

FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Paulo Modesto

Do problema

A locução administração pública pode designar tanto uma específica atividade jurídica (a atividade administrativa) quanto o sujeito ativo da mesma atividade (a administração pública do Estado ou quem lhe esteja fazendo as vezes). A primeira acepção é denominada de sentido objetivo da voz administração pública. A segunda acepção indica o sentido subjetivo. Ambas as significações constituem noções preliminares ao estudo metódico do tema função administrativa.

É evidente o desacordo que as duas acepções apresentam no sistema do direito positivo brasileiro. Por um lado, a atividade de administração pública não se acomoda apenas nos aparelhos burocráticos do Estado. Por outro, os órgãos administrativos exercitam atividades não funcionalizadas, bem como outras funções públicas. Esse desacordo atende a interesses de ordem

A discussão sobre a função administrativa e, por consequência, sobre a forma de agir do Poder Público é permanente. Ademais, no âmbito da Reforma do Estado, o texto apresenta-se como importante instrumento de conhecimento técnico sobre este processo, discutindo as atividades jurídicas da administração pública sob os aspectos estático e dinâmico.

política, como a preservação da independência ou autonomia funcional dos órgãos superiores do Estado, que repartem o exercício do poder político para dificultar a concentração de poderes e o consequente prejuízo à liberdade dos cidadãos. No entanto, uma vez constatada a divergência, importa determinar formas de atribuir sentido racional à repartição de tarefas e competências no interior do Estado Constitucional, com o que penetramos no terreno das funções públicas.

Assim, perguntar por uma classificação e individualização das

funções públicas corresponderá a interrogar por uma tipologia das formas de atividade jurídica do Estado (enfoque estático) ou pelos modos através dos quais os órgãos públicos (ou quem quer que lhes esteja fazendo as vezes) exercitam funções públicas (enfoque dinâmico).

A pergunta é sempre o momento da resposta. A resposta a essas duas interrogações dependerá em boa parte dos critérios adotados para isolar os tipos formais de atividade pública e da própria (pré)compreensão que o intérprete tenha do alcance e significado de algumas regras fundamentais do sistema constitucional. Nesses termos deve também ser compreendido o esforço de investigação empreendido neste trabalho. As interrogações que propomos e as respostas subseqüentes não invalidam outros modos de interrogar ou responder sobre o tema função administrativa. Na ciência do direito não cabem perguntas definitivas nem respostas definitivas. As tentativas de sistematização, à semelhança do objeto que procuram ordenar, são sempre datadas e referidas ao contexto em que são elaboradas. As classificações jurídicas encerram apenas ensaios necessariamente provisórios de conceituação e síntese de enunciados normativos.

No tratamento do tema dividimos a exposição em três partes. Na primeira, procuramos eliminar prejuízos conceituais nocivos a uma clara identificação da função administrativa, distinguindo o problema das funções públicas do problema da estruturação orgânica do Estado, entre outras anotações. Na segunda parte, tentamos formular uma conceituação mais detida de função e avaliar a utilidade dos diversos critérios conhecidos para a classificação das funções públicas. Na terceira e última parte, formulamos um ensaio de conceituação sobre a função administrativa.

Premissas conceituais

A Constituição brasileira reparte o exercício do poder do Estado em dois planos distintos. No *plano horizontal*, define como órgãos ou Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). No *plano vertical*, proclama a autonomia das unidades da Federação, distribuindo o exercício do poder político entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos limites que estabelece (art. 1º c/c art. 18).

A *separação horizontal* de poderes determina uma *diferenciação funcional* dos órgãos superiores do Estado através da referência direta às três funções clássicas: legislação, administração (ou execução) e jurisdição.

Essa diferenciação funcional prescreve ao mesmo tempo um limite e um dever de atuação institucional para cada órgão referido, vedando, também, a *contrario sensu*, toda e qualquer delegação de poderes sem fundamento explícito no texto constitucional¹.

A repartição ou *separação vertical*, por sua vez, importa basicamente numa delimitação das ordens jurídicas especiais próprias do Estado Federal, mediante a distribuição de competências segundo uma divisão sucessiva de ordem territorial.

O critério de repartição nos dois planos é essencialmente político, sendo previsto em cada separação uma distribuição de competências que permite o estabelecimento de relações de interdependência, complementaridade e controle recíprocos.

A finalidade visada nas duas formas de partilha do exercício

do poder político do Estado- não partilha do próprio poder estatal (permanece vigente o dogma da unidade, indivisibilidade e indelegabilidade do poder estatal)- pode ser traduzida na máxima segundo a qual apenas o poder embarga o poder (*le pouvoit arrête le pouvoit*).

O princípio da separação horizontal de poderes chegou mesmo a ser definido como princípio universal, cujo não acatamento significava a própria ausência de Constituição:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution (Art.16 da déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789).

A essa primeira dicotomia cumpre acrescentar uma outra que nos interessa de modo mais imediato. Parece útil distinguir, para evitar uma confusão comum, separação de poderes e separação de funções.

A separação de poderes traduz um princípio de organização política, uma fórmula necessariamente contingente e

¹ - Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, p. 530.

historicamente condicionada de ordenar e enumerar os órgãos (ou sistema de órgãos) mediante os quais o Estado atua como pessoa jurídica.

Nesse plano abstrato e simplificado de análise, sem vincular-se a uma tematização metódica das formas de atuação jurídica dos órgãos estatais, a separação de poderes (ou órgãos) é insuscetível de receber tratamento adequado pela ciência do direito, restando como objeto de consideração da história ou da ciência política.

Com efeito, não cabe à ciência do direito avaliar a eficiência dos aparelhos pelos quais atua o Estado, nem questionar quantos devam ser para o melhor funcionamento do sistema político, nem inquirir os critérios pragmáticos ou políticos que conduziram o constituinte a definir-se por estabelecer dois, três ou mais órgãos destinados ao exercício do poder público².

A falta de uma perfeita identificação da especificidade do problema organizatório incito na separação de poderes, a confusão que se faz sobre esse princípio se não o isolamos para efeito de análise do problema da repartição do exercício das

funções públicas, explica o fato de muitos autores continuarem a descrever uma hierarquia dos órgãos constitucionais. Essa doutrina, porém, comete dois erros graves. Um erro lógico: a separação dos órgãos constitucionais, como vimos no último item, corresponde a uma separação horizontal do exercício do poder político, portanto uma separação fundada em relações de paridade e não de subordinação. Com efeito, os órgãos constitucionais, feixes de poderes funcionais com fundamento imediato na Constituição, não podem estabelecer entre si relações de hierarquia. Os órgãos superiores do Estado mantêm entre si relações de coordenação e não de subordinação. A própria Constituição assinala como notas essenciais das relações entre os órgãos constitucionais a harmonia e a independência (art. 2º). O segundo equívoco é mais sutil. O fato da atuação do legislador na edição da lei constituir um pressuposto para a atividade administrativa conduz a uma dependência lógica da função administrativa em relação à função legislativa, mas não a uma dependência jurídica do órgão (ou Poder) executivo em face do órgão legislativo, quando menos porque aquele participa na maior parte das vezes do próprio

² - Cf. Marcelo Caetano, p. 224.

processo legislativo (a exemplo do veto, do ato de sanção das leis, da iniciativa de leis e da edição freqüente e abusiva de medidas provisórias).

O problema organizatório postulado pelo princípio da separação de poderes apresenta uma complexidade maior do que aparenta ao primeiro contato. Não se resolve na simples definição do número de órgãos constitucionais ou da atividade que deve ser exercitada de modo prevalente por cada um dos poderes. Não termina com a especificação de competências extraordinárias ou atípicas deferidas aos órgãos para o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). É problema que envolve também as vedações ao exercício pessoal de mais de uma função (v.g. art.38 e 56 da Constituição Federal) e as vedações implícitas - já referidas - às delegações de funções feitas de modo direto ou velado³.

A distribuição de funções entre órgãos constitucionais, segundo o princípio da separação de poderes, tem um claro sentido de mera especialização funcional. Este recurso permite definir algumas atividades do órgão

como típicas (ou normais) e outras como atípicas (ou extraordinárias). As primeiras não requerem permissão constitucional expressa, ao contrário das segundas, que são exercitadas pelo órgão quando fixadas expressamente no documento constitucional, com a única exceção das hipóteses em que a atividade atípica vem para viabilizar e instrumentalizar o próprio exercício das atividades típicas ou normais do órgão constitucional. Pode parecer certo destarte falar aqui em uma *separação constitucional de funções*.

Sem embargo, uma separação de funções assim concebida seria de pouca utilidade para o estudo metódico das funções públicas. Nesse estudo, o problema orgânico apenas de modo mediato pode oferecer relevância. Referimos, atrás, ao desacordo existente entre os sentidos objetivo e subjetivo de administração pública. Se nos rendemos à repartição funcional definida pela separação de poderes negamos a própria especificidade do problema das funções públicas. O sentido da teoria das funções é reclamar uma diretriz que permita identificar e classificar as diversas formas de atividade jurídica do Estado,

³ - Cf. José Horácio Meirelles Teixeira, p. 597.

compondo um quadro compreensivo apto a oferecer ao intérprete regras para a identificação do regime jurídico adequado às atividades de tipo formal duvidoso.

Assim, a possibilidade de uma separação de funções está vinculada à possibilidade de identificação de regimes jurídicos próprios para cada uma das funções públicas. Essa tarefa é (ou deve ser) cumprida pela ciência do direito. O conceito de função pública é conceito a que se chega por generalização metódica e não por uma simples consulta direta ao texto constitucional.

FRANCIS PAUL BÉNOIT parece ter sido o autor que melhor encareceu o problema, averbando com maestria:

Il ne peut être question en effet de nier la valeur scientifique de la notion de fonction et de prétendre que le juriste doit se borner à décrire isolément les missions, les régimes, les organes, institués par le droit positif. Derrière ces trois notions se profile en effet essentiellement l'aménagement des compétences et des attributions. Le but d'une étude

scientifique des institutions est précisément d'expliquer la répartition de ces compétences et de ces attributions. Or il n'y a pas d'explication sans classement, pas de classement sans abstraction, et pas d'abstraction sans appel à la notion de fonction. Toute étude scientifique implique donc que la description des tâches, des régimes et des organes on s'élève à la notion de fonction⁴.

Segue-se que a idéia de uma separação de funções, se algum sentido possui, não pode ser aquele da simples repartição de atribuições (GABINO FRAGA) ou tarefas e competências (J.J. GOMES CANOTILHO). Separação de funções é expressão que pode significar apenas o resultado final do esforço científico de isolar os tipos ou formas da atividade jurídica do Estado. É expressão equívoca, que serve somente para assinalar o caráter necessariamente dogmático de toda classificação das funções do Estado, fazendo contraponto com a separação de poderes, esta sim designativa de uma ordenação positiva expressa e evidente no texto constitucional. Essa percepção da especificidade e da própria

⁴ - Francis Paul Bénoit, p. 35.

natureza do problema colocado pelo tema da separação das funções permitirá desde logo estabelecer com nitidez e sem ambigüidades o *campo de aplicação* próprio dos conceitos a serem emitidos neste trabalho. O problema da seleção de um critério útil para a formulação dessa tipologia das funções do poder do Estado, no entanto, demanda um estudo em separado. É o que se fará.

Função e classificação das funções

Significante *função* vem empregada na doutrina jurídica principalmente em duas acepções. Na primeira, função denota uma espécie de *poder*. Na segunda, uma espécie de *atividade*. Parece útil ilustrar sucintamente esses dois usos do termo função.

A voz *poder* é encarecida em definições de autores eminentes como SANTI ROMANO e RENATO ALESSI. É clássica a definição do primeiro autor para função pública:

Le potestà che sono esercitate, non per un

*interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo*⁵.

RENATO ALESSI, por sua vez, averbou:

*Il potere statale appunto, considerato in quanto diretto a queste finalità di interesse collettivo ed in quanto oggetto di un dovere giuridico relativamente alla sua applicazione, costituisce una funzione statale*⁶.

A segunda acepção é prestigiada por autores também renomados a exemplo de JOSÉ ROBERTO DROMI e GABINO FRAGA. O primeiro autor define as funções do poder através de fórmula precisa e sintética:

*Las funciones del poder son las formas diversas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominante del Estado, los diversos modos de ejercicio de la actividad estatal*⁷.

A mesma brevidade é repetida na definição expressiva de GABINO FRAGA:

⁵ - Santi Romano, apud Franco Modugno, Verbete "Funzione", in *Enciclopédia del Diritto*, XVIII, p. 1401.

⁶ - Renato Alessi, *Prinçipt...*, p. 3.

⁷ - José Roberto Dromi, p. 77.

El concepto de función se refiere a la forma y a los medios de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones⁸.

Neste trabalho preferimos empregar a segunda acepção do termo função. A primeira corrente doutrinária ressalta principalmente o ângulo da situação jurídica em que se encontram os exercentes do poder público. Nessa perspectiva, a atuação funcional dos agentes se uniformiza. Todos manipulam poderes-deveres, poderes vinculados ao cumprimento de deveres jurídicos, poderes instrumentais vocacionados ao atendimento de interesses objetivos ou alheios ao próprio querer do sujeito atuante. Daí a razão desse sentido não atender imediatamente aos propósitos de uma teoria das funções, que visa antes formular uma discriminação do que uma uniformização no tocante ao exercício do poder estatal.

A segunda corrente doutrinária, ao contrário, embora informe pouco a respeito da natureza jurídica da atividade pública,

anota aquilo que no momento parece essencial, a saber, a existência de diferentes formas de exercitar atividade estatal.

Para que a definição adotada forneça algo mais do que essa simples declaração, é indispensável recorrer a critérios aptos a executar a diferenciação das formas apenas referida.

Os critérios estudados na doutrina são basicamente os seguintes:

- a) critério negativo;
- b) critério orgânico ou subjetivo;
- c) critério material;
- d) critério formal.

Descabe, porém, como anotou com argúcia CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apartar completamente os critérios material e formal. Ambos fazem referência a um objeto, no caso uma atividade, em contraste com o critério orgânico ou subjetivo que se denota um sujeito⁹.

Feitas as correções, a lista de critérios passa a ser a seguinte:

- a) critério negativo;
- b) critério subjetivo;
- c) critério objetivo:

⁸ - Gabino Fraga, p. 21.

⁹ - Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, p. 12.

- c.1) material;
- c.2) formal.

Critério Negativo

O critério negativo tem duvidosa validade científica na medida em que procede a definições através de exclusão. Por essa via afirma-se algo através do procedimento lógico de negar pertinência do objeto a definir com outros objetos dados.

É usado com frequência na doutrina alemã para definir administração pública. A explicação para essa preferência pode ser dada de duas formas. A primeira explicação parece ter sido a necessidade de recusar o essencialismo das definições positivas. A segunda explicação procura fundamento na própria história.

A Monarquia centralizava nas mãos do príncipe todas as formas de exercício do poder estatal. Não havia diferenciação jurídica entre as funções públicas. O governo respondia pela *atividade total do Estado*. É apenas através de longa evolução histórica que as três formas clássicas de atividade conseguem uma individualização expressiva. A primeira separação vem com a declaração de autonomia dos tribunais para resolver conflitos

entre particulares e definir sobre a aplicação das normas penais. A segunda separação vem com a ampliação do processo de constitucionalização do Estado a partir do qual se afirma a autonomia das assembleias representativas como espaço privilegiado para o exercício das faculdades legislativas. A administração aparece como resíduo final dessa fragmentação do exercício do poder político.

A aplicação do critério negativo no plano da teoria das funções vem por isso limitada a explicação da função administrativa. A definição das demais funções é pressuposta.

OTTO MAYER pode ser citado aqui como exemplo ilustrativo. Este autor define de modo positivo legislação e justiça. Por legislação entende o estabelecimento de regras de direito por parte do poder soberano mediante o concurso do corpo representativo da nação. No conceito de justiça integra tanto a atividade do poder público destinada a manutenção da ordem jurídica pertencente aos tribunais (jurisdição cível e penal) quanto as atividades de direção do procedimento judicial, a jurisdição voluntária, a atuação do Ministério Público e toda a atividade dos agentes de

execução judicial que sirvam à manutenção da ordem jurídica¹⁰.

Na definição objetiva de administração menciona explicitamente o critério negativo:

Examinando las dos primeras ramas de la actividad del Estado cuya noCIÓN requere esencialmente la reunión de dos elementos, se comprueba que cuando falta uno de esos elementos, la actividad, cualquiera sea por lo demás su carácter, cões por ello mismo en la esfera de la admnistración. Por conseguinte, esta noCIÓN parece estar delimitada negativamente: admnistración deve ser toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia¹¹.

No entanto, embora fixe essa regra como princípio, o mesmo autor procura acrescentar um elemento positivo à noção objetiva de administração, no intuito de extremá-la de uma quarta espécie de atividade estatal: a função de governo. Esse elemento positivo vem expresso no conceito de administração

como *la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico*¹². É didática, entretanto, a utilização que faz o autor do critério negativo.

Na doutrina brasileira o critério é empregado por TITO PRATES FONSECA¹³.

O critério negativo, ao fim e ao cabo, parece todavia insuficiente para uma teoria das funções. Em primeiro lugar, não explica a formulação dos conceitos que servem de base para a exclusão, dando por demonstrado exatamente o que pede demonstração. Em segundo, sem uma precisão ulterior, identifica praticamente Poder Executivo e Administrativo, idéia que reclama uma correção por duas vias (por um lado, a administração traduz apenas uma parte da atividade total do Poder Executivo e, por outra, excede como noção objetiva as fronteiras do mesmo Poder, sendo possível também no Poder Legislativo e Judiciário).

Critério Orgânico

O critério orgânico (ou subjetivo) exalta o sujeito que realiza ou exercita a função pública, sem

¹⁰ - Cf. Otto Mayer, p. 6, 8 e 9.

¹¹ - Idem, ibidem, p.10.

¹² - Idem, ibidem, p.15.

¹³ - Cf. Tito Prates Fonseca, p. 45.

indagar sobre o conteúdo ou sobre o alcance dos atos produzidos.

Por essa via a função vem definida pelo órgão e não o órgão pela função. A definição do órgão é pressuposta.

O critério orgânico é muito adotado entre autores franceses, menos por suas qualidades intrínsecas do que como consequência de particularidades do sistema do direito positivo desse país¹⁴.

Não obstante, foi duramente criticado pela voz segura de CARRÉ DE MALBERG:

El hecho de que, jurídicamente, una decisión dependa de la competencia del órgano legislativo o de la competencia de la autoridad administrativa, no puede por sí sólo proporcionar la base de la respectiva definición o de una delimitación exacta entre la legislación y la administración. La substancia de un acto estatal no varía según la cualidad de su autor o según la forma em que se ha gestado¹⁵.

Os adeptos da teoria orgânica negam a divisão dos atos estatais em formais e materiais e ressaltam a natureza tautológica da relação órgão-função (o Estado-Juiz apenas julga, o Estado-Administrador apenas administra, o Estado-Legislador apenas legisla, e vice-versa).

Nessa passagem, fazemos talvez uma excessiva generalização. Muitos autores adeptos da teoria orgânica consideram a administração apenas uma zona ou setor do Poder Executivo, uma vez que admitem a existência da chamada função política ou governo. Outros, por sua vez, dilatam o conceito subjetivo de administração para escapar a uma identificação estreita entre função administrativa e atividade do Poder Executivo¹⁶.

Na formulação rígida, porém, o critério apresenta insuficiências manifestas.

Primeiro. O critério orgânico não poderia explicar o regime jurídico para casos de ação conjunta ou complementar de dois ou mais órgãos constitucionais no exercício de uma mesma função.

¹⁴ - Cf. Georges Vedel, p. 17 e segs.

¹⁵ - Carre de Malberg, p. 261.

¹⁶ - Cf. Juan Carlos Cassagne, p. 62.

Segundo. Não explicaria a aplicação do regime jurídico administrativo para determinados atos do Poder Judicial e Legislativo (v.g., nomeação de servidores desses poderes, administração das secretarias, controle e gestão sobre bens funcionais).

Terceiro. Não informaria sobre o regime jurídico dos atos do Poder Executivo que têm fundamento imediato na Constituição e que, amplamente discricionários, não têm caráter de execução ou gestão infralegal.

Quarto. Não justificaria a aplicação do direito administrativo para os atos das *peçoas públicas não estatais* (a exemplo dos concessionários e permissionários de serviços públicos).

Quinto. Não poderia explicar a aplicação do regime jurídico administrativo às autarquias e fundações públicas.

Sexto. Nem informaria tampouco sobre o regime jurídico aplicável aos particulares que colaboram com a administração (jurados, mesários, tabeliães, diretores de faculdades, por exemplo, que praticam atos expressivos de poder público).

Critério Objetivo Material

O critério objetivo material interroga pelas notas que definem a natureza intrínseca da função pública, investigando na própria atividade e não no órgão atuante o substrato invariável que a particulariza.

Por essa via será administrativo, legislativo ou jurisdicional o ato que apresentar em si mesmo o conteúdo essencial da atividade respectiva.

Os autores que defendem o emprego do critério objetivo material invariavelmente reconhecem o caráter administrativo de certos atos provenientes do Poder Legislativo e Judicial. E o fazem de modo direto e positivo, não por exclusão.

As noções formuladas para dar conta desse conteúdo invariável, permanente e essencial dos diversos tipos formais da atividade pública foram curiosamente de uma variedade desconcertante.

AGUSTIN GORDILLO, demonstrando grande poder de síntese, resumiu assim as diversas conceituações materiais em curso na doutrina:

a) função legislativa: a criação de normas gerais

de conduta, imperativas para todos os habitantes;

b) função jurisdicional : a decisão imperativa de contendas entre partes, determinado o Direito aplicável;

c) função administrativa: realização de algo concreto em casos individuais¹⁷.

As insuficiências do critério material são também manifestas. As notas distintivas decorrem antes de opções pessoais casuísticas do que uma dedução fundada nas diretivas do sistema normativo. O critério não consegue resolver numa síntese a heterogeneidade do conteúdo dos atos funcionais. Não explica porque atos de conteúdo legislativo e jurisdicional emanados da administração permanecem regidos pelo direito administrativo (o regulamento e as decisões dos órgãos administrativos em recursos hierárquicos). Não informa porque leis individuais e concretas, leis meramente derogatórias e leis com *fattispecte exclusiva* (v.g., as leis que regulam apenas a criação de um órgão isolado do Estado), permanecem com a mesma força jurídica e submetidas ao mesmo

regime jurídico das leis gerais e abstratas. Também não daria conta da heterogeneidade dos atos jurisdicionais (v.g., os atos de jurisdição voluntária, determinados atos do processo falimentar, sentenças normativas no âmbito da Justiça do Trabalho, a elaboração de regimentos internos, o controle abstrato da constitucionalidade das leis).

Critério Objetivo Formal

O critério objetivo formal encarece o exame da eficácia jurídica específica de cada uma das funções públicas, com independência do órgão de origem ou do conteúdo material dos atos emitidos.

Por essa via os atos estatais aparecem caracterizados pelo plexo de efeitos jurídicos que desencadeiam a partir do sistema normativo.

A voz formal é impropriamente utilizada por alguns autores para significar o modo de exteriorização do ato (o veículo expressivo) e outras vezes para denotar a proveniência orgânica ou subjetiva do ato.

O critério formal objetivo veio responder a algumas deficiências apresentadas pelos critérios

¹⁷ - Cf. Agustín Gordillo.

anteriores. Nas definições sobre a função legislativa os autores destacam a novidade (*novità, inovación*) como nota formal distintiva que cerca o conceito de lei. É lei a norma que inova de modo primário a ordem jurídica e tem fundamento na Constituição.

Não contrariando o documento constitucional, a lei formal pode veicular tanto normas gerais e abstratas quanto normas individuais e concretas (v.g, a autorização para a alienação de determinado bem público, a ampliação de algum crédito orçamentário etc).

O eminente professor OSWALDO A. BANDEIRA DE MELLO fornece uma síntese precisa do conceito formal dos atos característicos de cada uma das funções públicas. Diz o autor que a lei tem o

valor formal de se impor, imediatamente, de modo superior a qualquer manifestação do Estado-poder, a todas as autoridades estatais e aos componentes do Estado-sociedade,

consistindo a sua *força formal* no caráter de

inovar, de maneta abso-

luta, a ordem jurídica, derogando a anterior, dentro da estrutura constitucional vigente.

A sentença, por sua vez, tem valor formal específico

no trânsito em julgado da decisão proferida, insuscetível, ao depois, de modificação até pelo próprio julgador, e que traz em consequência a força jurídica consistente no estabelecimento da coisa julgada.

Por fim, o ato executivo, cujo formal se expressa na

*presunção de verdade, e que consiste em independer, em princípio, de prova, e pode ser, desde logo, extgível, o que traz, como consequência, a força jurídica de autotutela, ou seja, a possibilidade de auto-executoriedade, quando não obedecido*¹⁸.

O critério objetivo formal sem dúvida resolve a maior parte dos problemas colocados pela doutrina. Os conceitos de jurisdição e administração, entretanto, merecem reparos. A executoriedade não pode ser vista como atributo qualificador dos atos administrativos de todo

¹⁸ - Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, p. 23.

gênero. É atributo dos atos restritivos da esfera jurídica dos particulares e apenas em situações excepcionais (havendo autorização legal expressa ou quando ocorrerem situações de indispensabilidade momentânea da autotutela). Não tem aplicação para os atos de administração consultiva, verificadora, e mesmo para todos os atos administrativos ampliativos da esfera jurídica de particulares (não há qualquer executoriedade, via de regra, em atos administrativos consistentes em licenças, permissões, autorizações, registros, entre outros, porquanto na grande maioria desses sequer haveria cabimento lógico para qualquer procedimento impositivo). De outra parte, qual o sentido em referir a autotutela ou a executoriedade para caracterizar os regulamentos administrativos? A jurisdição, por sua vez, como atividade, não produz sempre e necessariamente decisões dotadas de força de coisa julgada (formal ou material). Há jurisdição no ato do juiz que indefere liminarmente uma petição inicial, nos atos de jurisdição voluntária, nas decisões cautelares, por exemplo, e não se poderia atribuir a qualquer desses atos o atributo da

definitividade para dizer o direito.

A todo rigor, porém, a dificuldade não provém do critério objetivo formal mas do uso que dele tem feito a doutrina. O equívoco parece repousar antes nas formulações empreendidas do que propriamente no critério. O critério é apropriado e pertinente para uma indagação estritamente dogmática das funções públicas. É aceito para os fins desse trabalho. A sua utilização vem afirmado no desenvolvimento da parte seguinte, reservada para uma tentativa de conceituação da função administrativa.

Função administrativa

Avoz administração pode ser empregada tanto no direito privado quanto no direito público.

No direito privado, o signo administração aparece quase que exclusivamente em sentido objetivo, como substantivo, denotando uma atividade.

É possível defini-la: atividade teleológica, assumida pelo sujeito ativo como um encargo, consistente no resguardo de interesses e bens de terceiros, qualificada pelo dever jurídico

do administrador prestar contas de sua atuação ao titular do interesse ou do bem protegido ou a uma autoridade de controle.

É a atividade do tutor, por exemplo, na administração dos bens e interesses do pupilo ou tutelado (art. 422, do Código Civil).

MASSIMO SEVERO GIANNINI reduz a administração privada a três figuras gerais: o ofício privado legal, o ofício privado necessário e o ofício privado voluntário. Nas três modalidades, na grande maioria dos casos, percebe o administrador privado como alguém que realiza uma função, obrigado por um dever jurídico de atuar segundo critérios *della miglior cura degli interessi alieni*¹⁹.

Para o mesmo autor, entre a função administrativa privada e a função administrativa pública não há diferença ontológica, ou de qualidade, mas apenas uma diferença de disciplina jurídica pela diversidade do objeto de uma e de outra. Os atos da função administrativa privada tem controle jurídico amplo, sendo avaliada detidamente a própria conveniência da aceitação do ato. Na função administrativa pública

os atos emitidos são sindicados de um modo mais limitado. No entanto, a administração privada vem regulada de um modo simples, embora específico, enquanto a administração pública vem regulada nos seus mais variados aspectos²⁰.

Em RUY CIRNE LIMA a ênfase sobre o problema do controle e regulação jurídica vem substituída pela ênfase no elemento finalidade.

CIRNE LIMA é o autor nacional que mais detidamente cuidou da relação jurídica de administração, conceito a que atribui valor categorial, pois expressa noções semelhantes no direito público e privado.

Nos dois setores do direito, a palavra administração designaria *a atividade do que não é senhor absoluto*, cujo traço característico seria

*estar vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que o exercita*²¹.

Na exposição desses dois autores, às vezes de modo

¹⁹ - Massimo Severo Giannini, p. 88-89.

²⁰ - Idem, *ibidem*, p. 90-91.

implícito em outras vezes direto, aparece revigorado um dos sentidos etimológicos da própria voz administração.

A locução administração provem do latim, derivando das palavras *ad e ministrare*, que significa servir, ou, segundo alguns autores, de *ad manus trahere*, que alude à idéia de gestão ou direção. CIRNE LIMA anota também que o tema *min*, da raiz *mi*, indica uma diminuição, em certo sentido denotando a idéia de subordinação ou subalternidade, como em *minor* (inferior) e *minister* (criado)²².

As afirmações anteriores nos aproximam do objeto a definir. A administração pública vem já significando atividade subordinada, teleológica, cujos interesses tutelados aparecem protegidos contra a própria vontade do agente, realizada em cumprimento de um dever jurídico, sujeita a controle e avaliação.

Não parece bastar, entretanto, essa aproximação. É preciso individualizar a função administrativa no quadro geral das funções públicas.

Nessa tarefa, a classificação proposta por RENATO ALESSI pode nos servir como principal referência.

RENATO ALESSI emprega o critério formal, já estudado, analisando o tema das funções sob o ângulo estritamente jurídico. Na sua classificação, as funções públicas são tidas como formas de emanção de atos de produção jurídica, formas de introduzir alterações numa ordem jurídica dada, com alcance e efeitos diversos:

a) a *legislação* vem caracterizada como a emanção de atos jurídicos primários, fundados direta e imediatamente no poder soberano, que produzem uma inovação primária na ordem jurídica anterior; mediante a lei, ou exercitando a função legislativa, o Estado disciplina relações permanecendo acima e à margem das mesmas;

b) a *jurisdição* vem caracterizada como a emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários, dirigida a concreção e atuação coativa desses últimos, per-

²¹ - Ruy Cirne Lima, *Princípios...*, p. 21.

²² - Cf. Ruy Cirne Lima, *Sistema...*

manecendo o órgão estatal acima e à margem das relações a que os atos referem;

c) a *administração* vem definida como a emanação de atos de produção jurídica complementar, pois são aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa; nessa atividade, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, a semelhança do que ocorre nas relações de direito privado, mas com a diferença de agir como parte em situação de superioridade, podendo unilateralmente intervir na esfera jurídica de terceiros (poder extroverso)²³.

Ao lado dessas três funções, indica a existência de uma quarta, a função política ou de governo, consistente na emanação de atos de produção jurídica complementar em que o Estado atua também como parte, todavia relativa apenas à atividade de direção suprema e geral do Estado como unidade orgânica e voltada para a determinação dos fins a que o Estado deve perseguir²⁴.

A classificação assim proposta permite uma perfeita visão do conjunto das funções públicas. Não é, porém, isenta de crítica. A idéia de caracterizar a administração como parte em situação de superioridade nas relações a que os atos referem não parece apta a explicar a aplicação do regime jurídico administrativo ao regulamento. Se ao editar um regulamento a administração assume a condição de parte, em sentido material, também nesse sentido poder-se-ia dizer parte o legislador. A noção de administração como atividade emanadora de atos complementares dos atos primários tem algo de genial. Não obstante, em algumas hipóteses enumeradas expressamente, a administração atua direta e imediatamente fundada na Constituição, conquanto em atividade plenamente vinculada (ex.: a adaptação dos vencimentos, proventos de aposentadoria, remuneração e vantagens percebidas aos limites fixados na Constituição - art.17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal). Nesses casos, dispensada logicamente a intervenção do legislador ordinário, a atividade administrativa não pode ser qualificada rigorosamente como

²³ - Renato Alessi, *Instituciones...*, p. 7-8.

²⁴ - Idem, *ibidem*, p.9.

infralegal e complementar aos atos de emanção primária, pois comparece como atividade infraconstitucional, vinculada e autônoma em face dos atos de emanção primária do legislador. É a constatação precisa de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, adotada a partir da segunda edição de seu festejado livro *Elementos de Direito Administrativo*. A classificação de RENATO ALESSI, outrossim, não oferece nota formal alguma para distinguir função administrativa e função de governo, mencionando apenas notas de caráter material, inclusive bastante fluidas e vagas, reconhecendo o autor a própria dificuldade em precisar os limites conceituais dessa última função. Definir, porém, que vem do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras de significação. Para ser congruente com o seu critério, faltando limite formal preciso entre as duas funções, deveria o autor evitar uma conceituação isolada da função de governo. LUDWIG WITTGENSTEIN: *Acerca daquilo de que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio*. Resulta assentado, porém, que a administração é atividade subalterna, expressiva do poder público, realizada sob a lei ou excepcionalmente sob a Constituição, neste último caso sem constituir inovação primária da

ordem jurídica, porque atividade estritamente preordenada, estando nas duas hipóteses sujeita a controle de legitimidade por uma autoridade independente.

A crítica que realizamos à classificação proposta, no entanto, praticamente rompeu a linha que isolava a função administrativa e a função jurisdicional. Além disso, manteve indefinida a possibilidade de conceituação da função de governo.

A única fronteira de significação fixada com tintas firmes parece ter sido a que separa a função administrativa da função legislativa. O instrumento empregado foi o critério objetivo formal.

O critério formal, porém, não precisa limitar-se a uma consideração sobre a eficácia dos atos emitidos e a posição destes no sistema normativo. BENOIT, por exemplo, ressalta a importância de considerar a disciplina jurídica das funções também no plano do regime de controle²⁵.

É no plano do regime de controle que parece possível resolver as dificuldades referidas anteriormente. A solução veio sugerida numa passagem feliz de MICHEL D. STASSINOPOULOS,

²⁵ - Francis Paul Benoit, p. 40.

não tanto pela conclusão a que chega o autor quanto pelos termos empregados no desenvolvimento da sua exposição:

La mutation essentielle de la fonction administrative en fonction juridictionnelle s'effectue du moment que la loi attribue à un organe la faculté de se prononcer souverainement non pas en tant qu'organe placé dans le cadre de la hiérarchie administrative, mais en tant que juge qui ne se trouve en aucun rapport organique ou hiérarchique avec les organes dont émane l'acte attaqué. Sa décision ne sera plus soumise au contrôle hiérarchique ni à la possibilité d'un retrait (tandis que le contrôle hiérarchique et la possibilité du retrait accompagnent en principe les décisions des supérieurs hiérarchiques prises à la suite d'un recours hiérarchique ou quasi-contentieux) et sera désormais considérée comme la vérité légale munit de cette force juridique que l'on appelle la force de la chose jugée. Or cette force de la chose

*jugée est le critère véritable qui peut modifier la nature de l'acte et créer un acte juridictionnel*²⁶.

A coisa julgada, vimos antes, não fornece elemento seguro para uma distinção. Nem sempre a jurisdição conduz a formação da coisa julgada. No entanto, aparece com destaque no trecho citado o problema do controle hierárquico (modo de controle administrativo).

Na trilha desse tipo de consideração a ênfase na análise do nosso tema passa a recair sobre o procedimento específico ou preponderante através do qual as funções públicas são exercitadas.

A atividade dos órgãos administrativos é formada através de um procedimento hierarquizado em que se afirmam relações de mando e de controle. A estrutura escalonada em degraus sucessivos, própria dos órgãos administrativos, permite ao hierarca o controle permanente da legalidade e da própria oportunidade e conveniência dos atos administrativos (Súmulas 346 e 473 do STF). O controle hierárquico tem fundamento direto no princípio superior da indisponibilidade dos interesses públicos. Assim, estabelecida a

²⁶ - Michel D. Stassinopoulos, p. 48. VI.

relação hierárquica, duas situações parecem possíveis. A primeira diz respeito aos atos praticados nos diversos graus da escala hierárquica, excluído o último.

Os atos administrativos desse primeiro patamar podem ser desde logo caracterizados como atos funcionais sujeitos a dupla sindicabilidade jurídica (controle jurisdicional e controle hierárquico ou outro modo de controle administrativo)). Na segunda situação, que apenas diz respeito aos atos tomados na última instância hierárquica, os atos obviamente não estão sujeitos a controle hierárquico superior, mas permanecem à disposição do administrador, podendo ser revogados e anulados a todo o tempo, salvo nos casos em que houver incidência de regra jurídica proibitiva (*v.g.*, prescrição, decadência, coisa julgada administrativa, casos de proteção da boa-fé do particular em relação com a administração). Nesses casos a relação hierárquica não desaparece, pois o agente colocado no cume da escala hierárquica não deixa de pertencer e permanecer situado no interior da hierarquia, mas o modo de exercício do controle muda no interior da Administração, não deixando o

superior hierarquia de exercer controle jurídico (e não somente controle político) e de natureza administrativa (não judicial) sobre os atos emitidos em sua própria escala hierárquica. Também nesse plano, portanto, os atos administrativos aparecerão sujeitos a dupla sindicabilidade jurídica (sujeição a dois tipos de controle jurídico). Na administração descentralizada, é claro, não há relação de hierarquia vinculando as entidades descentralizadoras à administração central. Mas as situações são praticamente equivalentes, pois cada unidade vem também estruturada de modo hierarquizado, além de estar prevista a tutela, exercida nos termos da lei que as houver instituído.

A nota da *complementaridade*, analisada por RENATO ALESSI, reduzida aos devidos termos por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, bem como a nota da *dupla sindicabilidade jurídica* (sujeição a dois tipos de controle jurídico, o jurisdicional e o administrativo, incluindo neste o controle dito parlamentar), defendida de modo exploratório neste trabalho, parecem indicar e delimitar bem os limites formais em que se exercita a função administrativa em face das demais funções públicas.

Os órgãos jurisdicionais, por exemplo, no exercício da função que lhes é própria, não produzem atos semelhantes nem estão sujeitos a qualquer relação de hierarquia formal. A sentença, uma vez proferida, produza ou não coisa julgada, não permanece à disposição do magistrado, ressalvadas as hipóteses de autorização expressa da lei, apenas podendo ser modificada mediante o processo judicial a que todo ato expressivo do poder público esta sujeito.

Na função legislativa, igualmente, uma vez editada a lei, modificado o ordenamento jurídico, não se pode cogitar de qualquer vínculo de disponibilidade da lei pelo titular da função. Não subsiste qualquer controle pelo órgão legislativo sobre os atos jurídicos primários emitidos no exercício da função que lhe é própria ou específica. A lei editada pode apenas ser derogada ou ab-rogada por novo diploma legislativo, mas não teremos nessa hipótese atividade de controle jurídico e sim atividade de criação (inovação jurídica). A lei sofre apenas o controle jurídico efetuado através de jurisdição e nenhum controle jurídico autônomo por parte da administração dos próprios órgãos legislativos.

A função política ou de governo, por sua vez, difere da função administrativa por consistir na emanação de atos jurídicos primários, fundados diretamente na Constituição, dotados de ampla discricionariedade. Os atos de governo são editados fora da hierarquia administrativa, independentemente dela, mas estão sujeitos a controle de legalidade pelos órgãos jurisdicionais.

A atividade administrativa é *politocêntrica*, isto é, vem distribuída por diversos centros emanadores do poder estatal. É *heterogênea*, emana tanto atos gerais quanto atos individuais, provocados ou editados *ex officio*, ampliativos ou restritivos da esfera jurídica de terceiros. Não admite definição material nem referência direta a um órgão específico do sistema jurídico. Eis porque tanta dificuldade em defini-la!

A administração pública, porém, pelo que vimos expondo, pode e deve ser conceituada como a atividade subalterna e instrumental exercitada pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), expressiva do poder público, realizada sob a lei ou para dar aplicação estritamente vinculada a norma constitucional, como atividade emanadora de atos

complementares dos atos de produção jurídica primários ou originários, sujeita a dupla sindicabilidade jurídica e dirigida à concretização das finalidades estabelecidas no sistema do direito positivo.

Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Trad. Buenaventura Pellisè Prats. Barcelona, Bosch, 1970.

— . *Principi de Diritto Amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12a ed. São Paulo, Saraiva, 1990.03.

BENOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris, Dalloz, 1968.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. V.I. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 1989.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6a ed. rev. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FONSECA, Tito Prates. *Direito Administrativo*. São Paulo, Freitas Bastos, 1939.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México, Editorial Porrúa, S.A, 1973.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano, Dott.A. Giuffrè Editore, 1965.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Córdoba, Ediciones Macchi, 1974.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6a ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- . *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre, Ed.Santa Maria, 1953.
- MALBERG, R. Carre de. *Teoria General Del Estado*. Trad. José Lion Depetre. México, Fondo de Cultura Economica, 1948.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2a ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- . *Elementos de Direito Administrativo*. 2a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. vol. I. 2a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- MODUGNO, Franco. *Funzione*. in *Enciclopedia Del Diritto*. Vol.XVIII. Milano, Giuffrè Editore, 1969.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo, Abril S.A. Cultura e Industrial(coleção Os Pensadores), 1973.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 2a ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*. Lisboa, 1962.

PONDÉ, Lafayette. "Sobre o Campo de Aplicação do Direito Administrativo". in *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. Tomo I. São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5a ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

STRASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto rev. pela profa. Maria Garcia. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Tome Premier. Paris, Presses Universitaires de France, 1958.

Resumen

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La discusión acerca de la función administrativa y, por consiguiente, de la forma del actuar del Poder Público es un hecho permanente. Además, en el ámbito de la Reforma del Estado, el texto se presenta como un importante instrumento de conocimiento técnico sobre el proceso, discutiendo las actividades jurídicas de la administración pública bajo los aspectos estático y dinámico.

Abstract

ADMINISTRATIVE FUNCTION

The discussion about the administrative function, and consequently, on the modus operandi of the Public Power is permanent. Moreover, in the sphere of the Reform of the State, the text presents itself as an important technical knowledge instrument on this process, discussing the legal activities of the public administration focused on static and dynamic aspects.

Paulo Modesto é professor de Direito da Universidade Federal da Bahia e assessor especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.