessário, acentuando LENTINI que **o Direito Administrativo pressupõe o Estado de Direito, podendo-se mesmo afirmar haver surgido êle da necessidade de se administrar com justiça.** ³⁵

Na lição de BIELSA, a **atividade** da Administração Pública dá origem a relações múltiplas entre ela e os administrados, e tais relações pressupõem **normas jurídicas** que as regulam, constituindo o **conjunto dessas normas** o conteúdo mesmo do Direito Administrativo. ³⁶

De modo que o Direito Administrativo, **um dos mais novos ramos do Direito Público**, é um capítulo do Ordenamento Jurídico Interno. É um complexo de normas emanadas diretamente da vontade do Estado, na medida em que somente ao Estado, pela própria natureza do seu poder soberano, compete eventualmente admitir que outros sujeitos editem normas que, pelo caráter e eficácia, sejam qualificáveis como normas jurídicas. Tais normas, na complexidade do seu conjunto, constituem o Direito Administrativo, e podem qualificar-se pelo seu objeto que, de modo mais ou menos imediato, se refere à Administração Pública.

A norma jurídica geralmente é norma de conduta endereçada a vários sujeitos de direito, sendo que, muitas delas, se destinam à Administração Pública, com a finalidade específica, sobretudo, de lhe regular a organização. ³⁷

O Estado e, em geral, toda pessoa jurídica de direito público, de que a Administração constitui particular momento, não possui outra realidade subjetiva que não a decorrente das pessoas que o compõem. Substrato social do Estado, resulta o povo não da soma das pessoas físicas, porém de uma complexa e orgânica combinação dessas mesmas pessoas. Organizandose, não pode o Estado prescindir dos indivíduos, pois que sua capacidade jurídica de querer e de agir não pode deixar de

35. LENTINI, Arturo — *Op. cit.*, p. 17.

36. BIELSA, Rafael — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1955, I, p. 35.

37. D'ALESSIO, Francesco — *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1932, I, p. 1.

pressupor uma capacidade física e natural, que, como tal, é própria e exclusiva das pessoas. Sem o elemento humano, o Estado é uma abstração, e a Administração Pública, um fantasma.

O Direito, norma absoluta da organização estatal, preceitua como a **capacidade física individual** possa ou deva imprimir energia à **capacidade jurídica**, à vontade soberana da coletividade, vale dizer, à **vontade do Estado**.

Os podêres jurídicos, em que se manifesta a capacidade jurídica do Estado, acham-se, dêsse modo, confiados a pessoas e por elas são exercidos, sem que esta circunstância importe, necessariamente, em torná-las ou consenti-las, como tal, titulares dêsses podêres. Ao invés disso, constituindo-se as pessoas como **órgãos do Estado**, têm elas, de direito, a faculdade de aquilatar, de avaliar os interesses gerais de que é titular o Estado, e, em nome e por conta do Estado, buscar satisfazer, da maneira mais conveniente ou mais completa possível, aquêles mesmos interesses.

A norma jurídica endereça-se à Administração Pública para lhe regular a ação, a atividade, seus objetivos mediato ou imediato. Pode ela impor ou vedar determinado ato, fixar o conteúdo, os limites, as condições objetivas e subjetivas de cada ação administrativa.

Ainda assim, nem tôda a atividade administrativa está vinculada ao Direito, pois que considerável parte dela fica livre e confiada ao chamado **poder discricional** dos órgãos públicos. A despeito de que, na base da explicação de tais funções, se encontra latente o poder discricional, não se pode desconhecer uma influência permanente e inequívoca do Ordenamento Jurídico.

Mesmo no que se refere ao Estado e à Administração Pública, cumpre o Direito seu papel de **delimitar** a esfera respectiva dos sujeitos jurídicos individuais. Ao Estado, unidade teleológica, investindo-se de personalidade jurídica, sendo sujeito capaz de direitos, também a êle se dirige o direito objetivo, que lhe estrema a esfera de atividade dos demais sujeitos de direito, pessoas físicas ou jurídicas. Como a idéia do limite implica na de relações entre os sujeitos jurídicos, sôbre os quais age e se afirma, inscrevendo-se o Estado entre outras pessoas jurídicas de **direito delimitado**, porquanto tem igualmente seu direito circunscrito à sua esfera e disciplinado na sua atividade, daí emerge o conceito e a relação jurídica entre o próprio Estado e os outros sujeitos de direito, nada obstante sejam, êstes sujeitos, elementos do Estado.

Nem tôdas as normas, porém, neste tríplice objeto de disciplinar a organização do Estado, de regular-lhe a ação e de delimitar-lhe a esfera jurídica de atividade, são normas de Direito Administrativo. Cumpre isolar das demais aquelas normas concernentes ao Estado enquanto **Administração Pública**. Como o conceito de **Administração Pública** se constitui em um momento da vida e da atividade de tôdas as pessoas jurídicas de Direito Público, é de serem incluídas, igualmente, no Direito Administrativo, as normas que a êste ramo do Direito se referem dentro daqueles objetivos.

Um dos pressupostos, assim, do Direito Administrativo, já agora como ciência, reside na concepção do Estado como **pessoa jurídica (persona juris)**, chegando H. HERZ a afirmar, peremptoriamente, que "enquanto o Estado fôr um conceito jurídico terá sempre de ser pensado como pessoa jurídica."³⁵

Com efeito, não pudesse o Estado ser concebido como pessoa jurídica, não poderia êle, igualmente, ser sujeito de relações jurídicas, nem poderiam ser consideradas jurídicas as normas que disciplinam as relações de que participa. E jurídicas não poderiam considerar-se sequer as normas de organização, bem como aquelas que, desta ou daquela forma, disciplinam a ação do Estado. Porque é certo que o Direito se endereça às pessoas que possuem capacidade de querer e de agir, e objetiva, exatamente, qualificar as manifestações de tal atividade e vontade, regulando-lhe os efeitos externos.³⁹

A questão da personalidade jurídica do Estado — bem como da dos outros entes públicos — tem ocupado sobremaneira os estudiosos do Direito, podendo-se afirmar com D'ALESSIO que tôda a história do Direito Público moderno tem sido por ela influenciado. Assim é que certa corrente doutrinária chegou mesmo a negar personalidade jurídica ao Estado, que não existiria como ente distinto dos indivíduos, seria êle a soma dos indivíduos que dêle constituiriam o elemento material. Representaria o produto da necessidade histórica e das condições sociais diferentes, não podendo ser concebido como um organismo autônomo que visasse a objetivos, com finalidade própria, e, sim, como resultante histórica dos interesses gerais dos vários grupos sociais. Se, pois, o Estado não possui objetivos próprios, já que seus fins não transcendem daqueles outros que pertencem aos que o integram, não se pode concebê-lo como pessoa jurídica. Esta teoria, acolhida por alguns auto-

38. Citado por GUSTAV RADBRUCH — *Filosofia do Direito* cit., II, p. 16. Nota I.

39. D'ALESSIO, Francesco — *Instituzioni* cit., p. 3-4.

res, não raro influenciados por preconceitos políticos, foi superada pela doutrina que considera o Estado como possuidor de personalidade jurídica própria, distinta da dos indivíduos que dêle fazem parte.

Possui o Estado, certamente, fins próprios que se não confundem com o interesse particular de cada qual, ocorrendo, muitas vêzes, estarem os objetivos dêle, Estado, em conflito com os objetivos de muitos, embora interpretando o interesse maior da coletividade.

Daí dizer D'ALESSIO não ser o Estado "la somma degli individui che ne fanno parte, ma vive al di sopra di essi, superando i limiti dello spazio e del tempo; erede delle tradizioni del passato, tutelatore degli interessi avvenire". E acrescenta aquêlo Mestre: "Esso é l'espressione di quell'istinto che ricollega le generazioni presenti alle venture, che nella famiglia fa sì che i padri provvedano al benessere dei figli e dei nipoti".⁴⁰

O fenômeno de **combinação**, pelo qual se reúnem e se fundem os vários elementos sociais que podem ser representados sinteticamente como **unidade**, vem a constituir o processo de organização do Estado em face e por atuação de objetivos puramente sociais. Organizado pelos seus próprios fins, torna-se o Estado uma unidade teleológica. Assim concebido, tendo fins próprios que atingir, interesses que satisfazer, que não os interesses individuais de cada qual, possui o Estado em si o elemento essencial para o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Tais interesses, realmente, que, como os outros, almejam encontrar reconhecimento e proteção no Direito, carecem de **um sujeito** que eventualmente possa pô-los em movimento e, para tanto, valer-se das normas que os próprios interesses reconhecem e protegem. Constituindo-se o Estado como tal sujeito, não pode deixar êle de ser considerado como **sujeito de direitos** nem como não possuindo, como atributo essencial e originário, **personalidade jurídica**.

Deduz-se daí que a personalidade jurídica do Estado tem necessidade de integrar-se em outro conceito, qual o de se referirem ao próprio Estado as normas jurídicas objetivas.

Se o Estado, sôbre ser fonte do direito objetivo, não fôsse, igualmente, sujeito ativo e passivo das garantias que o próprio Direito contém, estabelecendo sanções pelo não cumprimento de suas normas, seria êle, certamente, titular dos interesses, mas êstes interesses, caso não se sujeitassem ao disciplinamento da ordem jurídica, não poderiam constituir-se em **direitos**

40. Istituzioni cit., p. 4-5.

subjetivos. Não poderia o Estado acionar sua vontade para exigir a **proteção jurídica** dos seus próprios interesses. Poderia desenvolver sua vontade por mera satisfação de fato de tais interesses. Só se pode falar de **direitos subjetivos** quando o sujeito jurídico estiver vinculado ao Direito, estiver vinculado à ordem jurídica. Parece evidente, entanto, não se poder falar de **direitos subjetivos** sem que se atente para o conceito paralelo de **obrigações jurídicas**, nem se há de conceber um **sujeito de direitos** que não seja, também, eventual ou potencialmente, **sujeito de deveres jurídicos**.

Admitindo-se, assim, a **sujeição do Estado ao Ordenamento Jurídico**, esta circunstância representa um pressuposto necessário e essencial da própria existência do Direito Administrativo e consubstancia o conceito de **igualdade de todos** perante a lei.

Neste ponto, encontrou-se a doutrina, ainda, em face da grave objeção: não é de admitir-se, argumentou-se, que o Estado, a fonte mesma do direito objetivo, cuja vontade se identifica com aquela que constitui o conteúdo da norma jurídica, possa, ao mesmo tempo, ficar vinculado juridicamente, por consequência necessariamente, à obediência daquele imperativo que promana da sua própria, livre e soberana liberdade.⁴¹

A escola do Direito Natural, que exerceu grande influência no campo do Direito Público, em face do fato incontestável de que o Estado achava-se sujeito à observância das normas jurídicas objetivas, ainda que sendo a fonte mesma do Direito, criou a ficção da dupla personalidade do Estado: o **Estado soberano** e o **Fisco**. Pairaria o primeiro acima do Ordenamento Jurídico e, como tal, não poderia ser sujeito de obrigações jurídicas. Seria o segundo uma pessoa jurídica de Direito Privado que, como tôdas as outras, pode ser titular tanto dos direitos como das obrigações jurídicas.

Esta distinção, todavia, era peculiar de um direito histórico em que prevalecia, como vimos, um tipo particular do Estado — o **Estado de Polícia** —, no qual a vontade do Príncipe era superior e ficava além dos foros do preceito da lei à qual não poderia ser subordinado.

Consoante a teoria do Fisco, o patrimônio público não pertencia ao Príncipe nem ao Estado soberano, senão a um sujeito jurídico distinto de ambos, que seria o Fisco, ou seja, a uma pessoa jurídica subordinada ao **Direito patrimonial**. Aquela teoria considerou o **Direito patrimonial** como parte do Direito Privado, de modo que não se encontrou dificuldades em

41. D'ALESSIO, Francesco — *Istituzioni cit.*, p. 6.

submeter o Fisco, como um particular qualquer, à Justiça e as normas jurídicas, isto é, ao Direito Civil. Através dessa teoria, pretendeu-se, também, proteção jurídica para o súdito em face dos atos soberanos da autoridade, cujo resultado prático era o pagamento de uma indenização a favor do querelando cujo direito particular adquirido (**jus quaesitum**) houvesse sido lesado por um ato da autoridade. Isto ocorreu, principalmente, no Direito germânico da Idade Média.⁴²

De modo que aquêles ordenamentos não podiam suprimir algumas relações em que o Estado, em face dos seus súditos, era vinculado à observância das leis e poderia estar subordinado à autoridade do magistrado.

A ficção dos adeptos da escola do Direito Natural era mais conseqüência da necessidade de conciliar as situações de fato emergentes com a rigidez do **Estado de Polícia**.

É certo que a teoria do Fisco procurou justificar uma distinção que vinha momentaneamente superar os obstáculos da realidade, mas, ficção que era, acabou por ser superada, e o próprio Direito Natural prestigiou, no século XVIII, as duas grandes teorias antiabsolutistas: a da **separação dos poderes** e a dos **direitos inatos do homem**.

Com efeito, não seria admissível tivesse o Estado dupla personalidade, salvo se se admitisse tivesse êle dupla finalidade, visto que **a personalidade nada mais é que a capacidade reconhecida do direito de realizar os próprios objetivos, os próprios fins a que se propõe**. Mas, se único e incindível é o fim do Estado, única deve ser sua personalidade.⁴³

Não se há de argumentar que o Estado, sendo fonte do Direito, assim como cria uma norma, que impõe a si próprio uma obrigação, cria um direito a favor de terceiro, possa abrogar a mesma norma, deixando perecer o direito, liberando-se, dêsse modo, da observância da obrigação. Atentando-se para êste aspecto do fenômeno da criação da ordem jurídica, é natural o relêvo que, enquanto o Estado, com uma tal ordem jurídica, assim se autolimita, vincula e condiciona sua própria atividade em face dos outros sujeitos de direito, impõe a si próprio obrigações cujo cumprimento depende da sua vontade e que, por conseguinte, não poderia, sem esforço, considerar-se como obrigações jurídicas.⁴⁴ Donde se infere que o elemento essencial de toda obrigação jurídica é o da necessidade

42. FLEINER, Fritz — *Instituciones* cit., p. 25-9.

43. D'ALESSIO, Francesco — *Istituzioni* cit., p. 6-7.

44. D'ALESSIO, Francesco — *op. cit.*, p. 7.

de compelir o sujeito passivo a cumprir a obrigação como inevitável conformação de sua vontade ao comando jurídico.

Cumpra atentar, ainda, para o Ordenamento do Estado moderno que, exatamente com suas normas jurídicas, a constituir o **Estado de Direito**, assim se autolimita. Se o Estado constitui um **único sujeito**, tendo **uma só personalidade jurídica**, vale dizer, **uma única capacidade**, isso não implica em não poder apresentar uma **distinção** em suas funções fundamentais e até mesmo uma **divisão** de tais funções, quer sob o aspecto subjetivo dos órgãos, quer sob o aspecto formal.

Postulado fundamental que se inscreve no pedestal do Estado moderno é, sem dúvida, aquêle da **separação dos poderes**, em que o poder contém o poder.⁴⁵

O princípio da separação dos poderes surge sob os auspícios de MONTESQUIEU como doutrina de absoluto conteúdo político, já que aquêle grande pensador francês entendia que a verdadeira liberdade civil e política não poderia ter garantia mais segura que com a adoção daquele princípio.

A divisão e distribuição das várias atividades estatais entre órgãos diversos não podem, todavia, ser efetuadas de modo pleno e absoluto, de tal modo que cada uma função seja atribuída tôda e exclusivamente a órgãos distintos.

É certo que esta concepção do princípio da separação dos poderes, tomada em termos absolutos, não constitui mais que irrealizável idealismo: cindiria a unidade do Estado e frustraria o seu funcionamento. Não correspondia ela, demais disso, à realidade da Constituição da Inglaterra tal como MONTESQUIEU o havia deduzido, nem é mais, hoje em dia, praticada completamente em nenhum país.⁴⁶ Nada obstante, o princípio foi de capital importância na formação do Estado Moderno e ainda hoje é respeitado como postulado democrático.

O princípio da separação dos poderes é comumente compreendido sob três aspectos: material ou objetivo, subjetivo e formal.

Recordemos êstes três aspectos.

Quanto ao aspecto material ou objetivo, o princípio leva a uma conceitual discriminação das funções do Estado com base na sua natureza. Esta diferenciação das várias funções fundamentais do Estado remonta, como se sabe, aos mais antigos tempos. Já ARISTÓTELES distinguia três momentos na

45. D'ALESSIO, Francesco — *Op. cit.*, p. 8.

46. *Id.*, *ib.*

atividade do Estado: o em que o Estado dita as normas de conduta; aquêle em que assegura a execução dessas normas no resolver as controvérsias que surgem na sua justa aplicação e com a atuação coativa de tais resoluções; aquêle, enfim, em que o Estado realiza seu objetivo, desenvolvendo sua atividade para a satisfação das necessidades coletivas em atuação das normas jurídicas nelas posta.

No que se refere ao aspecto subjetivo, o princípio é entendido como **repartição das funções do Estado entre vários órgãos** com a atribuição como matéria específica de **competência**, embora não absoluta, mas característica e normal. Distingue-se, assim, um **poder legislativo**, um **poder administrativo**, um **poder judiciário** em sentido subjetivo com as matérias de **competência** dos órgãos que exercitam as funções correspondentes como próprias, típicas e normais. **Típicas e normais**, porque esta distinção, como se sabe, não é feita em termos absolutos. Têm os órgãos, certamente, como matéria **precípua** de sua competência, a função de onde deriva o nome, porém não somente essa função elas possuem, e, assim mesmo, não a possui de modo exclusivo.⁴⁷

As três funções, **legislativa, administrativa e jurisdicional**, com efeito, à vista da **unidade do fim** a que visam, são entre si intimamente conexas e integrativas, sem poderem ser separadas e independentes uma da outra. Essa **interação** constitui a vida mesma do Estado, bem como de todo o seu complexo organismo, que não pode dominar mediante categoria abstrata, sem que sua organização possa obedecer a critérios rigorosamente lógicos, e, sim, que deva submeter-se à exigência prática da vida.⁴⁸

O postulado da separação dos poderes não é somente princípio de especificação dos órgãos e funções, mas é, também, por isso mesmo, **princípio de coordenação** pela essencial **unidade e organicidade** do Estado e por meio do qual êle ora se revela como **poder legislativo**, ora como **poder executivo**, ora como **poder judiciário**. Desta ou daquela forma, fica e permanece o Estado **uno e incindível em sua essência**.

Disso decorre que a regra da separação subjetiva dos poderes não pode deixar de experimentar, na prática, algumas atenuações. Assim é que ela é acolhida no Ordenamento de todos os Estados modernos e no Direito vigente, como **princípio de tendência** antes que como regra absoluta.⁴⁹

47. D'ALESSIO, Francesco — **Op. cit.**, p. 8-9.

48. D'ALESSIO, Francesco — **Op. cit.**, p. 9-10.

49. D'ALESSIO, Francesco — **Op. cit.**, 9-10.

Ninguém ignora que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, órgãos legislativos típicos do ponto-de-vista subjetivo, têm, também, funções de caráter administrativo ou judiciário. De igual modo, órgãos especificamente administrativos podem exercitar outras funções, constituindo-se, consoante D'ALESSIO, exercício de funções legislativas o da faculdade de regulamentar a lei, e de funções judiciárias quando o Presidente da República, por exemplo, exercita o direito de graça ou indulto. Também os órgãos judiciários podem desempenhar funções de outros Podêres. O juiz, por exemplo, não pode editar a norma de direito, porém, em certos casos, tem esta faculdade, quando a lei, por exemplo, fôr omissa ou obscura.

A separação dos podêres pode ser ainda entendida sob o aspecto formal: os podêres do Estado distinguem-se segundo a **forma** que assumem os atos em que se exprimem as várias funções. Aos **três conceitos objetivos de legislação, administração, jurisdição**; às **três categorias subjetivas dos órgãos legislativo, administrativo e judiciário**, correspondem, portanto, as **três formas características de ato legislativo, judiciário e administrativo**.

O ato legislativo, do ponto-de-vista formal, é a **lei** que se aperfeiçoa com a promulgação e adquire eficácia com a publicação. O ato judiciário é a **sentença** que deve conter todos os requisitos previstos em lei. O ato administrativo não é condicionado, como os outros, à observância de forma típica, salvo alguns casos especiais em que a lei previamente define determinada forma (decreto). O conceito formal, portanto, de ato administrativo pode caracterizar-se mais por elementos negativos que por elementos positivos, abrangendo êle tôdas as manifestações da vontade estatal que não requeiram a forma de lei ou de sentença.⁵⁰

Lei, sentença, ato administrativo são, conseqüentemente, as **três formas típicas** por que se revela a atividade do Estado.

São, sobretudo, tais formas que atribuem o **caráter jurídico** aos vários atos e lhe condicionam diversa eficácia. Onde, porém, na observância das próprias formas, estão os órgãos estatais necessariamente vinculados, por êles e através dêles, fica vinculado o próprio Estado. Assim é que a atribuição específica do órgão legislativo, quando, para se fazer valer, necessita da intervenção de outros órgãos do próprio Estado, não será considerado e aplicado o ato que a consubstanciou se não se revestir

50. Id. ib.

êle da forma própria da lei. De igual modo, os atos da autoridade administrativa ou judiciária, que requeiram a intervenção de outros órgãos do Estado para a sua realização, devem atender aos requisitos formais impostos pelo Direito.

O juiz não reconhecerá eficácia a um ato do Governo que não revista a forma de decreto quando fôr estabelecida esta forma. E a autoridade administrativa não está obrigada a obedecer à decisão de um magistrado que não se manifeste em forma de sentença.

Pode-se afirmar que a forma serve para qualificar as várias manifestações da atividade do Estado quanto à eficácia. De modo que **todo ato tem somente o grau de eficácia própria da forma que reveste**. Reciprocamente, tal eficácia pode ser reconhecida por um ato enquanto provida dos requisitos formais que a condicionam.⁵¹

Graças somente ao postulado da separação dos poderes é que foi possível conceber pudesse o Estado, embora com certa atenuação, ser subordinado ao direito por êle mesmo criado. É isto lógica consequência do fato de que o único e indeferenciável sujeito, que é o Estado, pode apresentar-se em três distintos momentos: quando dita a norma, quando provê as necessidades coletivas e quando aplica aquelas normas aos casos concretos para dirimir controvérsias.

As normas do Estado impostas no momento da sua função legislativa limitam-no, com efeito, somente, porém, na atividade que êle desempenha no diverso e distinto momento da função administrativa ou da função judiciária. Esta limitação, todavia, não operaria efeitos se o Estado pudesse criar, modificar ou ab-rogar normas jurídicas indeferenciadamente, através da competência de todos os órgãos legislativos, administrativos e judiciários.⁵²

51. D'ALESSIO, Francesco — *Op. cit.*, p. 11.

52. D'ALESSIO, Francesco — *Op. cit.*, p. 12.