

Município e municipalização

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

No presente número serão apresentados os capítulos de I a IV, devendo os restantes ser publicados no número da Revista do Serviço Público referente ao 4º trimestre de 1964. — (NOTA DA REDAÇÃO).

* * *

Este importante estudo do Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Município e Municipalização* — constituiu-se de vários capítulos com a matéria assim distribuída:

I — Município e Descentralização. II — A Ação do Estado e Administração. III — Centralização ou Descentralização? IV — Autonomia e Tutela Administrativa. V — Fundamento Econômico dos Serviços de Interesse Público. VI — O Interesse do Serviço Público. VII — Estatização ou Municipalização? VIII — Ação do Poder Municipal. IX — Municipalização do Serviço de Interesse Público. X — Extensão do Direito Administrativo e "Municipalização".

I

MUNICÍPIO E DESCENTRALIZAÇÃO

NÃO será nunca lugar comum afirmar: o *município* é conceito histórico. Mesmo no regime político de Constituições *rígidas*, o município se apresenta como célula de profunda autenticidade humana e social. Como instituição *romana* cresceu integrando a unidade do *Estado*. No Brasil, sofrendo subordinação econômica, somente poucas *comunas* floresceram e ganharam verdadeira *autonomia*. Não basta eleger governos municipais. Serão precisos recursos financeiros e planos para que os serviços públicos essenciais possam ser atendidos ou realizados.

Por isso, a idéia da *municipalização*, que é política, orgânica e constitucional, nunca encontrou os resultados práticos procurados. Há, entre nós, por deficiência de formação econômica, predominância da União Federal e dos Estados federados. A complexidade de *administração* trouxe quatro tipos de subordinação:

- a) de número eleitoral;
- b) de influência partidária;
- c) de mecânica administrativa;
- d) de inferioridade hierárquica na ordem pública.

Alguns males nossos, nascem precisamente disto: de incapacidade no uso da autonomia municipal.

No Império os municípios eram impossíveis de serem bem governados. Dois fatores atuaram: a extensão territorial e a distância dos centros de orientação administrativa. Na República, outros dois fatores retardaram o desenvolvimento municipal: o caciquismo das chefias políticas e a carência de meios próprios de sobrevivência normal. O critério *federalista* da Constituição de 1891 de nada adiantou. Nas demais *Cartas* o interesse na concessão da autonomia não passou de processo teórico sem a menor vinculação com as realidades locais.

— Sômente agora, muito recentemente, surgiu nova mentalidade na compreensão e trato dos problemas municipais. Inúmeros trabalhos surgem e surgiram demonstrando profunda preocupação de estudo. A "*Escola Brasileira de Administração Pública*" foi o marco. As teses sobre *administração* buscaram discussão científica. Alguns trabalhos interessantes foram publicados. Seus autores: Benedito Silva, Lordello de Mello, Affonso Almira, Francisco Burkinski, Orlando M. Carvalho, Gustavo Lessa, Arruda Viana, Rafael Xavier, Rômulo Almeida, M. A. Teixeira de Freitas, Francisco Brochado da Rocha. O Ministro Vitor Nunes Leal, na "*Revista Brasileira dos Municípios*", divulgou dois trabalhos técnicos de alta importância: "*Restrições à Autonomia Municipal*" (nº XIV, 1951) e "*Leis Municipais*" (nº IX, 1950). O grande interesse pela busca de subsídios estrangeiros; ampliaram o estudo do Direito Administrativo. Alguns nomes ficaram presentes em nossa bibliografia: Pedro Muñoz Amato, Hohn C. Bollens, Austin F. MacDonald, Thomas Harrison Reed, Guido Zanobini, Leonard D. White, Natalio Muratti, Clodomiro Zavalia, Pendleton E. Herring. Releva notar que na Argentina de há muito existe a cátedra de "*derecho federal y municipal*". O município ainda não está na história administrativa do Brasil. Quando lembrado se tornam marcantes os episódios de lutas políticas intestinas. Desaparece pela síntese dos acontecimentos nacionais (Ver MAX FLEISS — *História Administrativa do Brasil* — Rio, 1923). O D.A.S.P. lançou alentada obra com o mesmo título *História Administrativa do Brasil*. Nela o município entrou como *fator geográfico*. Como fator de *divisão* administrativa. Seus autores merecem nosso respeito. E' preciso citá-los: Hélio de Alcântara Avellar, Alfredo D'Escagnolle Taunay, Vicente Tapajós, João Alfredo Libânio Guedes e Joaquim Ribeiro.

Uma verdade se diga: o municipalismo *peninsular* ainda está presente no municipalismo *brasileiro*. Não evoluímos quase depois da herança recebida. O transplantio da *instituição* não alcançou a

formação da *urbs* ou da *civitas* americanas. Não bastava aplicar regime municipal importado. A nação, procurando seus caminhos, políticos, condicionada pelas mais variadas diversidades geográficas, abandonou o município pela *Côrte* e depois pela *Metrópole*. Vivemos séculos procurando concordar com o gênio da organização latina. Nada mais que isto.

Mas estávamos na América cujas guerras de conquista passavam sobre as fronteiras geográficas. A unidade política não podia condizer com a unidade administrativa. Os aglomerados humanos esparsos não possuíam sentido das coisas públicas. As determinações vinham do alto. Os dispositivos aplicados eram os contidos nas Ordenações. As diferenciações específicas faziam do sul uma civilização. Do centro e norte outra civilização. Comparando o século XVII aceitava a existência de *municipalidades*. Não, como hoje se quer, cidades livres.

Nunca houve identidade entre a administração local e o poder central. Faltou-nos sempre fundamentos econômicos de caráter municipal. A absorção do município extinguiu-o como energia em suas fontes históricas originárias. Absorção que chegava de dois pontos: a *Côrte* e a *Província*. O florescimento de determinados núcleos não justificava a atrofia da maioria das comunas brasileiras. A paisagem ainda não mudou para quem conhece a vastidão do interior brasileiro. Com jurisdição local apenas, o município evoluiu sem condições econômicas de evolução.

— J. Guilherme de Aragão observa três fases na evolução politico-administrativa do município brasileiro: a do predomínio da função judicial, na Colônia; a de separação entre a administração local e o poder central; a de absorção do município pelo poder central (Ver *Administração e Cultura* — Rio, 1951 — p. 191). Ver também FRANCISCO MACHADO VILA — *O Município no Regime Constitucional Vigente* — Rio, 1952. Não aceitamos Capistrano de Abreu quando afirma que "as primeiras lutas entre brasileiros e portugueses tiveram um caráter municipal pronunciado". (Ver o *Descobrimento do Brasil* — Rio, 1929 — p. 135). Não havia, para tanto, coincidência municipalista. A unidade de pensamento político não estava no interior. Estava no centro. Atuaram, tão-somente, valores emocionais latentes. A desordem municipal se fundava na ordem escravocrata. Há livros que podem ser consultados: CAIO PRADO JÚNIOR — *Evolução Política do Brasil* — S. Paulo, 1952; HÉLIO VIANNA — *História das Fronteiras do Brasil* — Rio, 1948; PEDRO CALMON — *História Social do Brasil* — S. Paulo, 1937; J. C. de MACEDO SOARES — *As Fronteiras do Brasil no Regime Colonial* — Rio, 1939. A evolução política não acompanhava o crescimento nacional. Havia indeterminações nas demarcações fronteiriças. Desde o tempo das "Capitanias" como escreve CLÓVIS BEVILAQUA: "... porque o país não estava suficientemente explorado, para o levantamento da linha geodésica norte-sul e, em parte, porque essa indeterminação, convinha à política dos povos interessados" (Ver *As Capitanias Hereditárias Perante o Tratado de Tordesilhas* — Apud *História Administrativa do Brasil* — vol. I). Para os bandeirantes não houve princípio de fronteira e nem de jurisdição municipal. O município só existia como divisão administrativa teórica e sem características jurídicas ou naturais.

A realidade municipal sòmente agora está viva. Dependendo do que se ofereça ao *município* no sentido do fortalecimento das bases nacionais. A história explica e justifica. Não resolve, porém, os peculiares interesses municipais. A sedimentação vem sendo lenta, mas constante. Não basta *descentralizar*. As instituições locais quando não progridem amarram o progresso do *todo nacional*. Vale a expressão: a *comuna é o Estado em miniatura*. Desde 1891 que estamos no mesmo lugar: procurando respeitar tudo quanto respeite o interesse municipal.

Hoje acreditamos em amadurecimento político dos municípios. Não de todos, está claro. Mas de imensa maioria deles não obstante estejam divorciados ainda do *poder central*. Assegurar, pela Constituição, a autonomia municipal não é dar solução aos problemas municipais. Os termos amplos das *Constituições* não transformaram a fisionomia da infra-estrutura municipal. A autonomia está apenas na aparência jurídico-constitucional. Todos os poderes virgens surgem de fora para dentro das comunas. O que vemos ainda? Autonomia contra autocracia.

O contróle de força política realiza contróle de força administrativa. De onde vem êsse contróle? Da União Federal e dos Estados federais. No entanto, o município se constitui de três elementos que são incontestes: o seu *território*, a sua população e o seu *patrimônio*. A ingerência despótica dos governos estaduais nos assuntos municipais, possui uma razão de ser: está na pobreza das iniciativas de riqueza local. Praticamente não há para os municípios: nem domínio, nem gerência e nem administração do patrimônio municipal.

— Assim já dizia ARAÚJO CASTRO, repetindo Adams e Cunningham: "A comuna é, pois, o Estado em miniatura ou, por outros termos, uma das células de que se compõe o organismo social" (Ver *A nova Constituição Brasileira* — Rio, 1936 — p. 114). Sempre a mesma preocupação de proteger o município sem nunca protegê-lo. O art. 68 da Constituição de 1891 dizia: "Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite o seu peculiar interesse". A Constituição de 1934, também no seu art. 13: "Os municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse". O art. 26 da Constituição de 1937 também repetiu: "Os municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse". Foram os mesmos os termos da Constituição de 1946. Veja-se um velho valioso livro: *Aarão Reis — Direito Administrativo Brasileiro* — Rio, 1923. Alcides Cruz, antigo tratadista ilustre, vai mais longe para afirmar: "Não há no direito público pátrio um conceito que defina o que seja o município" (Ver *Direito Administrativo Brasileiro* — Rio, 1914 — p. 124). Tamanha era a confusão que escrevia o professor gaúcho: "Sem aplaudir a despótica ingerência dos governos estaduais nos assuntos do município até o ponto de lhes invalidar a plena autonomia, também não é

possível conceder a êle um alargamento tão exagerado que vá ao ponto de elevar o município à altura do Estado, nas suas prerrogativas autonômicas" (ob. cit. p. 127). Não se trata disso. Trata-se de dar aos municípios capacidade para ficar com aquêles serviços que lhes são próprios. Do contrário a célula não sobreviverá. Sômente agora estamos começando a fazer aprendizagem da vida municipal. Trata-se de limitar compreendendo o caráter, a extensão e a natureza dos problemas municipais. "No terreno da doutrina universal os problemas próprios da administração municipal aparecem perfeitamente caracterizados" (Ver Clodomiro Zavalia — ob. cit., p. 37).

Distribuir funções não é dividir soberania. O problema de *governo* está na divisão científica do trabalho administrativo. Há conceitos que se harmonizam como expressão de procedimento social. São conceitos que formam o conjunto das atividades do Estado brasileiro: *descentralização, autonomia, autarquia e federalismo*, sem quebra na hierarquia política da ordem pública. O fenômeno necessário da descentralização não contrasta e nem se choca com princípios da soberania. Pelo contrário: se harmonizam pela mecânica administrativa.

As *federações* não aceitam duas violências: a violência da concentração absoluta do poder político e a violência da centralização total dos negócios administrativos. Em tese: o Direito Administrativo não pode ser apenas considerado como produto de *legislação*. Deve também ser considerado como *ciência*. Daí, as implicações que resultam da incompreensão dos *atos* administrativos, que são *atos* de governo e de Estado, principalmente *atos* de sistema político e social. Não pode haver Estado sem administração pública, como é óbvio.

A descentralização não fica tão-sômente nos limites eleitorais. Abrange áreas mais largas como fenômeno de desenvolvimento particular e local. Ela é política e pode ser administrativa, ao mesmo tempo. Para ser *administrativa* precisa apenas distinguir duas realidades: a realidade territorial e a realidade institucional. O Direito de administrar-se a si mesmo compreende complexidades variadas de atuação constitucional na forma de como está o Estado organizado. As relações de vínculo jurídico permanecem: relações de coordenação e de subordinação.

— Aconselhamos: H. BERTHÉLEMY — *Tratê Elementaire de Droit Administratif* — Paris, 1933; RODOLFO BULLRICH — *Principios Generales de Derecho Administrativo* — B. Aires, 1942; F. J. GOODNOW — *Politics and Administration* — N. York, 1914; W. B. MUNRO — *The Government of American Cities* — New York, 1920. "Pode o Direito Administrativo ser considerado não só como legislação, mas também como ciência, embora seja inegável que tais aspectos mantinham certa conexão entre si e até possam confundir" (Ver JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR — *Da Codificação do Direito Administrativo* — S. Paulo,

1951 — p. 21). Também: GASCÓN Y MARIN — *Tratado de Derecho Administrativo* — Madrid, 1950 — Vol. I — p. 13. Digamos mais: Direito Administrativo é técnica, ciência e processo. Nas *federações* cumpre salientar os três *podêres*, o federal, o estadual e o municipal. A descentralização se resume em ser: territorial e funcional. "Descentralização *autárquica* como chamam os italianos, ou descentralização *por serviço*, como chamam os franceses, ela é, sem dúvida, o aspecto mais ressaltante das novas organizações administrativas. Pode-se dizer que ~~esta~~ descentralização caracteriza a estrutura do Estado moderno" (Ver OLIVEIRA VIANNA — *Problemas de Direito Corporativo* — Rio, 1938 — p. 48). Ainda é assim. Adolfo Posada foi precursor. Consulte-se: *El Régimen Municipal de La Ciudad Moderna* — Madrid, 1916. Também nosso CASTRO NUNES: *Do Estado Federado e sua Organização Municipal* — Rio, 1920. O problema municipal tem caráter político e social. Não é só departamental e administrativo. Ninguém nega: o município possui funções específicas próprias. Ver: FREDERICO HERMANN JÚNIOR — *Funções Específicas dos Municípios* — São Paulo, 1945. A descentralização não é só aquela *delegada*, como quer Luís Delgado (Ver *Autarquias, Função Social e Aspectos Jurídicos* — Recife, 1940). Além de jurídica é natural, política e geográfica.

Centralização ou descentralização são fenômenos que devem ser pesquisados em termos de investigação jurídica. Pensar naqueles soberanos que faziam governo centralizando no poder pessoal os interesses públicos, será o mesmo que agora não acreditar na estrutura orgânica do corpo social em funcionamento. A natureza do corpo social é tão viva quanto a natureza do corpo humano. Não se trata de deixar livres as entidades locais. Trata-se de permitir que vivam naturalmente com base nos recursos nativos. A descentralização existe — é um fato natural.

Aceita a *descentralização*, quer política, quer social, quer administrativa, quer comunal, a *municipalização* surge como imposição de realidade ineludível. Para equilíbrio do *conjunto* será preciso que as *partes* funcionem harmoniosamente. Ninguém poderá evitar a *pluralização* da autoridade e dos serviços públicos. Quando se fala em descentralização governamental ou administrativa, política ou territorial, é porque estamos diante de um quadro que põe a mostra sistema sensível de conjugação de forças sociais. O *município* é uma dessas forças.

Jamais será possível que *um órgão único* exercite todas as atividades estatais. Principalmente nas *federações* e nos Estados compostos. Atualmente até nos regimes políticos *unitários* a descentralização sobrepõe-se à centralização. Encarada a questão pelo aspecto prático observamos que somente *descentralizando* poderá o Estado abarcar com a responsabilidade de todas as funções jurídicas de governo politicamente organizado: as executivas, as legislativas, as judiciais, as administrativas, as jurisdicionais e as territoriais.

— ENRIQUE SAYAQUES LASO expõe com acuidade os conceitos comparativos de centralização e descentralização (Ver *Tratado de Derecho Administrativo* — Montevideo, 1953 — p. 204). "Descentralizar é pluralizar a autoridade" (Ver CIRNE LIMA — *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* — Porto Alegre, 1939 — p. 137). "O Estado não é uma ficção (Ver PRATES DA FONSECA — *Direito Administrativo* — S. Paulo, 1939 — p. 206). O município também não o é. "O Estado é um organismo, e não uma simples organização" (TITO PRATES — *ob. cit.* — p. 217). A descentralização se processa por três modos: a territorial, por serviço ou burocrática e a institucional. "A descentralização territorial desloca o eixo da administração segundo um critério local, regional, geográfico. O território divide-se, então, em circunscrições, que servem de base a unidades administrativas, autônomas, capazes de reger os interesses próprios da população fixada nessa parcela territorial. No Brasil, a descentralização territorial se realiza por Estados, Distrito Federal, territórios e municípios". (Ver TITO PRATES DA FONSECA — *Lições de Direito Administrativo* — S. Paulo, 1943 — p. 85). Há que pensar no princípio da relatividade humana, política e social (Ver JACQUES HODIN — *Relativité Humaine, Politique et Sociale* — Monaco — Regain — 1963). O problema é de conhecimento das realidades políticas naturais. Também em economia a posição científica é a mesma: geografia econômica e economia geográfica se harmonizam. O "espaço" torna-se político, social e também econômico. Ver, para consulta: RENÉ COURTIN e PIERRE MAILLET — *Économie Géographique* — Paris, 1963. "Não esquecendo, sobretudo, que o direito como a política, é corpo-realidade — é ordenação normativa de valores estáveis e permanentes" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Direito, Administração, Estado* — Curitiba, 1953). O ambiente físico cria condições econômicas e políticas, divide no sentido geográfico e administrativo. O meio social e o meio físico são forças catalizadoras com influência sobre o Estado e os municípios. Dois ambientes são distintos para o homem: o meio físico e o meio social (Ver: JOSÉ NICOLAU DOS SANTOS — *Instituições de Direito Público e Teoria Geral do Estado* — Curitiba, 1950). Veja-se, para debate, CARLOS OLLERO — *Introducción al Derecho Político* — Barcelona, 1948. Será de dizer: "a autonomia administrativa é uma das várias modalidades possíveis de descentralização dos poderes públicos" (Ver O. GEORG FISCHBACH — *Derecho Político General y Constitucional Comparado* — Barcelona, 1928). Certo. Alguns autores falam em sistema regionalista.

Portanto: a descentralização se complementa pela municipalização. São como fenômenos realidades afins na organização dos Estados modernos. Os regimes centralistas estão mortos para a prática do Direito Administrativo. O próprio Direito Constitucional de pós-guerra procurou não fugir mais às verdades histórica, política e social. As Constituições novas que surgiram mantiveram a clássica distinção entre os conceitos dogmáticos e orgânicos. No sentido de organicidade os critérios restritivos foram substituídos pelos critérios autônômicos.

As freqüentes comoções políticas, havidas sob formas diferentes em regiões distantes do mundo, apontaram a inteligência da aceitação da indivisibilidade pela autonomia. Os focos de agitação e desgoverno ganham gravidade quando se restringem as autonomias locais. Na organização do sistema do governo está o equilíbrio harmônico e de funcionamento das comunidades humanas. Vejam que a competência municipal é bastante extensa

nos seus fins peculiares. *Autonomia administrativa* tornou-se expressão consagrada e não discutida por tôdas as formações políticas.

As *Constituições* como obra do indivíduo obedecem certos preceitos determinados por certas situações sociais e políticas. A extensão dos poderes de governo obriga à *racionalização*. A idéia *autonômica*, em princípio bastante confusa, teve origem no conceito de liberdade municipal. As raízes históricas e genuínas do regime local não estão propriamente na história, mas na geografia física de uma nação. Os conglomerados regionais ou local com vida fazem administração natural pelo processo de execução daqueles serviços públicos que lhes são essenciais.

II

A AÇÃO DO ESTADO E ADMINISTRAÇÃO

O conceito jurídico da atividade administrativa não se prende e nem se subordina mais às chamadas doutrinas relativas aos fins e objetivos do Estado. Próximos ao desfecho da tão falada crise do início deste século vinte, a visão positiva e científica dos problemas jurídicos sugere conhecimento de conjunto dos fenômenos da vida política.

Entre o exagerado dogmatismo dos que confundiam o poder estatal com certas imposições da realidade social e impunham o *direito* como norma de interconvivência política — verdadeira abstração metafísica da sociedade, há posição intermediária muito mais justa porque não confunde o direito com a norma, e se afirma na noção do Estado como valor de cultura, investigando os fenômenos científicos do direito em sua concepção cultural.

O Estado vive das realidades intrínsecas. Não existe como consequência de *fato*, quando pode ser considerado *fato*. Há elementos próprios que contribuem para sua formação como força orgânica, política, jurídica e social.

Temos de acreditá-lo como ser vivente. Pressupondo a aceitação de estrutura toda peculiar. Pois o que preocupa nêle é o estudo interpretativo da sua organização: a administração pública como forma da sua atividade e capacidade de percepção dos fenômenos da vida política.

Pouco ligamos que a composição dos órgãos do Estado, as suas atribuições, as suas funções, o seu sistema jurídico, tenham que variar de acôrdo com as peculiaridades de sua estrutura. Na diversificação está a verdade institucional.

— Com a profunda renovação processada nos quadros filosófico-científicos, caracterizou-se tendência para estabelecer uma concepção sistemática do mundo nas ciências da natureza. Considerou-se haver uma hierarquia de valores absolutos e relativos. "O conceito de direito é um conceito cultural, isto é, o de uma realidade referida a valores, ou, ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores. Direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da *idéia* de direito. O conceito de direito acha-se assim dependente da *idéia* de direito" (GUSTAV RADBRUCH — *Filosofia do Direito* — trad. de Cabral de Moncada — São Paulo, 1934 — p. 46). Ver GEORGIO DEL VECCHIO — *Filosofia del Diritto* — ed. de 1930. Direito é sentimento. Da mesma forma o poder, ou o Estado, que faz dêle realidade concreta. Abandonou-se a noção apriorística das doutrinas metafísicas. Há que abranger a totalidade dos fatores que tomam essa *idéia* em sentimento. Dentro da sua personalização (no sentido com que emprega a palavra MEDINA ECHEVARRIA — *La Situacion Presente de la Filosofia Juridica* — ed. da Revista do Ocidente) estará o grau da responsabilidade. A personalização que não é mais que a identificação da pessoa com as suas atitudes de vida. Ver mais GEORGES GURVITCH — *Le Temps Présent et L'idée du Droit Social* — ed. 1932. Ver PONTES DE MIRANDA — *Sistema de Ciência Positiva do Direito* — vol. 2. Apenas a teoria do Estado se aproxima da filosofia existencial da história. Morfológicamente, portanto, há o Estado. Consultar TEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* — 1º vol. — ed. de 1938. Sem negar que a sua atividade pressuponha certas contingências de ordem política. Sem negar que o agrupamento de homens, de indivíduos, seja uma imposição de sua própria natureza, e também das contingências físicas e morais que levam todos os elementos afins a se unirem. Ver os subsídios trazidos por LEON DUGUIT — *Les Transformations du Droit Public* — ed. Amand Colin — Paris, 1915.

Nada mais claro: as múltiplas direções do pensamento político, que se observam nas sucessivas décadas da evolução histórica da espécie humana, não só abrangem o indivíduo isolado, suas condições fundamentais de existência — mas o Estado que o representa coletivamente ou agrupado.

Bastante achegados ainda da tradição política contemporânea, não será difícil distinguir a olhos nus, que o fundo de quase todas as especulações filosófico-jurídica, e que vieram para consolidar a filosofia do direito em nosso tempo, há a preocupação exclusiva da terminologia: Estado obreiro, social, do trabalho, democrático, autoritário, nacional, soviético.

Pois bem: ao lado dessas doutrinas simplistas, cujo imediatismo desmerece a determinação histórica do Estado, desenvolve-se outra corrente de pensamento, tendente a aceitar a realidade do *fato*, o direito como fato social, o Estado como fato jurídico e social.

Ora, se se considerar o direito como a estrutura orgânica do *fato*, o Estado será no caso a superestrutura, como o indivíduo a infra-estrutura: mesmo considerando o Estado como organizado da sociedade civil, ou confundindo o Estado com a sociedade civil.

— Consultar ALOIS DEMPFF — *Filosofia de la Cultura* — trad. de Pérez Bances — Madrid, 1933 — págs. 113 a 164. Em parte: só a vontade do Estado pode criar o direito. Porque nem todo direito é produto da vontade espontânea do Estado: aqui apenas fica o elemento revelador. Antes do Estado, há o fato, o acontecimento. Sem dúvida que o próprio Estado é o fato. Do contrário não prevaleceria mas determinantes da vida em comum. O direito não possuiria valor como resultado absoluto do indivíduo ou do Estado. Pensa o socialismo e Karl Marx (Ver PAUL LOUIS — *Les Idées Essentielles du Socialisme* — ed. Reviè — Paris, 1931). O seu maior valor está no sentido de relação. A ordem jurídica não passa de repercussão legal de fatos vitais em sequência. A sociedade em si é o fato permanente. O direito relação de ordem na manifestação da variedade atividade humana. ARTURO LABRIOLA — *Essais Sur la Conception Matérialiste de l'Histoire* — trad. de A. Bonnet — ed. Girard, Paris, 1928. No entanto, a idéia de direito não pode ser diferente da idéia de justiça. (RADBRUCH — *ob. cit.* — p. 46). Surge o imperativo do sentimento. Há o condicionamento a uma realidade que é a razão da existência coletiva: a justiça pela equidade. Ou a equidade como forma da justiça, na expressão de Aristóteles, e admitida por Radbruch. Vemos que é a concepção de Estado que sempre se concilia com as imposições da autoridade e da liberdade. (MIGUEL REALE — *Teoria do Direito e do Estado* — ed. Liv. Martins — S. Paulo, 1940 — p. 326). Como pessoa jurídica destinada a realizar o bem-comum, ou seja, "a realizar o conjunto das condições sociais de uma vida plenamente humana", não poderá deixar de observar em cada indivíduo, uma pessoa jurídica dotada de liberdade.

O panorama que o mundo moderno oferece é de tal forma contraditório que todas as soluções novas trazem o sabor da palavra salvadora. À vista da gravidade da situação internacional, da confusão dos valores de vida — todos compreendemos a necessidade da regulamentação da liberdade de comércio e das conhecidas liberdades públicas.

Vamos encontrar o Estado pela sua administração (uma das formas da atividade do Estado), no exercício pleno do poder de política. Buscando competência não só para regular o comércio interno, mas também para impedir as oscilações fatais do mercado. Exercendo assim a sua função de maior responsabilidade administrativa.

O velho jurista pretenderia evidenciar esse fenômenos do Estado pelas suas manifestações jurídico-normativas. Hoje, definiremos seu limite pelo grau de força e pela capacidade em estender a sua iniciativa até os pontos mais distantes do *bem público*.

Considerando os elementos por que se caracteriza o fenômeno, o Estado não será nunca sistema geral de leis ou normas para tornar em realidade cultural, imanente das condições determinantes da própria natureza social do homem.

— Liberdade e soberania se conjugam. Realmente são dois momentos do direito, sem cuja apreciação funcional não nos seria dado penetrar na essência de todo e qualquer processo jurídico (Miguel Reale — *ob. cit.*, p. 327). Há que compreender a importância do homem e a importância

social do homem: o homem isolado e o homem aguçado. Desde que o Estado seja considerado unidade de ordem, o seu conceito não pode fugir à concepção que o explica e justifica como de longa elaboração cultural. Eis a conclusão que só impõe sem restrições de ordem científica: "a personalidade jurídica do Estado e a sua soberania são aspectos de uma mesma realidade; soberania é o direito da pessoa do Estado, Estado é pessoa dotada de soberania" (Reale — ob. cit. — p. 319). A soberania dá forma de pessoa jurídica ao Estado. Considera-se a afirmação do *eu* do Estado, na análise de Orlando (Ver *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano — Con la collaborazione di altri giureconsulti italiani* — Introd. — p. 17). Nesse plano exerce a administração aquêle seu objetivo funcional, quando cria, reconhece, extingue ou modifica situações jurídicas. Daí Leon Duguit conceituar o ato administrativo, como condição de uma situação jurídica (ver *Droit Constitutionnel* — 2º vol. — Bocard — 4ª ed. — Paris, 1923).

Aceitando a permanência ativa da liberdade ao lado do poder de soberania, reconhecemos que gradativamente se vai acentuando a noção jurídica da responsabilidade social.

Como nas primeiras organizações humanas de que temos notícia, os direitos e as obrigações seguem uma fórmula coletiva. O conceito de sociedade não foge do sentido genérico: mesmo para aquêles que forcem a crença na existência de uma sociedade natural, consolidada nos elementos biológicos da família organizada.

Quanto ao indivíduo, é simples importante contribuição de unidade para a ordem social. Se o direito — vamos acreditar — é ordem de relações sociais, o valor *pessoa humana* se afirma no limite daqueles outros valores, que surgem quase espontaneamente da vida em comum.

Trata-se, portanto, sem tergiversações, de penetrar o justo sentido valorativo da lei e a verdadeira função de governo: enquanto as leis forem feitas para o homem e a função de governo continuar a ser uma função de Estado.

Aqui, sem dúvida, reside o mérito das modernas elaborações constitucionais: a iniciativa individual, compreendida no valor de criação, de organização e de invenção do indivíduo; a intervenção do Estado no domínio econômico para naturalmente suprir as deficiências da iniciativa individual.

A lei não será mais que o ato político emanado do poder de Estado, com o caráter de norma geral, abstrata mas coercitiva, tendo como objetivo fundamental o ordenamento da vida em comum. Não cria direitos para o indivíduo quando êsses direitos não correspondem a obrigações.

— Tôda a conhecida filosofia dos valores, que possui Gustav Radbruch como orientador mais perspicaz, procura sentido buscando precisamente a

conveniência científica de distinguir *ser* e *dever ser*, *natureza* e *cultura*. O institucionalismo, à maneira de Leon Duguit, não obstante às grandes amarras que o ligam ao neokantismo dos Cohen e Natorp, também procura, da investigação da origem dos fatos sociais, imprimir cunho de certa positividade às criações de lei. A diferença reside no interesse de Duguit se firmar na idéia de grupo, ao passo que Radbruch, mais integralizador, acredita na significação da realidade do pensamento. Doutrinação que o direito constitui um dos grandes capítulos da ciência da cultura, aconselha o seu estudo do ponto-de-vista dos valores a que se acha ligado em face do mundo do *dever ser*. Trata-se do conhecimento jurídico de uma relação entre coisas e não do conhecimento das coisas em sua limitação natural. Veja-se Radbruch — ob. cit. — São Paulo, 1934. Duguit — ob. cit. — Bocard — Paris, 1923. Miguel Reale — ob. cit. — São Paulo, 1940. Na filosofia, o enigmático transcendentalismo de Windelband e Rickert, sugerindo uma interpretação para o sentido da vida, abre caminhos novos ao jurista que das intuições anseia tirar conceitos. Penso residir aqui a razão porque nem Marx nem Engels se haja interessado pelo problema do direito. Afirma o próprio Anatol Rapport que "há pouco é que se despertou entre os marxistas o interesse por questões de filosofia do direito" (*Die Marxistische Rechtsaufassung* — Riga, 1927). O direito não seria mais, como o Estado, que consequência natural da força política. Ora, continuamos frente ao mesmo problema — frente a fenômenos que ainda buscam sua conceituação ideológica. Já afirmávamos: não há limite para o poder de Estado em face dos grandes interesses coletivos. Estado e direito confundem-se. Precisamente, na ligação da política ao fenômeno da economia, vamos encontrar o aspecto característico da morfologia social dos tempos modernos (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Os Serviços de Utilidade Pública* — Curitiba, 1940). Os adeptos do marxismo, em absoluto, na sua inconveniente fidelidade ao grande mestre, denegaram importância ao conhecimento de relação entre as coisas, para ficarem no simples conhecimento das coisas em si. Reale escreve com acerto: direito é, essencialmente, ordem das relações sociais segundo um sistema de valores reconhecido como superior aos indivíduos e aos grupos (ob. cit. — p. 9). A Constituição Brasileira não desvirtua este grande sentido de finalidade: patrocina a iniciativa individual e favorece a intervenção do Estado no domínio econômico. Também outras leis constitucionais (Ver MIRKINE GUETZEVITCH — *Las Nuevas Constituciones del Mundo* — 2ª ed. Esp. — Madrid, 1940). A preocupação apriorística do indivíduo ou do grupo levou o doutrinador político a exaustos que chegam agora ao seu terrível extremo. Há sempre erro em se forçar o deslocamento de fenômeno jurídico de filosofia para a história.

Fixada a necessidade da aceitação de certa e determinada ordem jurídica, para ser possível a vida em sociedade, ficam estabelecidas restrições cuja natureza é da essência do próprio direito.

A ninguém é possível agir como melhor lhe aprouver. A conduta individual é disciplinada com relação aos direitos de tercei-

ros, condicionada aos interesses alheios, visando a proteção dos direitos de cada um.

Aqui encontra razão científica o conceito da responsabilidade. Da responsabilidade em sua interpretação clássica e com fundamento na culpa: da responsabilidade extracontratual e que extravasa às disposições da lei civil.

Responsável é o indivíduo, quando da prática de ato considerado ilícito. Passível é de culpa, quando viola o direito de outrem. Ou quando o seu ato produz danos a terceiros. Ou mesmo quando exige reconhecimento de direitos, que se lhe devem ser atribuídos por força da lei.

A responsabilidade se afirma no limite da competência de cada qual, em exercitar os atos necessários à manutenção e respeito dos direitos que lhe são próprios. Tanto da parte do indivíduo como da parte do Estado. Tanto da parte do indivíduo isolado como da parte do indivíduo agrupado.

Tôda e qualquer responsabilidade decorre dos princípios que positivam a função exercida pelo particular ou pelo Estado. Esse, o Estado — à altura do sentido genérico que a palavra possa inspirar — naturalmente também possui o seu limite de responsabilidade. No que concerne às suas atribuições vitais — não funções — responde pelos seus atos, tanto quanto o indivíduo ou o particular que os pratique em detrimento do interesse de terceiros.

O Estado que possui como objetivo o *serviço público*, o serviço público em qualquer das suas modalidades — a satisfação das necessidades coletivas, como se diz — na impossibilidade de tudo prever, na impossibilidade de transformar em lei escrita os casos concretos — cria exigências que se lhe atribuem como direitos, e reclama para si próprio o sistema de uma organização especial, que possa corresponder à unidade natural dos seus propósitos políticos.

—A ordem jurídica impõe aos homens para ser possível a vida social, um certo número de restrições às suas atividades. A ninguém é lícito agir como lhe aprouver, tendo em vista exclusivamente os seus interesses pessoais. A conduta do homem é, conseqüentemente, disciplinada e restringida, atendendo aos interesses alheios, na justa proteção dos direitos de cada um. Sendo, porém, inevitável o entrelaque de direitos e interesses, em virtude da multiplicidade cada vez mais crescente das atividades humanas, a lei, na sua missão protetora dos direitos, desdobra-se em medidas reguladoras e acauteladoras desse embate inevitável (ALVINO LIMA — *Da Culpa ao Risco* — S. Paulo, 1938 — p. 34). Outro não foi o pensamento que inspirou nosso legislador. O art. 159 do Código Civil é bastante claro: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito, ou causar

prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Da mesma forma o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem, permitia ao Estado intervir até na propriedade privada — violando, portanto, um direito consagrado — mas sob pena de justa e prévia remuneração. Mais tarde, o Código Napoleônico afirmava: "Qualquer fato do homem causando prejuízo a outrem, obriga aquele, por cuja culpa adveio, à reparação". O Estado encarado civilmente, não foge ao imperativo dessa disposição, porque o que ela visa é ao dano causado e à sua reparação (Ver MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Autarquias Administrativas* — S. Paulo, 1939 — p. 114). Veja-se JOSEPH RUTSAERT — *La Fondement de la Responsabilité Civile* — Bruxelles — Paris, 1930. MÁRIO COZZI — *La Responsabilità Civile per Danni da Cose* — Padova, 1935. Ver PAUL DUEZ — *La Responsabilité de la Puissance Publique* — Paris, 1927. Consultar em parte, AMARO CAVALCANTI — *Responsabilidade Civil do Estado* — Rio, 1905 — Também HENRI LALOU — *La Responsabilité Civile* — Paris, 1928. Aceitemos que a responsabilidade possa estar nos limites da reparação. Mas aceitamos a responsabilidade mesmo dos atos praticados de livre consciência jurídica e com a intenção de intervir ao patrimônio alheio. Continuamos dentro em o mesmo processo de uso normal de direito. E temos o ato lícito, colidindo com o direito de terceiros, produzindo dano direto ou indireto, e a obrigação conseqüente de indenizar os prejuízos provenientes desse dano direto ou indireto. Aconselhamos para o estudo e discussão do assunto: GEORGES RIPPERT — *Le Régime Democratique et le Droit Civil Moderne* — Paris, 1936.

Ajustando a produção, o comércio e o consumo, os valores de riqueza coletiva, ao bem geral — o que se quer é tutelar o que seja de benefício público ou do público.

Nunca os interesses gerais de uma coletividade encontram apoio no direito — desde que o direito divorciado da política e da economia se restrinja a simples casos de manutenção da sua ordem interna ou externa, nacional ou internacional.

Esqueceu-se o Estado, como representante por excelência dos interesses totais, com a sua função de predomínio e vigilância, com a sua competência para gerir o patrimônio coletivo, e juridicamente bem interpretar sua personalidade na vontade de realizar o que é da aspiração comum.

Desde que o Estado conceitue e defina um objetivo qualquer, destina-se à sua guarda mesmo que lhe seja indispensável conceder um pouco da sua autoridade, delegar bastante da sua soberania, outorgar alguma parte do seu poder tutelar.

— Divergem os métodos e processos de interpretação do fenómeno *Estado*. No entanto, o que se pretende é não confundir objetivos. A finalidade que se quer atingir é a mesma. O Estado seja esta ou aquela a sua configura-

ção, como fato social se evidencia como valor de ordem moral, cujo substrato corresponde a certo ordenamento político-jurídico. Assim é que cabe ao Estado a direção suprema dos negócios públicos (JOSEPH BERTHELEMY — *Traité Elementaire de Droit Administratif* — 1ª ed. — Paris, 1926). Estado, de fato social, transforma-se em governo. Ao poder de governo, ou poder de Estado, compete a caracterização das idéias mestras que impõem destino a uma coletividade, orientar politicamente a nação, nesse ou naquele caminho. Logo, à administração (poder de governo) cabe efetivar em realidade as idéias, convertê-las ao praticismo no funcionamento dos serviços públicos. Há a vontade política antes da ação política. Não mais se exige que a execução da vontade do Estado esteja submetida ao controle de órgãos ou órgão que exprime o que é chamado de *vontade do Estado*. A expressão *vontade do Estado*, e a sua exteriorização, vem condicionada à série de valores que correspondem às necessidades, mediatas ou imediatas, de vida, de subsistência em qualquer dos seus aspectos. Toda responsabilidade — já que não é possível acreditar na administração irreconciliável com o sentido da liberdade humana — está no controle do exercício de poder e na capacidade disciplinar, de direção ou de previsão, que não permite abusos que possam ou venham ferir o equilíbrio da harmonia social. Nem tudo, neste mundo, corresponde aos limites de uma disposição legislativa. O *war power* traça as grandes linhas em que o Estado estabelece o grau da sua capacidade de ação. A natureza de toda e qualquer ação administrativa, ação política, de Estado — é social e não somente jurídica (mesmo para Alcides Cruz — cuja opinião ainda constitui elemento de consulta — Ver *Direito Administrativo Brasileiro* — 3ª ed. — Liv. Franc. Alves — Rio, 1924). Não há a indispensabilidade da limitação pública ou privada para atos da alçada ou competência política do Estado. Do exame da sua competência, dos dados que a própria realidade possa sugerir, e da análise dos direitos que se afirmam lesados, parte a noção que possamos ter da sua responsabilidade e correspondente obrigação de saldar os danos causados. Já que o *seu* direito se apresenta em contraste com o direito particular. Não estamos mais no período da Idade Média, onde mesmo o direito germânico não estabelecia diferença entre as faculdades privadas e públicas — aquela diferença que surge como atributo jurídico inerente à própria pessoa e a caracteriza (Ver FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — Labor — Madrid, 1933 — p. 25). Há apenas a limitação legal.

Importa em compreender a conveniência de se permitir o bem estar do maior número de cidadãos.

Dentro dos limites jurídicos ou dos recursos naturais que a lei favorece, a intervenção da autoridade na esfera privada é ato normal que não subentende qualquer violação da ordem estabelecida, nem a suposição de atentados a direitos que são garantidos por imposição expressa de lei escrita.

Sem dúvida que o problema fundamental, surgido da sistematização atual do Direito Administrativo, se circunscreve à discussão dos motivos que permitem a intervenção do Estado em cada uma das esferas da vida jurídica.

Toda importância que assume essa disciplina no mecanismo de governo do Estado encontra raízes na pesquisa dos elementos justificantes que autorizam a penetração no limite do particular, ainda que o objetivo seja de regulamentação, de normalização ou ordenação das atividades estranhas ao interesse público.

Mas o que se pretende como firmado e já discutido, orienta em o sentido de saber o que o Estado possui como direito de realizar, em benefício do bem estar social e humano.

Até ontem, ficávamos na investigação da origem dos elementos que seriam indispensáveis ao Estado, para organizar-se em relação dos seus fins essenciais de vida.

Daí, essa característica tão em foco do Estado moderno (ou atual) — característica que surge como integrativa da própria ordem dos princípios políticos, e que justifica para o Estado a urgência dessa extensão sempre crescente das suas atribuições normais.

— Pelo objetivo do *bem público* permite-se tudo prever. Veja-se, a exemplo, o pensamento de Cöuner: o que preocupa é o poder governativo possuir elementos para evitar males futuros, nem que seja abstraindo-se completamente da sua função jurídica (*Handbuch des Deutschen Gemeinen Prozesses* — II — p. 44 — apud Fleiner — ob. cit. — págs. 27-8). Até onde poderá ir o Estado em benefício do bem estar social humano? Uma pergunta de cujas respostas podemos obter inúmeras contraditoriedades e maior número de oposições às formas definitivas de certos textos legais. Que faz o governo em favor da *salus publica*? Até onde chegue o alcance do *promovendi salutem publicam*? Veja-se outro clássico das investigações jurídico-científicas; PUTER (*Institutiones Juris Publici Germanici* — p. 382 — apud LUDWIG SPIEGEL — *Derecho Administrativo* — Ed. Labor — Trad. de Francisco J. Conde — Barcelona, 1938 — p. 18). Serve-nos a lição da experiência científica de um Roger Bonard: "*une des caractéristiques de l'Etat moderne est l'extension croissante du domaine de ses attributions*" (*Précis de Droit Administratif* — R. Sirey — Paris, 1935 — p. 11). Mais Fleiner: "... esforçaram-se sistematicamente em ampliar a esfera de influência do poder público, aumentando sua potencialidade econômica e fazendo valer a influência do Estado" (ob. cit. — p. 99). O mesmo já tivemos oportunidade para escrever: "No terreno puramente econômico a surpresa atingiu as raízes do formidável. O limite legal de funções não permitia o controle positivo de aproveitamento do patrimônio público. A guerra de 1914 e o transtorno da situação política e econômica forçou o Estado a tomar medidas mais objetivas para o aumento indispensável do círculo das suas funções públicas. Iniciou-se a fase da intervenção normal na vida econômica, a colaboração de outras normas administrativas para outras formas de atividade da administração pública, aumentando, assim, gradativamente, a esfera de influência do poder governativo, no sentido de satisfação das necessidades de equilíbrio político e econômico" (Vide *Serviços de Utilidade Pública* — ob. cit. — p. 53). Para melhor ilustração, veja-se HAROLD J. LASKI — *Communism* — Will & Norgate — Londres, 1927; PAUL APLERT — *L'Economie Organisée* — Gallimard — Paris, 1923; W. F. Wilhoughby e L. Rogeres — *An Introduction to the Problem of Government* — New York, 1924; JOSÉ DE LA VEGA — *Democratie et Sovietisme* — Marcel Girad — Paris, 1931; FRANKLIN DELANO ROOSEVELT — *Looking Forward* — J. Day Comp. — New York, 1933; e HAROLD J. LASKI — *Derecho e Política* — trad. Esp. — Ed. Derecho Privado — Madrid, 1933.

Se a soberania não fôsse condição da existência do Estado, idéia-fôrça que movimenta sua vontade, capacidade de autodeterminação por direito que é exclusivo — poucos elementos restariam ao cientista do direito, para estruturar aqueles princípios

que o tornam público ou privado, externo ou interno, ou, em relação dos seus objetivos, mais conforme a eles quando em ação, quando em atividades, quando dinâmico ou em movimento.

Não há, por assim dizer, o que comumente costumamos chamar de direito novo ou direito velho. Há concepções jurídicas diferentes, algumas vezes produtos de movimentos revolucionários, que deixam crer na sucessão de princípios para a conformação de uma ordem jurídica total e integralmente modificada. A energia de reação, a força de resistência é o Estado. Não o Estado como simples entidade abstrata, mas o Estado soberano e no exercício pleno do seu poder de soberania.

Permanecessem as exigências de natureza pública não obstante a diferença de distância geográfica ou tempo, fácil seria impôr limites ao exercício do poder governativo e conceituar o Estado, penetrando a matéria que o compõe, sua essência, seu conteúdo.

No entanto, bem o sabemos: toda atividade, quer política quer social, quer jurídica, é consequência lógica do seu objetivo. Importa em conhecer e classificar os fins das atividades normais do Estado, antes de investigar qual a relação ou a estrutura que lhe é peculiar, ou peculiar a esses fins, que não raras vezes, podem surgir divorciados do que dizem ser os seus objetivos — objetivos do Estado.

Não será de outra maneira que a fórmula da responsabilidade do Estado alcança seu conceito fundamental e jurídico. A solidariedade imediata que se estabelece não prejudica a revelação da culpa subjetiva, nem desloca o ato do Estado do que possa ser considerado condição da sua existência.

O que há que estabelecer, antes de mais nada, é a necessidade do contato permanente do poder público com a coisa administrada. Ter-se-á que atender os interesses que defluem do mesmo objetivo, tanto esse objetivo seja de ordem pública como de relação de ordem privada.

Não fôra a identidade com a necessidade comum, geral, não seria nunca próprio solicitar a intervenção do Estado, ou provocar sua manifestação pública de vontade. O que exige nossa acuidade doutrinária para melhor percepção do fenômeno é a indispensabilidade em assegurar a eficiência e regularidade de uma prestação de serviço, que se faz imperiosa porque se integra, parcial ou totalmente, nos elementos de subsistência da vida coletiva.

Onde predominam os elementos de interesse público, está claro que o direito privado não oferece soluções reais para solu-

cionar os problemas que surgirem e solicitarem a interferência da administração ou do poder administrativo. Será de todo inútil fazer e criar direitos em oposição à fatalidade das coisas.

— O que se tenta é estabelecer apenas juridicamente as formas de exercício da soberania — desde que se considere a soberania como atributo e conteúdo do fenômeno *Estado*. No entanto, sabemos, ela é a condição da existência do Estado ou capacidade própria, de autodeterminação por direito que se diz exclusivo (Haja vista a opinião de JELLINEK — *L'Etat Moderne et Son Droit* — apud MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Autarquias* — ob. cit. — p. 21). Se tudo gira em torno do Estado, em conquista dessa força soberana ou da soberania, o direito é sempre o direito. Conosco está Flôrão de Athayde: "As revoluções sociais julgando criar um direito novo, não fazem senão pôr em prática a concepção jurídica que, em grande parte, as provocou. Assim é que se a revolução francesa criou o Código Napoleônico, nasceu ele essencialmente do individualismo jurídico do século XVIII, que refletiu, no campo do direito, a concepção filosófica racionalista desse século. E o mesmo vem suceder com a revolução russa, cujos juristas pretendem criar ou já ter criado um *direito soviético*, ao menos provisório, e que no entanto vem apenas realizar, em parte, o materialismo jurídico dos doutrinários que a prepararam" (Ver *Introdução ao Direito Moderno* — O Materialismo Jurídico e suas Fontes — 1ª parte — Rio, 1933 — p. 51). Adotando-se essa sistemática, os fatores sociológicos de tempo e espaço imprimem às conclusões, mesmo científicas, certa peculiaridade que não podemos em absoluto, deixar de levar em consideração. "As exigências de ordem pública mudam conforme as épocas e os países", escreve FLEINER (ob. cit. — p. 321). Salvaremos essa diferença do estudo e análise dos objetivos e da observação da atividade que é dominada pelo espírito de interesse público. "Importa, em consequência, conhecer e classificar os fins das atividades racionais do Estado, antes de pesquisar qual seja o conteúdo..." (TITO PRATES DA FONSECA — *Direito Administrativo* — Ed. Freitas Bastos — Rio, 1939 — p. 33). Para chegarmos à responsabilidade — à responsabilidade que decorre de ato legal, ou ilegal, que redunde em dano positivo de terceiros — há que compreender a razão do ato do Estado, e mais que a razão, os objetivos que se pretendiam com essa prática legal ou ilegal. O texto do art. 15 do Código Civil Brasileiro é claro e não admite, como parece, contraditoriedade na interpretação. Outro fato é a solidariedade estabelecida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946, onde não desaparece o característico da responsabilidade. A solidariedade, estabelecida pelas constituições de 1934 e 1937, não altera, em meu entender, a culpa subjetiva estabelecida. Vários têm sido os esforços, no sentido de assentar, no Brasil, a teoria da culpa objetiva, o risco integral. Mas esse esforço construtivo, que está por alcançar segura meta, terá de atender ao aspecto jurídico, que oferece o Estado novo (quer dizer atual). Não se principia pelo resumo". (PRATES DA FONSECA — ob. cit. — p. XIV). O poder público, pois, agindo em nome do interesse público, e livre, por conseguinte, de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas administrativas, mediante compensação, quando justa, tal é, tal deve ser — e tal tem de ser — o princípio básico do Direito Administrativo, a pedra de toque de todas as suas regras e soluções, porque a ação administrativa não deve ser detida senão por anti-socialidade. (Ver ODILON C. ANDRADE — *Serviços Públicos e de Utilidade Pública* — Liv. Acadêmica — S. Paulo, 1937 — págs. 148-9). "Queiram ou não queiram, a doutrina e a jurisprudência, o princípio há de predominar mais dia menos dia, como aferidor das soluções de Direito Administrativo, porque é inútil fazer direito contra a realidade das coisas e essa realidade é que o vem impondo, como vimos, por exemplo, na manifesta rebeldia dos serviços públicos e de utilidade pública à disciplina e formas do direito privado" (idem — ob. cit. — p. 149). A situação de liberdade natural,

em que o homem preexistia, desconhecia os princípios da justiça. Todo direito nasce da livre (?). Rousseau e Moisés seriam dois pontos distantes a se buscarem na aproximação que identifica imposições reais e transforma a força em direito, no intuito de produzir a autoridade.

Temos, portanto, e em consequência, o Direito Administrativo, com o seu objetivo firmado na necessidade jurídica de realizar, com o auxílio de regras justas mas flexíveis, adaptadas ao meio ambiente social, a organização daquelas instituições de serviços comuns, no sentido que o Estado possa contribuir para o bem coletivo, na medida de suas possibilidades legais e na medida dos limites que o tornam em entidade de direito público, poder soberano e político.

Ressalta, pois, o caráter de uma disciplina plenamente autônoma, o sistema de normas a que se atribuem prerrogativas autoritárias com que se possam regular, os princípios que se tornarem insubstituíveis para a satisfação direta e imediata das necessidades coletivas. Em resumo: o conjunto das regras relativas ao serviço público — ao serviço público em seus diferentes aspectos — envolvendo indivíduos e coisas.

Procura-se claramente submeter ao poder de Estado todo o ordenamento jurídico que possua relação de interesse público. Caracterizar, assim, uma determinada ordem, social, coletiva, do indivíduo e dos grupos organizados. Desde que a democracia se efetiva, como o próprio nome já indica, na base ou com base na soberania popular, a formulação do Estado não buscará outra finalidade que não aquela melhor capaz de conciliar o interesse do cidadão com o interesse do grupo e da sociedade.

Não é sem razão que o estudo do Direito Administrativo depende previamente do conhecimento da estrutura do Estado. Como pessoa jurídica, e pessoa jurídica de direito público, com atributos próprios realizados em direitos e obrigações — sua capacidade de ação legal não só mantém a continuidade do princípio jurídico, mas atrai para o Estado, em relação da sua peculiar capacidade de querer, a recíproca da responsabilidade — o que quer dizer a obrigação de ressarcir o dano causado pela prática de ato inerente à sua capacidade (personalidade) e efetivado como pura manifestação de vontade.

— Para J. P. Ramos o “direito administrativo tem seu fim na necessidade jurídica de estabelecer por meio de regras justas e flexíveis, adaptadas à realidade social, a melhor organização jurídica das instituições, no sentido de que o Estado contribua para o bem comum na medida dos limites que circunscrevem seu verdadeiro conceito jurídico” (Ver *La Concesion de Servicios Publicos* — Ed. J. Menendez — Buenos Aires, 1937 — p. 3). Adquire, para nós, bastante clareza, a opinião de Marcelo Caetano: “... definiremos o direito administrativo como o sistema das normas a que atribuem prerrogativas de autoridade e regulam o seu exercício para satisfação direta e imediata das

necessidades coletivas" (Consultar *Manual de Direito Administrativo* — Universidade — Ed. Lisboa, 1937 — p. 42). Não convém isolar a contribuição do grupo e dos indivíduos, ou então dos indivíduos e coisas (Veja-se GASTON JÈZE — *Los Principios Generales del Derecho Administrativo* — Trad. de Garcia Oviedo — Ed. Reus — Madrid, 1928 — p. 30). Verifiquemos: "Se a democracia quer ser efetivamente o que seu nome indica, isto é, a soberania do povo, a organização do Estado terá que cuidar-se para que a vontade popular possa manifestar-se de maneira, não somente fictícia, senão real, no atuar de cada um dos seus órgãos, ainda os mais ínfimos" (lição de ADOLFO MERKI — *Teoria Geral del Derecho Administrativo* — Ed. Rev. de Derecho Privado — Madrid, 1935 — págs. 433-4). Senão outro motivo porque o estudo do direito administrativo depende precipuamente do prévio conhecimento da estrutura do Estado (Ver J. RODRIGUES VALLE — *Curso de Direito Administrativo* — Ed. Coelho Branco — Rio, 1941 — p. 45). "Estrutura que o qualifica pessoa jurídica capaz de direitos e obrigações". A essa medida de direitos e obrigações é que se chama capacidade, distinta da personalidade" J. GUIMARÃES MENEGALE — *Direito Administrativo* — Metrópole Editôra — Rio, 1939 — p. 351). Falando em responsabilidade será bom verificar aquelas teorias chamadas da irresponsabilidade, tão bem estudadas por AMARO CAVALCANTI — *Responsabilidade Civil do Estado* — ob. cit. — Tit. II — Cap. I.

Conclui-se: ha sempre participação do Estado onde se encontra em jôgo serviços ou decisões de interesse público. Algumas vêzes, ela é completa, manifestando-se direta ou indiretamente. Em outras, há apenas interferência que se resume na tutela ou proteção, dos bens considerados úteis às formações coletivas.

O Estado, no entanto, fica sendo o titular da soberania. Descentralizado ou não, possui ampla autonomia administrativa e constitucional — autonomia política com que interfere no destino das organizações públicas.

O esforço em se manter o critério da unidade da soberania não equivale em desconhecer a realidade dos Estados-membros — o Estado fato social, unitário, federal, centralizado ou descentralizado — daqueles sujeitos considerados supletivos da administração pública.

Aceitando a participação das entidades autônomas e supletivas de direito na manifestação da vontade do Estado (vontade não só política), está claro que também aceitamos a opinião dos doutrinadores que acreditam ser êste o fator da maior importância para o grau de extensão do poder de govêrno.

A energia de ação das coletividades inferiores pouco representa quando não assenta na capacidade de competência exclusiva do poder de Estado, eminentemente político e origem da sua própria força e função.

Os poderes exclusivos são facilmente classificados na investigação dos estudos que se orientarem na interpretação e definição do organismo social e suas leis constitucionais. Daí o Estado,

para a consecução normal dos seus objetivos, exercer dupla atividade: a jurídica e a social.

A centralização das iniciativas dos poderes locais não condena a autonomia das entidades supletivas e dos Estados-membros: reconhece apenas haverem surgido de uma imposição da realidade e como parcelas de governo próprio de partículas de interesse público, e onde o Estado exerce, em graus diferentes, sua regular ação de comando e tutela.

Está lógico: não afirmando que o campo de atividade dos Estados-membros e das entidades supletivas de administração, cuja autonomia admite em vezes contestação de estudiosos eminentes, consiste em ser determinada pelo mesmo Estado no exercício pleno dos seus poderes soberanos.

III

CENTRALIZAÇÃO OU DESCENTRALIZAÇÃO

Por estar a noção de serviço público ligada à satisfação das necessidades de ordem pública, e se a ordem pública é condição de vida do próprio Estado, nada mais certo que o *serviço público*, em qualquer das suas mais variadas modalidades, ser aquele que se atribui ao Estado.

Existe quem entenda o Direito Administrativo, e sua ampla capacidade jurídica de administração e interferência nos negócios de administração, como a disciplina que precisamente trata da organização e funcionamento dos serviços públicos — mesmo os realizados por pessoas de direito privado.

Entre *Estado* e *serviço público* há forte laço de entrelaçamento jurídico. Em vezes, os conceitos se confundem. Se considerarmos o poder de soberania como inerente à estrutura estatal, temos o Estado como autêntica coordenação e cooperação dos serviços públicos organizados e fiscalizados pela administração — a administração executando o provimento das necessidades comuns e usando da faculdade de prever as contingências da vida social futura.

Nesse sentido a administração pública assume a qualidade de revestir a pessoa jurídica do Estado. Não esquecendo que a palavra *Estado* designa não somente governantes e poder político, mas a própria sociedade que estabelece diferença entre governantes e governados.

— Veja-se GASTON JÈZE — *ob. cit.* — 1ª parte. "A noção de serviço público está ligada direta e indiretamente à satisfação das necessidades de ordem pública" (J. MATTOS DE VASCONCELLOS — *Direito Administrativo* — Vol. I — Rio, 1936 — p. 125). Para Leon Duguit, outra não poderia ser

a definição de Estado (Ver *Traité de Droit Constitutionnel* — Vol. I — p. 295). "No direito brasileiro, a administração pública é qualidade que só pode revestir uma pessoa jurídica. Por via de consequência, as relações jurídicas. Inadmissível, portanto, a tese sustentada por jurisprublicistas alienígenas, segunda a qual podem aparecer com vestes de administração pública pessoas físicas, não como órgãos ou delegados de uma pessoa jurídica pública, mas *jure proprio*, como titulares individuais de faculdades administrativas" (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — p. 200).

Sendo doutrina absolutamente pacífica que o poder de soberania ou pròpriamente a soberania cabe ao Estado, e que só pode haver um poder público titular da soberania, com a competência para o tratamento da totalidade dos assuntos de ordem política — ou aceitando a soberania como qualidade essencial do poder administrativo do Estado — não cabem as restrições que se pretendem opor às demais comunidades independentes ou corporações econômico-políticas que praticam atos que por sua natureza podem ser definidos como soberanos, e caracterizam capacidade jurídica plena de autodeterminação.

Convém não confundir soberania com autonomia. Ao Estado assiste a vontade livre de determinar sua competência através de princípios constitucionais e a faculdade de limitar suas atribuições e as atribuições que estabelecem a competência dos Estados membros, federados ou não, e das demais coletividades independentes.

As prerrogativas que gozam os Estados membros e as coletividades independentes apenas revelam, dentro em o censo unitário da soberania, direitos decorrentes do sentido de uma organização política e atributos essenciais as fórmulas dos interesses que lhe são peculiares.

A descentralização, sob que aspecto jurídico ou político se estude, dentro da história, surge como fenômeno de permanência política. Não sendo bastante o critério geográfico, geopolítico, geosocial, serve ao menos para estabelecer diferenças na distribuição das funções entre os variadíssimos órgãos de atividades que compõem as coletividades e as organizações integrantes da pessoa jurídica e política do Estado orgânico e constitucional.

Seria afirmar lugar comum dizer que todo Estado federal é por excelência descentralizado. No entanto, não será lugar comum considerar-se a unidade do poder de soberania como a força centralizadora por excelência das atividades administrativas e das atribuições políticas que se estendem a tôdas as unidades federadas e coletividades independentes.

— Um fenômeno não se firma no sentido absoluto da negação do outro. Seria o mesmo que confundir centralização com unitarismo. Possui razão de ser a opinião de CH. DURAND: "A organização federal é definida pelas relações existentes entre os órgãos do Estado e os de certas coletividades infe-

riores chamadas *Estados-membros*. Um Estado federal pode englobar coletividades de tipos diferentes". (Ver *Les États Fédéraux* — ed. de 1930 — p. 56). Para o próprio GEORG JELLINEK, a história política ensina que todos os Estados se apresentam descentralizados (ob. cit. — vol. II — ed. de 1913 — p. 343). O que se distingue e diferencia não será o grau de extensão de seus poderes e competência? (Ver HANS KELSEN — *Teoria General del Estado* — trad. Esp. — 1934 — p. 215). "No mesmo território e sobre o mesmo povo, em regra, só pode haver um poder público titular da soberania, quer dizer, com competência sobre a totalidade dos assuntos temporais de ordem política. E embora, muitas vezes, o exercício se distribua entre outras entidades, unicamente o Estado fica com a capacidade de decisão em última instância, pois a soberania é, por natureza, indivisível" (Ver OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO — *Natureza Jurídica do Estado Federal* — ed. 1937 — p. 58). No entanto, "descentralização diz respeito ao conhecimento do maior ou menor círculo de ação das diferentes unidades políticas que compreendem as pessoas de direito público interno", (idem — ob. cit. — 68). Visa a discussão das competências, as prerrogativas, podendo atingir matéria administrativa, *strictu sensu*, ou estender-se, até, a assuntos de ordem constitucional (idem — ob. cit. — p. 68). Veja-se LOUIS LE FUR — *Etat Fédéral et Confédération d'États* — ed. de 1896. MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE — *Traité General de L'État* — 2º vol. ed. 1929. M. MOUSKHELLI — *Teoria Jurídica del Estado Federal* — ed. de 1931. Não se deixando de levar em conta os motivos variados da descentralização (MOUSKHELLI — ob. cit. — págs. 249 a 258). Sobre o federalismo e descentralização, mais uma vez LOUIS LE FUR — *Races, Nationalités, États* — ed. 1930 — p. 141. As competências se repartem entre órgãos centrais e órgãos locais. Resulta a necessidade de distinguir as demais coletividades descentralizadas, as agrupações de municípios e as províncias autônomas (Ver MOUSKHELLI — ob. cit. — p. 260).

O Estado não se realiza, portanto, como simples medida de segurança individual. Administrar é administrar para o Estado — para os seus fins e objetivos. Tudo que o Estado empreende para alcançar esses fins e objetivos pode ser considerado *administração*.

Mesmo autonomizando ou concedendo força real de poder soberano, subordina as entidades jurídicas públicas e supletivas, ao critério dos *seus fins e objetivos*. Claro que não podemos estabelecer fronteiras absolutamente positivas ou princípios que retenham em essência toda a manifestação externa da vida jurídica.

Buscamos, do emaranhado das situações duvidosas, o princípio que é mais forte, o interesse que é maior, sem confundir tendências que se não confundem, e evitando o quanto possível os casos isolados e as soluções que nos apresentam flutuando ao sabor das noções obsoletas.

O que não se pode negar é que vários são os sistemas preconizados para a execução dos serviços públicos do Estado. Cada sistema orienta as suas normas no suposto estudo de observação da atividade do Estado.

Há momentos que nos fazem inclinar para melhor e eficiente distribuição de força e capacidades soberanas: a autonomia plena, administrativa e constitucional. Instantes outros que nos fazem

crer na conveniência em atrair para o Estado as energias vivas que o compõem, e que dispersas ameaçam o desprestígio dos valores em hierarquia — em função de constante equilíbrio político.

— Na administração é o Estado em atividade que se manifesta (Veja-se F. FLEINER — *Droit Administratif Allemand* — Ch. Eisemann — Ed. 1933 — p. 1 e seg.). “O verdadeiro valor do Estado de fato e juridicamente organizado está nas garantias que possui para realizar-se ou integrar-se na realidade imanente dos seus objetivos primordiais” (OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Os Serviços de Utilidade Pública* — cit. — p. 32). “O valor jurídico do direito administrativo resulta das garantias que encontra para sua realização” (L. SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 24). “Mesmo autonomizando, o poder público subordina as entidades jurídicas que podem ser de direito privado, ou de direito público, aos fins e interesses do Estado” (OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *idem cit.* — p. 49). Não será nunca possível fixar fronteiras absolutamente claras. Lembremos a expressão curiosa de Durand: “O direito positivo não é uma geometria”, (*ob. cit.* — págs. 50-1). “Para a execução dos serviços públicos do Estado, têm sido preconizados diversos sistemas administrativos, cuja complexidade decorre não só das múltiplas finalidades e formas de atividades do Estado...” (TEMISTOCLES B. CAVALCANTI — *Instituições* — cit. — vol. 7 — p. 47). O mesmo absurdo seria entendermos que o sEstados federativos não possuíssem elementos de controle e tutela e fossem totalmente descentralizados. Tanto um como outro conceito — centralização e descentralização — acham-se equidistantes das teorias interpretativas e mais achegados ao movimento de ação jurídica e política do Estado e poder administrativo do Estado.

Estabelecida a necessidade da concentração dos poderes e da unidade dos negócios públicos em torno do seu sujeito de direitos ou em torno a quem se atribuem os direitos relativos à prática dos poderes e negócios públicos — resulta uma medida que impõe como verdade incontestável a unidade de comando do Estado e a concentração dos poderes respectivos na pessoa jurídica representativa da autoridade central.

O que mais preocupa o Estado é tornar efetivo o exercício do seu poder de soberania. Tal atitude não é de maneira alguma contrária ao princípio da independência e harmonia de poderes ou dos poderes que constituem, em regra, o alicerce do regime representativo.

A liberdade política é condição de segurança pessoal. Mas para haver segurança pessoal se faz necessário o prestígio de uma força de autoridade. Essa força de autoridade, concentrada ou coordenada, centralizada ou tutelada, torna juridicamente equilibrado o poder político da soberania do Estado.

Esse o motivo por que não pactuamos em absoluto com a assertiva daqueles que pretendem fixar o ideal da descentralização na essência do regime federativo. A simples unidade dos negócios do Estado — estamos vendo — não decorre do conceito linear de centralização. O mesmo seria que desconhecer a unidade

federal; ou aceitar a soberania variada e dividida, Estado dentro de Estados, conflito de funções e atribuições políticas.

— GABINO FRAGA JÚNIOR é da opinião que o regime centralizado representa uma situação primitiva na história do direito administrativo (Ver *Derecho Administrativo* — Ed. 1934 — México — p. 195). Não diríamos primitiva. Diríamos: permanente. Tal é a concentração dos poderes na pessoa da autoridade central: poder de nomeação, poder de mando, poder de vigilância, poder disciplinar, poder para decidir conflitos de competência, poder de revisão (GABINO FRAGA — idem — p. 195). Não se pode negar o que entre pelos olhos: "O Estado, para a realização dos seus fins, necessita de órgãos por intermédio dos quais torne efetivo o exercício da sua soberania" (MATTOS DE VASCONCELOS — ob. cit. — vol. I — p. 65). Trata-se de tornar efetivo o poder de soberania, aquele poder de autodeterminação. Mas o poder de soberania e autodeterminação que pertence ou é atributo do Estado. O erro está com Berthélemi, quando afirma estar o ideal da descentralização no regime federativo (idem — p. 76). Acreditamos na unidade dos negócios do Estado como um pressuposto da sua realidade político-jurídica. A descentralização é mais uma fórmula surgida das circunstâncias e fatores transitórios que de concepções orgânicas ou fatores permanentes (Veja-se RAFAEL BIELSA — *El Problema de la Descentralización Administrativa* — ed. 1935 — p. 14). Ainda escreve BIELSA: "Depois de algum tempo de observação, de mais estudo e reflexão, falamos com menor entusiasmo da descentralização, que não se justifica diante da concepção realista do direito" (idem — p. 14). Muito bem. "O federalismo puro desaparece no momento em que o Estado resolve autoritariamente controlar as atividades econômicas e intervir na ordem administrativa, centralizando as forças políticas, generalizando a sua competência no plano financeiro, fiscalizando ou tutelando os poderes provinciais ou federados que doutrinariamente se afirmavam autônomos" (OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — ob. cit. — págs. 71-2). O federalismo em sentido absoluto existiu nos Estados Unidos e Brasil. Entre nós, arrastando aquela enormidade de males que provocaram verdadeiras crises no espírito político nacional. Na Argentina, juristas e políticos, desde Alberdi até Bielsa, são concordes quanto a inexistência do regime federal pub. (idem — p. 72 — nota nº 203). Não querendo afirmar com Mouskheli: "a vontade do Estado é a fonte primária do direito" (ob. cit. — p. 16).

Útil se faz distinguir e determinar o limite de ação e competência do Estado, antes da adoção de qualquer medida que possa embaraçar as conclusões que, no primeiro momento, se nos afiguram lógicas. Ninguém discute que o Estado goza de privilégios absolutamente excepcionais. Esses privilégios lhe atribuem a faculdade do respeito ao direito que não está senão de acordo com os seus interesses.

A condição fundamental do Estado está em ser a salvaguarda para a conservação dos elementos vitais da sociedade. Desde o momento em que o interesse do Estado exija a supressão ou a modificação de qualquer direito, nada há mais que fazer senão suprimi-lo ou modificá-lo. O direito existe para a sociedade e não a sociedade para o direito.

Estamos, mais que nunca, plenamente convencidos: é estar o Estado moderno adquirindo cada vez maior vigor de consciência

— a consciência de que se acha submetido ao seu próprio direito, que não possui outros limites que não aquêles estabelecidos pelo direito que considera como o seu direito. Basta essa consciência para que adquira imediatamente o senso do equilíbrio produzido pelas obrigações reciprocas.

A unidade do direito está na sua base científica. A grande importância do direito se encontra precisamente nessa unidade como fenômeno puro de cultura. Vamos buscá-lo na análise minuciosa dos fatos que o realizam e da jurisprudência que o formaliza e concilia com a sua fonte primária e original: a vontade do Estado.

— Partimos do princípio: “a vontade do Estado é a fonte primária do direito” (MOUSKHELI — *ob. cit.* — 16). Fora do Estado não há força temporal de autoridade. O mais surpreendente é que, para Ihering e Jellinek, o Estado não deve respeitar o direito senão quando de acordo com os seus interesses. No entanto, claro está, atua e vive, por intermédio do indivíduo, desde que não possui nem vontade nem inteligência próprias. Veja-se MOUSKHELI — *ob. cit.* — p. 18. Consulte-se LA BIGNE DE VILLENEUVE — *Traité Général de L'Etat* — ed. de 1929 — p. 411. Procure-se em IHERING. — *Der Zweck in Recht* — p. 417 — apud LA BIGNE DE VILLENEUVE — *ob. cit.* — p. 411. Aqui temos a expressão de Jellinek: “é que no Estado moderno se vai adquirindo cada vez maior vigor de consciência de que se acha submetido ao seu próprio direito” (JELLINEK — apud MOUSKHELI — *ob. cit.* — p. 20). A investigação científica e filosófica e a análise profunda dos sentimentos humanos e do senso dos valores humanos fez-no distinguir precisamente a série de valores que não só estabelecem a vida social mas estruturam o pensamento humano e do indivíduo: ninguém mais confunde religião e direito, economia e religião, mesmo política, direito e economia que, no mais das vezes, são fenômenos afins, ou atitudes afins. Nunca será outra a missão da ordem jurídica: “determinar os direitos e obrigações que dos diversos sujeitos jurídicos uns para com os outros. Incumbirá aqui ao Direito Administração regular as relações jurídicas que se criam entre a administração do Estado (ou qualquer corporação de direito público encarregada de levar a cabo funções de caráter administrativo) e os súditos (pessoas individuais e coletivas)” (FLEINER — *Instituciones* — *ob. cit.* — p. 39). Razão porque “as normas segundo as quais a administração pública vive pertencem em parte ao direito privado e em parte ao direito público” (FLEINER — *ob. cit.* — p. 39). Só assim se estabelecem as obrigações consideradas como reciprocas: normas privadas especificando a capacidade particular e normas públicas autolimitando a ação e a competência do Estado e órgãos ou poderes do Estado. Para compreender o Estado como valor de cultura não precisamos mais do que a análise da obra de GUSTAV RADBRUCH (cit) e o estudo de MIGUEL REALE (cit). Da mesma forma que se procura distinguir o valor *Estado*, procura-se evidenciar o valor *direito*. Da mesma forma se pretende precisar o conceito de *autoridade* e conceituar o de *direito*.

Onde há soberania pressupõe-se unidade do conceito de autoridade. A alguém se atribui o poder de força maior — a capacidade de representação da força soberana. Ao contrário de todo conceito descontínuo predomina o conceito da unidade jurídica.

Mesmo na sua aplicação o direito não sofre interrupções de natureza científica. Preexiste, naturalmente, com relação aos seus distintos departamentos, essa capacidade essencial, de substância — que não se detem frente ao excessivo formalismo dos juristas de escola velha — e se estende aos limites do *Estado legislador* quando regulamenta as restrições à posse privada ou estabelece normas políticas de conduta social.

A reconhecida subordinação da ordem jurídica à ordem moral integraliza o conceito atual com as suas bases históricas e procura justificar essa *unidade jurídica* como condição da própria unidade moral.

Não há em origem, portanto, diferença alguma entre a lei moral e a lei positiva, pois ambas passam a depender inteiramente de uma tendência de consciência ou de uma situação ou sentimento de vida.

O valor do *Estado* repousa, pois, sobre a própria natureza das coisas e a sua expressão como vontade encontra justificação no reflexo que traduz *consciência, situação de vida e sentimento de vida*.

Não vai parecer que o Estado como representativo da força do direito seja apenas uma concepção arbitrária: desde que a sua vontade se harmonize com as imposições da existência em comum e não desmereça as determinantes do valor *indivíduo*, com consequência de uma realidade biológica que é também expressão unidade da própria energia de vida social.

Ora, o *direito*, mesmo como fenômeno de valor, não é alguma coisa que se apreende pelo tato ou que se nos apresenta como simples sensação visual. Se não é possível perceber-se o Estado fora das suas abstrações positivas, dos atos e fatos que o tornam em realidade orgânica, muito menos o direito.

Não basta apenas a percepção do fenômeno jurídico, o direito em si, essencial ou substancial, porque só a vontade de quem o realiza, da entidade que melhor o representa, será capaz de torná-lo temporal e humano e impor em consequência a ligação da validade de suas leis ou da lei.

Reconhecemos, em princípio, a necessidade de se estabelecer, como verdade científica, a capacidade de autodeterminação ou a capacidade de autodeterminar-se do Estado. Capacidade essa inerente ao poder soberano e em consequência capaz de harmonizar as injunções dos grupos sociais autônomos.

Mas o Estado surge após o conhecimentos da sociedade civil e do indivíduo. Para afirmar-se, autodetermina-se. Para ser reconhecido, autolimita-se. Há como que obediência tácita às suas obrigações em contraposição à idéia do *direito do indivíduo* ou dos direitos que se referem à sociedade civil.

Temos frente nossa observação um dos mais graves e importantes problemas do mundo moderno: o problema da autoridade se bem analisarmos veremos que autoridade e soberania se confundem — que como o Estado é a expressão do direito, da mesma forma o poder de autoridade, do poder de soberania.

Não importa que em vêzes apresente manifestações de atrofia ou de hipertrofia. Será unicamente indispensável que o coloquemos nos seus justos termos — e que não se torne meio de violação de direitos que lhe não atingem ou que perca os elementos essenciais ao controle dos direitos que deverá regulamentar e naturalmente limitar.

— Não será nunca fácil distinguir os conceitos por mais claros que eles se nos apresentem: não há força de autoridade sem força de soberania; não há Estado sem direito. Todo formalismo está caduco, desde que pretenda explicar ou justificar o direito pelo direito. "No mundo europeu, este movimento de reação contra o formalismo jurídico se revela principalmente no fato da renovação, do velho problema das fontes de direito" (Ver OLIVEIRA VIANNA — *Problemas de Direito Corporativo* — ed. de 1938 — p. 20). Concebe-se a impotência dos juristas em face das insuficiências da velha concepção, ainda dominante, que resume todo direito na lei, isto é, na forma jurídica elaborada pelo Estado (idem — ob. cit. — p. 21). "O que existe nos Códigos é vivo; mas, há muita coisa viva que não está nos Códigos" (Ed. LAMBERT — *Le Congrès International de Droit Compare de 1932 — Souvenirs d'un Congressiste* — 1934 — p. 18 — apud OLIVEIRA VIANNA — ob. cit. — p. 21). Lembremos *La Revolté des faits contre le Code Civil*, de GASTON MORIN; *La Crise de Droit e de L'Etat*, de SILVIO TRENTIN; *Direcciones Contemporaneas del Pensamiento Juridico*, de LUIS RICASENS SICHES; *El Estado en la Teoria y en la Pratica* de HAROLD J. LASKI; e *Las Nuevas Orientaciones del Derecho*, de GONZALES ALBERU. Daí o reconhecermos e o afirmarmos que nenhuma autoridade supera a do Estado. Porque atrás de um conceito, vem outro, o de soberania. Aceitando PEDRO CALMON, diríamos: "Chama-se assim a faculdade de organização interna (nenhuma autoridade supera a do Estado) e a sua integridade no campo internacional (Veja-se *Curso de Direito Público* — ed. de 1938 — p. 15). Ou o próprio PONTES DE MIRANDA: "O direito é necessário à sociedade e ao Estado. Ao Estado, porque, sem direito, não poderá afirmar-se" (Ver *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional* — p. 89). O direito é o justo objetivo, repetimos com TITO PRATES ... ob. cit. — *Direito Administrativo* — p. 31. Mas para alcançar mesmo esse justo objetivo necessita de uma força orgânica e soberana que o integre na realidade da vida. Ou ainda repetindo com PONTES DE MIRANDA: "Tudo que é social deve interessar ao Estado; o Estado vale a soma dos valores de tudo que é social" (ob. cit. — p. 410). Eis a razão porque o próprio DUGUIT, com a responsabilidade de jurista de mérito inegável, chega a afirmar que é a noção de serviço público que substitui o conceito de soberania como fundamento de direito público. Trata-se de compreender a soberania como atributo próprio e determinado do Estado. O Estado juridicamente soberano e autoritário no sentido do poder de autoridade que exerce. O Estado fazendo o direito, legislando, o *Estado legislador*, na expressão feliz de Schmidt — apud OLIVEIRA VIANNA — ob. cit. — p. 48. Mesmo os que pregaram abertamente a conveniência de se manter a soberania popular reconheciam a independência do Estado e a soberania popular como uma concessão de direitos, certos e invioláveis, que se tornaram consagrados. Pois reconheciam, como nós outros a subordinação da ordem jurídica à ordem moral, mas esqueciam aqueles direi-

tos que se devem regular e limitar e que são os *direitos do Estado*. E' coisa sabida: "a subordinação essencial da ordem jurídica à ordem moral é o primeiro resultado comum de tãda a concepção cristã do direito, nesses 7 séculos iniciais do cristianismo. O direito natural, helênico ou romano, é desenvolvido e sistematizado e se bem que o seu fundamento divino já tivesse sido apontado pelo paganismo, encontra nos padres da igreja a sua expressão definida e transcendente" (Ver TRISTÃO DE ATHAYDE — *Introdução ao Direito Moderno* — cit. — p. 129). Anterior ao Estado afigura-se-nos clara a idéa do direito. "As últimas fontes do direito são aquelas idéias éticas, que Agostinho compreende sob o nome de *lex aeterna*, que tem como autor o Deus justo e que, pelo mesmo Deus, foi inscrita no coração do homem... A última parte do direito, portanto, especialmente das idéias jurídicas superiores e dos princípios de direito, não é arbitrio, nem é o Estado e sua auto-idade (OTTO SCHILLING — *Naturrecht und Staat nach der Lehre der Alten Kirche* — apud TRISTÃO DE ATHAYDE — *ob. cit.* — págs. 127-8). Em princípio, e princípio temporal, o que há é o direito antes do Estado, como soberania antes da autoridade. Não será errado acreditar na força de autoridade inerente ao poder de soberania ou na soberania do Estado. Logo, na existência de uma força central soberana: ou a autoridade no Estado.

A autoridade no Estado — o princípio que teremos sempre por base. O erro do tempo presente reside na falsa concepção e ódio à autoridade. Naturalmente que ela encontra os seus limites. Nem podia ser de outra forma. Para atingir o bem comum não poderia nunca desmerecer o elemento *indivíduo*, — os direitos a êle inatos e inatos aos grupos naturais.

Em completa opposição a êsse conceito temos que lembrar o que se refere à *liberdade*. Mas claro que não pode haver liberdade contra o bem comum. Prevalece, portanto, como vimos repetindo, o interesse do *bem comum*. Não há liberdade quando se atinge a infração dêsse *bem comum*. Da mesma forma, não há liberdade contra a natureza das coisas e a sua lei natural.

Mas em defesa do interesse que será total, do bem comum, dos interesses de ordem coletiva — aquêles interesses que se referem ao homem agrupado ou em sociedade — é que se estabelece e solidifica o princípio de autoridade, se exterioriza a força de soberania do Estado e se torna real o fenômeno do direito — o fenômeno jurídico.

— Bastaria aqui repetirmos com LOUIS VEUillot: "O erro do tempo presente é o ódio à autoridade. Querem arruiná-la, enfraquecê-la até o seu princípio". (Ver *Rome Pendant le Concile* — *Oeuvres Complètes* — T. XII — p. 201) VEUillot diria novidade se não fôsse naturalmente o *Du Contrat Social*: "Como a natureza dá a cada homem poder absoluto sobre todos os seus membros, o fato social dá ao corpo politico um poder absoluto sobre todos os seus" (*ob. cit.* — II — cap. 4). O mesmo afirma TRISTÃO DE ATHAYDE: "Essa liberdade nascida do racionalismo do século XVIII, baseava-se no livre pensamento e na autonomia da vontade. Isto é, tornava-se também um direito absoluto, sem os três corretivos naturais que a concepção cristã da sociedade lhe impõe: — o bem comum, a natureza das coisas e a lei eterna. A liberdade social, para a concepção cristã da sociedade e na base do realismo filosófico tomista encontra naturalmente êsses três limites" (Ver *Política* — ed. de 1932

— p. 93). Não pode haver nunca liberdade contra o interesse ou o bem comum. Veja-se REALE — *ob. cit.* — parte final. A soberania do grupo social parte da delegação de autoridade que lhe faz o Estado; o Estado popular ou Estado monárquico, o Estado federal, o Estado federado ou o município. Não esquecendo que o fim da autoridade é de assegurar o bem comum, quem transfere o poder de soberania aos grupos e aos indivíduos é o Estado. Não será nunca o indivíduo que transfere o que lhe pertence para a afirmação da soberania do Estado. Mesmo Santo Agostinho possuía uma preocupação absoluta de conceituar e definir o bem comum como ponto de partida da sua doutrina política. Veja-se GUSTAVE COMBÈS — *La Doctrine Politique de Saint-Augustin* — ed. 1927. Não fôsse a predominância do princípio de autoridade, o fortalecimento do poder central, nunca seria possível o controle jurisdicional da administração. Veja-se ROGER BONNARD — *Le Contrôle Juridictionnel de L'Administration* — ed. 1934. Sobre o assunto exposto: ANDRÉ HAIRIOU — *Les Libertés Individuelles et L'Administration "in" Les Garanties de Libertés Individuelles* — ed. de 1933; LOUIS LACHANCE — *Le Concept de Droit Selon Aristote et S. Thomas*, ed. 1933; e LOUIS LE FUR — *Les Grands Problèmes du Droit* — ed. 1937.

A capacidade descentralizadora, a faculdade em dividir e subdividir os elementos de soberania, a competência em delegar poderes e outorgar funções, — é da essência do Estado federal.

Mas — aqui abrimos o nosso parêntesis — Estado federal não é só o Estado descentralizado, com os elementos de soberania dispersos, com os seus poderes e funções espalhados através de órgãos diferentes de administração.

O Estado federal também é Estado soberano: ou aquele em que a soberania se torna um atributo jurídico e político do poder central.

Se há força de soberania nos Estados federados, comunidades-membros ou nas coletividades independentes, — a força de soberania existente é uma consequência da ação do poder central no sentido de fazer participar essas distintas unidades do corpo político de uma nação.

Aproximamo-nos de uma conclusão: a soberania é essencial ao poder central, ao Estado federal. Se ela existe nos Estados-membros federados, ou nas comunidades independentes, será por influência de uma delegação de poderes ou outorga de funções — delegação política, em face do conhecimento jurídico da nulidade de estabelecer o mais razoável sistema de competências.

Um fenômeno, em absoluto, não exclui o outro. Não há regime administrativo que não seja centralizado. Por outro lado, não há regime administrativo que não corresponda à série dos interesses particulares que interferem na vida pública e exigem a intervenção e tutela do Estado — do Estado que continua sendo a unidade política por excelência.

— Sem dúvida que o Estado federal possui duplo aspecto: em certos momentos surge como Estado unitário; em outros se apresenta como agrupação federativa de coletividades inferiores, descentralizadas no mais alto grau

(Ver MOUSKHELI — *ob. cit.* — p. 149). Sem dúvida que essas coletividades tôdas tomam parte na formação da vontade do Estado (idem — *ob. cit.* — p. 149. DICEY não é de outra opinião — Ver *Introduction a l'Étude du Droit Constitutionnel* — ed. 1902 — p. 125. O aspecto unitário não será condição da superioridade jurídica do Estado federal? Principalmente nos elementos que identificam o Estado federal com o Estado unitário? (MOUSKHELI — *ob. cit.* — p. 150). BIELSA resolveria o problema com a seguinte afirmação: o contrôlê efetivo deve ser exercido pelo poder central, seja o Congresso, seja o poder executivo, seja um tribunal de contas, seja, enfim os tribunais judiciais ou administrativo (RAFAEL BIELSA — *El Problema de la Descentralización Administrativa* — ed. de 1935 — p. 104). Para BIELSA a autonomia de que gozam os Estados membros ou as coletividades independente não é um privilégio, e sim uma fonte constitucional de obrigações e deveres (idem — *ob. cit.* — p. 195). Os Estados-federados, os Estados-membros, as comunidades independentes vivem para os objetivos do Estado e em função desses objetivos. Consulte-se o interessantíssimo trabalho de REYNALDO PORCHAT — *Posição Jurídica dos Estados Federados perante o Estado Federal* — Rev. Fac. Dir. S. Paulo — Vol. XV — Ano de 1907. O problema do federalismo não é um problema de divisão de forças nem de absoluta divisão do poder de soberania; o problema do federatismo é também um problema de concentração de forças, de conjunção de forças. Atesta-o SOBEI MOGI — *The Problem of Federalism* — ed. de 1931 — vol. I. Sem dúvida que o aspecto unitário é muito importante para a conceituação do Estado federal (Veja-se MOUSKHELI — *ob. cit.* — p. 150).

Não há mais lugar para os velhos sistemas que ainda faziam eco há dois decênios passados. Os fenômenos — tanto o da centralização como o da descentralização — não se apresentam como compartimentos estanques. Basta lembrar que êles podem aparecer juntos em um mesmo momento de vida jurídica ou política.

Desde que todo o princípio de autoridade seja inerente à capacidade política do Estado, ninguém poderá negar ao órgão central da administração e governo ampla faculdade centralizadora. Faculdade com que chama a si, à sua responsabilidade jurídica, todos os negócios ou serviços públicos afetos aos interesses comuns de uma coletividade.

Nessa faculdade reside a soma possível de autoridade e competência para gerir não só os negócios e serviços que dizem respeito aos interesses gerais, mas elementos, ou os elementos com que tutelar a manutenção de determinada ordem jurídica ou o respeito pelo próprio interesse público.

A unidade dos negócios do Estado já é um pressuposto da sua própria realidade político-jurídica. A descentralização não exclui o contrôlê dos órgãos administrativos, como também a unidade dos negócios do Estado não decorre do que se possa chamar de *conceito linear de centralização*.

— Já dissemos que a grande preocupação está na procura da distinção de conceitos doutrinários. Tôda a história do Direito Administrativo está cheia de exemplos que geraram confusões tremendas. Não era possível aceitar-se a

ingerência de um mesmo fenômeno, ou melhor, a influência de dois processos numa mesma realidade. O que interessava era o fato em si e não a natureza do fato. Hoje em dia, a causa é de grande importância desde que se busque definir o efeito. Muito bem escreve TITO PRATES DE FONSECA: "Há um princípio de causalidade eficiente, e um princípio de finalidade. Negá-los ou confundir-los não é atitude de molde a esclarecer o espírito. O fim, diz Aristóteles, é a primeira das causas" (Ver *A Causa em Direito Administrativo in Direito* — Vol. XIV — págs. 31-2). Eis o motivo porque se buscamos dois autores, cujas diferenças de pensamento jurídico ou político somos obrigados a considerar, veremos neles, não obstante a predominância do elemento de causalidade, esse contraste que é de pasmar; ou há a centralização ou há a descentralização. Nem tanto ao mar nem tanto à terra. Há a centralização e há a descentralização. O Visconde do Uruguay já dizia: "A centralização é essencial e não pode deixar de existir quando se trata de interesses comuns e gerais de uma sociedade. E' então o laço que a une". O município que possui a faculdade de entender de negócios que afetam a província, ou à província o direito de tomar soluções que afetam os interesses de todo o império — eis aí o motivo de anarquia e dissolução da sociedade (URUGUAY — *Ensaio sobre o Direito Administrativo* — vol. II — p. 172). Portanto, há o interesse que é geral, e que pertence ao Estado. Por sua vez, escreve TEMÍSTOCLES CAVALCANTI: "A centralização absoluta, a concentração da autoridade e das decisões administrativas nos órgãos centrais constituiria um impedimento irremediável ao movimento da máquina burocrática" (ob cit. — vol. I — p. 49). Nem uma coisa nem outra. Mas simplesmente o reconhecimento da autoridade do Estado, do seu poder político criador, do Estado legislador, emanação da própria idéia do direito. Já afirmávamos uma vez: "a descentralização não exclui o controle dos órgãos administrativos, como também a unidade dos negócios do Estado não decorre do conceito linear de centralização" (*Os Serviços de Utilidade Pública* — cit. — p. 106). Centralizar não será nunca roubar a autonomia. Mesmo TAVARES BASTOS, com aquela sua argúcia e conhecimento dos problemas nacionais, declarava: "descentralizai o governo, aproximai a forma provincial da forma federativa; a si próprias entregai as províncias, confiai à nação o que é seu; reanimai o enfermo que a centralização fizera cadaver..." (Ver "*A Província*" — p. 30). Apenas a preocupação dos vocábulos.

Se ao Estado compete autoridade jurídica para decidir de assuntos ou problemas políticos — certo será que ele se apresenta a nós outros como o princípio da organização permanente.

O que quer dizer: toda fórmula de organização parte do Estado — do Estado cuja responsabilidade vai além das pessoas jurídicas que tutela, para atingir os limites do *bem comum*.

A descentralização encontra justificativa na necessidade em se manter a autonomia das entidades, supletivas ou não, que exercitam fins de direito. Mas a centralização não busca seu conceito jurídico na negação do princípio de autonomia.

Tal afirmativa seria negar a independência e harmonia dos poderes, base de todo e qualquer regime político ou sistema político de governo. Mesmo em países de organização unitária, a descentralização por serviços ou territorial é fato facilmente comprovável.

Da mesma forma nos regimes federativos — regimes que parecem caracterizar o ideal de um sistema descentralizado — há

a predominância de uma força maior e central e a subordinação de tôdas as entidades inferiores ao poder de soberania do Estado.

Para o jurista moderno seria êrro bem grave afirmar que o fenômeno da *centralização* seria a negação do fenômeno da *descentralização*.

A intervenção do poder central naqueles negócios locais que dizem respeito exclusivo ao seu interesse não corresponde à anulação da autonomia — muito menos restrições na capacidade e competência das administrações locais.

IV

AUTONOMIA E TUTELA ADMINISTRATIVA

Descentralização não significa diminuir o poder de autoridade do Estado. Ou distribuir entre órgãos e coletividades independentes a força de soberania que é atributo jurídico do Estado. Nem tão pouco limitar a ação do poder central no que diga respeito ao interesse público geral.

Dentro do seu princípio histórico de evolução não passa de uma forma de divisão do trabalho. O Estado não será mais que o organismo naturalmente constituído. As demais entidades, as outras pessoas de direito público como por exemplo o município, recebem capacidade de direito público, caracterizante de uma situação de direito, por meio de outorga do Estado já constituído.

A organização administrativa é aquela conferida pelo Estado. Ninguém mais senão o Estado exerce os poderes derivados da soberania. Quando *descentraliza* o seu poder de autoridade surge como que a autolimitação espontânea das suas atribuições políticas.

Onde não existe autoridade única, força de soberania, organização de Estado, não se pode falar em descentralização. No entanto, onde existe autoridade única, força de soberania, organização de Estado, há centralização.

— Nada melhor para provar o paralelismo dos fenômenos. Adotamos o pensamento claro de CIRNE LIMA: "Descentralizar é pluralizar a autoridade. Onde não preexiste, ou não se pode pressupor autoridade una, não se pode, também, falar em descentralização" (Ver *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* — 2ª ed. — p. 137). A descentralização governamental, ou administrativa é, a seu turno, fundamentalmente, uma forma de divisão do trabalho (idem — ob. cit. — p. 138). Os próprios municípios são dispostos por um organismo já constituído, isto é, o Estado. "São disposições contingentes, sem um princípio intrínseco, que lhes assegure a conservação, não subsistindo por si. Não recebem a capacidade de direito público, não se tornam pessoas, por força de um princípio intrínseco, como os organismos, como as pessoas jurídicas de direito privado, mas por uma outorga provinda de um organismo, do

Estado já constituído" (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — p. 221). João Mendes Júnior com aquela admirável supervisão que lhe era peculiar, reconheceria que "a autonomia política, na organização dos seus funcionários, em tudo quanto, no exercício das funções, possa afetar o interesse comum da nação, é limitada pela coordenação, pela supra-ordenação e, em alguns casos, pela subordinação" (Ver *Soberania, Autonomia, Federação* — ed. de 1911 — p. 13). O Estado Federal (está claro) é sempre o órgão integrativo, político, legislador e administrativo. A autolimitação espontânea é, portanto, uma verdade que não se nega: autolimitação do poder do Estado com respeito aos sujeitos de direito submetidos a esse memo poder (Veja-se RAFAEL BIELSA — *Estudios de Derecho Publico* — ed. de 1932 — p. 32). Poderíamos exlamar como o mesmo Bielsa: "Que hábito estranho esse de invocar a autonomia para livrar-se do controle!" (BIELSA — *Descentralización* — cit. — p. 103). Os serviços públicos, qualquer espécie que sejam, supõem sempre um sistema de organização que tanto poderá ser centralização ou descentralização (BIELSA — *El Estudio del Derecho Comparado en la Enseñanza del Derecho Publico Interno in Estudios del Derecho Publico* — cit. — p. 61). Não obstante, há sempre o controle, permanece a tutela, pois o interesse que subsiste é o do Estado — o interesse público, o interesse do bem comum. A descentralização sem o controle ou a tutela seria pura e simples manifestação do individualismo. Como medida do equilíbrio há a centralização sem prejuízo do *self-governement*.

Por um e outro critério adotado — da centralização ou descentralização — entende-se que o poder de Estado necessita manter, pela tutela administrativa, sua capacidade integradora das tendências que se opõem ao interesse público — ao bem comum.

O que quer dizer que, além das duas fórmulas debatidas de exercício administrativo, há a fiscalização da parte do poder de governo do Estado, no sentido de coordenar os interesses particulares com o interesse geral.

Se a tutela administrativa é uma força de controle não há dúvida que atrai para o Estado as entidades descentralizadas, cujos interesses não estejam em consonância com o interesse geral.

Parece que vemos surgir uma forma nova e um tanto abstrata de centralização: a limitação da autonomia dos órgãos descentralizados, da autonomia das entidades descentralizadas de serviço público, no que impeça que os interesses particulares sobrepujem o interesse geral.

Já não é tão importante a distinção que se procura estabelecer entre a administração centralizada e administração descentralizada. Todos os serviços — menos aqueles afetos ao patrimônio privado do Estado — surgem definitivamente integrados na pessoa moral do Estado, e sua organização, a organização dos serviços obedece as restrições e vantagens da personalidade que se lhe atribui e da capacidade civil que se lhe confere.

Restaria saber até onde chega a dependência ao poder central. Se os serviços públicos são autônomos, essa dependência será de responsabilidade, e não importando a ação permanente de tutela

que já exerce o Estado em vista do *bem, comum*, sob que forma se apresentem, continuam como serviços do Estado.

— O Estado não pode abandonar os serviços que são públicos às incertezas dos resultados econômicos. Todos eles integrados na pessoa moral do Estado, na feliz expressão de MARCELO CAETANO (*ob. cit.* — p. 113). "Com as duas formas de administração centralizada e descentralizada, estão intimamente ligados os dois institutos da tutela administrativa e do *referendum*. A tutela administrativa consiste na ingerência do governo na atividade dos órgãos descentralizados, com o fim de coordenar os interesses particulares com o interesse geral. *Referendum* é a manifestação do juízo formado pelos destinatários dos atos dos órgãos descentralizados, sobre a conveniência e oportunidade da prática desses atos. Se a tutela administrativa limita a independência dos órgãos descentralizados, impedindo que os interesses parciais se sobreponham ao interesse geral, o *referendum* destina-se a permitir mais cabal expressão do interesse particular prosseguindo pelo órgão descentralizado" (*idem* — *ob. cit.* — ps. 114-15) "... a descentralização dos serviços não deverá ser total: antes o governo do Estado há de manter, pela tutela administrativa, um forte poder coordenador e integrador das tendências centrifugas com o interesse nacional" (*idem* — *ob. cit.* — p. 117). As mesmas idéias expende ainda MARCELO CAETANO — veja-se *Algumas Notas sobre o Problema da Descentralização Administrativa* in *O Direito* — ano 67 — p. 226). Aliás não chegam a ser idéias originais. Bielsa debateu o tema, não sem bastante erudição, nos seus *Princípios de Regime Municipal*, e MASPÉRIO e LAROQUE no profundíssimo *La Tuelle Administrative*. Há outro trabalho que no debate das mesmas idéias pode ser considerado vanguardeiro. É o de MARCHI sobre *L'Istituto Giuridico Dell'Autarchia* — ed. de 1904. Desde que não se considere o serviço público como um monopólio do Estado e sim como seu atributo, haveremos de convir que ao Estado é que compete a responsabilidade pela sua efetivação. Será preciso deixar claro que o Estado não exerce monopólio sobre a administração pública (Ver FLEINER — *ob. cit.* p. 82).

Não há aqui o caso do monopólio do Estado sobre a administração pública. Tanto não há monopólio que a autonomia de serviço corresponde a uma necessidade de natureza econômica. No sentido administrativo há quem acredite ser e constituir verdadeira limitação à onipotência do Estado.

O Estado politicamente não possui elementos para esquivar-se da tutela jurídica. A autonomia política é correlativa à autonomia administrativa. Se reconhecermos a validade da ação de uma idéia sobre a orientação e organização das formações coletivas, não chegaremos a negar disposição e razão para o Estado controlar as atividades que tenham ingerência no destino da *coisa comum*.

Certamente, que o princípio político da autonomia é a integração nacional ou a integração das corporações locais no organismo da nação. Claro que em se cogitando de distribuir competências se presume naturalmente essa integração e sua correspondente subordinação à capacidade de autodeterminação do Estado.

A tutela surge precisamente como natural consequência da autonomia, (conferindo-se os elementos com que prover as neces-

sidades internas das entidades supletivas ou das coletividades independentes, sobra como direito fundamental do Estado o recurso de controlar tôda atividade que escape ao sentido político e jurídico do *bem comum*.

A autonomia caracteriza-se, principalmente, pela especificação de uma esfera de competência própria.

Tão importante como o manter os direitos que se restringem aos limites dessa esfera própria de competência, será o tutelá-los, protegê-los, impedir que se permita a subversão capaz de perturbar o ritmo de funcionamento normal do serviço que se pretende.

— Será interessante a verificação dos argumentos propostos por EDUARDO L. LLORENS — *La Autonomia en la Integracion Política* — ed. Rev. de Derecho Privado — onde se firma a necessidade da especialização das competências como indispensável a manter o bom termo da autonomia. Convém sempre considerar o serviço público como atributo do Estado. Porque o Estado não exerce monopólio sobre a administração pública (FLEINER — *ob. cit.* — p. 82). “A autonomia administrativa constitui uma limitação a onipotência do Estado” (idem — *ob. cit.* — p. 83). “Em virtude do poder de controle que compete ao Estado, suas autoridades tem a faculdade de inspecionar por si mesmas as corporações administrativas locais” (idem — *ob. cit.* — p. 96). Escreve, por sua vez, GUIMARÃES MENEGALE que a autonomia política é correlativa à autonomia administrativa (*ob. cit.* — vol. I — p. 119). Será preciso “acentuar que os fins do Estado são universais: a administração que tem por objeto realizá-los não pode ser desintegrada e contraditória em si. Insertas no Estado a comunidade regional ou a comunidade municipal não tem fins próprios, ainda que tenham economia própria: seus fins são os do Estado. O princípio biológico social da autonomia é o princípio da integração nacional” (J. GUIMARÃES MENEGALE — *ob. cit.* — p. 121 — vol. I). Neste caso, não fôsse a força do poder soberano, o Estado quase que apareceria como uma *composição*. O poder soberano é que distingue o Estado, porque a entidade autônoma pode legislar para si própria. O mesmo afirmaria Kelsen: “A autonomia, em sentido amplo, compreende a faculdade de legislar: faculdade delegada à corporação autônoma para a criação de normas jurídicas” (Ver *Teoria General del Estado* — ed. de 1934 — trad. esp. — p. 461). Em todo conjunto administrativo há que notar a autonomia para bem dirigir e a tutela. Se mais quiséssemos estender-nos novamente teríamos que apelar para a clarividência de JOÃO MENDES JÚNIOR nos seus trabalhos *Idéia de Autonomia* (ed. de 1912) e *Personalidade do Estado* (ed. de 1914). Sem dúvida que a autonomia é o eixo de vida dos serviços personalizados. Na própria conceituação do município, que recebe força soberana pelo critério da delegação de Estado, nós verificamos essa capacidade autônoma para organizar-se em vêzes, para orientar-se ou administrar-se (Veja-se MONTAGÚ HARRIS — *Local Government in Many Lands* — ed. de 1933). O problema da autonomia não é, portanto problema de direito interno. Podemos afirmá-lo como problema de caráter jurídico universal. GUIDO ZANOBINI estudou-o na Itália com grande esforço de penetração (*L'Amministrazione Locale* — 2ª ed. — 1935). JOSEPH REDLICH na Inglaterra (*Le Gouvernement Local en Angleterre* — 2 vol. — trad. francesa). Deu maior amplitude às investigações ADOLFO POSADA (*El Regime Municipal de la Ciudad Moderna* — 2ª ed.). A tutela visa apenas ao bom exercício da autonomia. Seria interessante afirmar: liberdade dentro da lei, liberdade de ação nos limites da competência legal.

As inúmeras questões suscitadas em torno da insuficiência das organizações de serviço público justificam a índole intervencionista do Estado moderno e a possibilidade em se submeter *essa organizações de interesse comum* à tutela política e administrativa.

Nenhum serviço público poderá gozar de autonomia quando não tenha capacidade própria de subsistência, ou capacidade para prover as necessidades de sua vida. Não precisaríamos dizer que o problema da organização e execução dos serviços públicos possui caráter universal.

Em tôdas as nações nem sempre igual é o critério da subordinação, mas em tôdas elas se verifica a indispensabilidade de o Estado assumir a tarefa que se lhe atribui em virtude da própria função, que é política, que é social.

Existe autonomia — não o negamos. Autonomia que significará, como já dissemos, independência de funções de auto-administração — de auto-administração no sentido dos negócios a que se referem os serviços — autonomia relativa às funções delegadas e ao regime de competência.

— Veja-se o trabalho de MONTÉGÚ HARRIS. Estudando o *Local Government in Many Lands*, afirma a tendência de se deixar o governo local à livre administração: quer em se tratando dos municípios como a forma mais pura do governo local, como dos serviços que afetam o interesse público. Já afirmávamos: "O que caracteriza precisamente as pessoas jurídicas que realizam serviços públicos é essa autonomia diante dos poderes de ação administrativa do Estado. Autonomia que se afirma juridicamente no ato da delegação expressa de funções, e outorga de competência. Mas um dos pontos essenciais que não devemos esquecer é a natureza jurídica da subordinação das entidades de serviço público e órgãos supletivos da administração pública, ao poder de soberania do Estado". (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *ob. cit.* — p. 43). Todo controle é exercido num sentido de vigilância. Será a tutela administrativa que virá diferenciar os órgãos descentralizados e autônomos dos organismos centralizados. Os primeiros se encontram submetidos a um simples controle tutelar. Sobre os segundos há a ordem hierárquica. "Os órgãos descentralizados ou autônomos possuem uma personalidade jurídica perfeitamente individualizada e gozam dos direitos inerentes ao livre desenvolvimento dessa personalidade" (ALBERTO DE MICHELI — *Los Entes Autônomos*, apud TEMÍSTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — vol. I — p. 207). O que caracteriza, no entanto, a subordinação das entidades de serviço público é a origem, a sua criação e organização pelo Estado, a sua subordinação ao Estado, os laços de dependência mais ou menos largos existentes entre ambos (Ver TEMÍSTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — vol. I — p. 207). Essas entidades realizam serviços que em rigor deveriam estar confiados a administração pública geral. "Nem porque descentralizadas, as organizações de serviços públicos personalizados tornam-se independentes. Há, entre elas e a administração geral a que se prendem, vínculos de subordinação, mais ou menos estreitos, estabelecidos nas leis geradoras de sua personalidade" (TITO PRATES DA FONSECA — *Autarquias Administrativas* — ed. de 1935 — p. 93). Existe dependência das entidades de serviço público ao Estado. "O Estado, criador das entidades, tem sobre elas uma missão de contrastes e superintendência, que se denomina tutela administrativa" (Ver RODOLFO BULLRICH — *Curso de De-*

recho Administrativo — Compilación de P. Frutos e J. B. Servat — ed. de 1929 — p. 233). Bastaria afirmar com Georges Renard que o direito público é o direito do Estado (Ver *La Theorie de L'Institution* — Essai d'ontologie juridique — ed. de 1933 — 1 vol. — p. 475 e seg.). A unidade dos negócios do Estado surge por ser ele um poder. Será uma função de polícia no bom sentido, a função do Estado.

O equilíbrio entre o poder de governo e a autonomia das entidades estranhas ao mecanismo do Estado encontra efeito na responsabilidade recíproca que se estabelece sob a denominação de *competência*.

Parecerá à primeira vista que o Estado cria *competências* dentro da sua competência. O que acontece, porém, não está na importância da criação das competências e sim na integração de pessoas jurídicas que dizem respeito ao bem público, no organismo do Estado.

Quando o poder público organiza serviços ou reconhece serviços, institui uma personalidade de direito, cuja existência livre não escapa ao poder de soberania jurídica do Estado.

Há que distinguir, na verificação do aspecto desse fenômeno, que tudo depende do ponto de partida, do ângulo em que se encontra o jurista quando pretende determinar o *fato* em suas características mais positivas.

Temos em mão dois processos diferentes: o processo de direito privado e o processo de direito público. Não vamos distingui-los, porque eles já se distinguem pelo próprio conceito.

No entanto, essa *idéia* de subordinação das entidades de serviço ao poder de soberania de Estado é uma *idéia* de direito público.

Se não pudermos compreender ou aceitar a realidade da força do Estado, ou a predominância da noção de *bem-comum*, claro que as conclusões não seriam as mesmas.

Mas desde que nos inclinemos a reconhecer que o ponto essencial e indiscutível é o estar o interesse particular submetido ao interesse de ordem pública, concluiremos que o processo no caso, para toda e qualquer investigação desinteressada, será o processo de direito público.

Fica estabelecido, sem embargo dos que pensem em contrário, que há uma fronteira indestrutível entre as iniciativas privadas e as iniciativas privadas de interesse público.

Ora, o que é público pertence sem dúvida à alçada do direito público. E o direito público é por excelência o direito do Estado. Não sobram razões contrárias que consigam justificar o abandono do poder de governo pelas coisas e objetos, cujo interesse é social, coletivo, do Estado.

— As disciplinas jurídicas nunca fogem ao objeto que as determinam e qualificam. Não é demais repetir aqui com GEORGES RENARD o que já afirmávamos mais atrás: O direito público é o direito do Estado (RENARD — *ob. cit.* — p. 475) HAURIU e RENARD afirmam teorias em que aparecem essa, como sendo a função essencial do Estado. GENY, civilista, reconhece nessa função uma função de polícia, preventiva e tuteladora. A série dos serviços prestados pelas entidades autônomas constitui verdadeira função anexa, suplementar do Estado, e condição da transformação do meio econômico e social (RENARD — *ob. cit.* — pág. 555). "Quando o governo descentraliza serviços, institui uma personalidade, da qual deve brotar livre, espontaneamente uma caudal de força coletiva, de energia social, que não se pode prevenir nem calcular". (ANTÔNIO ROYO VILLANOVA e SEGISMUNDO ROYO — *Elementos de Derecho Administrativo* — Ed. de 1934 — pág. 276). Tudo isso, porém, dentro da soberania jurídica do Estado, subordinado ao poder do Estado, dependendo da força de poder do Estado (Idem — *ob. cit.* — pág. 276). JÈZE é quem melhor demonstra a importância de se distinguir os processos de investigação da realidade jurídica. Ambos os processos lembrados, de direito público ou o de direito privado, são importantes em relação do fim, do objetivo final. Está claro que existem necessidades de interesse geral, que o Estado cuida satisfazer por si mesmo, ou com auxílio de elementos de direito privado. Desde que haja a idéia de serviço público, não se poderá discutir o fim ou objetivo final. Conclui-se que a idéia central é a de que o interesse privado deve estar subordinado ao interesse público. (Veja-se GASTON JÈZE — *Les Principes Generaux du Droit Administratif* — Ed. franc. de 1925 — Vol. II — pág. 2). Público é o direito que se refere ao Estado romano. *Publicum jus est quod statum rei Romanae spectat*. O direito público pertence ao Estado como governo: regula a sua existência política. A unidade do Estado corresponde à unidade do direito. O direito civil resolve os problemas da sociedade civil nas relações entre pessoas particulares. A distinção é metodológica. O sujeito do direito civil é a pessoa. Do direito público é o Estado". (Ver PEDRO CALMON — *Curso de Direito Público* — Ed. de 1938 — pág. 11 e segs.). Estabelecida essa distinção mesmo metodológica, há de reconhecer-se a importância dos fins. Nesse ponto é que somos pela intervenção como critério normal de regularização da ordem pública. Constitui hoje em dia verdadeiros capítulos da ciência do direito essa capacidade, inerente ao Estado, de sempre intervir e estender o domínio das suas atribuições. Tanto regulamentando a atividade privada, modificando a situação de bens patrimoniais privados. Substituindo muitas vezes a atividade privada, o indivíduo, mesmo naquilo que diz respeito aos seus interesses particulares que colidem com os interesses públicos. Outro fato interessante é a substituição da atividade privada pela atividade do Estado. A teoria geral da intervenção administrativa reúne uma série de questões tão diferentes que a sua sistematização tem provocado inúmeras discussões entre os estudiosos (Veja-se ROGER BONNARD — *Précis de Droit Administratif* — partie generale — ed. de 1935 — pág. 9 e segs.). Daqui firmamos a necessidade da tutela mesmo para as entidades autônomas. Diremos com TROBATAS: *Toutefois, le pouvoir central conserve toujours un certain droit de regard sur ces administrations indépendantes, et c'est ce droit de regard qui constitue la tutelle administrative*. (Ver *Elements de Droit Public et Administratif* — ed. de 1938 — pág. 10). Fica reservado ao Estado, portanto, a qualidade de tutelar as administrações independentes que dizem respeito ao interesse público. E entre independência e autonomia não há grande distância de caráter doutrinário. Não obstante tratar de assunto mais ou menos diverso, idêntica é a opinião de FLEINER: "No conjunto da organização da administração pública, os cargos de administração autônoma caracterizam-se por dois traços: pela esfera de sua competência e pela submissão à vontade do Estado" (Ver *Les Principes Generaux du Droit Administratif Allemand* — pág. 73). Conclui TEMÍSTOCLES CAVALCANTI: "Como se vê, é a natureza de tais enti-

dades que as coloca em situação peculiar, situação imposta, muita vez, pela sua finalidade e a necessidade de uma organização autônoma. E' por isso que o mesmo De Micheli diz que a integração no organismo do Estado é que dá a estas entidades o caráter público, ainda que realizem atividade de natureza privada" (*ob. cit.* — vol. I — pág. 207).

Se há regime de competência decorre exclusivamente da capacidade jurídica que possuem as entidades e serviços para a prática normal de certos e determinados atos afetos à soberania do Estado.

Quando o poder público pelos seus órgãos administrativos cria um serviço de caráter essencial, institui uma personalidade jurídica da qual devem aparecer as vantagens do serviço — não obstante se lhe reconhecer a situação de relativa subordinação à soberania jurídica do Estado.

Será a tutela administrativa que irá distinguir os órgãos autônomos dos organismos centralizados.

No conjunto do sistema de organização administrativa as entidades de administração autônoma se distinguem pela caracterização do limite da sua competência e pela conseqüente submissão ou subordinação à vontade do Estado.