

DOCTRINA

O Conceito fundamental do Direito Administrativo

RUY CIRNE LIMA

(Prof. da Fac. de Direito de Pôrto Alegre)

Sumário: Conceito de administração — Caráter finalístico — Administração e direito subjetivo — Organização administrativa — Domínio público e patrimônio administrativo.

O conceito fundamental do Direito Administrativo é o conceito de administração.

Certo, o conceito de administração transcende em extensão aos limites do Direito Administrativo. Modalidades várias de administração incluem-se entre as matérias do Direito Privado: assim, a administração dos pais (art. 385, Código Civil), a dos tutores (art. 422, Cód. Civ.), a dos representantes legais das pessoas jurídicas (art. 19, Cód. Civ.). Não menos certo, porém, é que a atividade administrativa no Direito Privado se nos apresenta dispersa e multifária, carente de um centro comum que a coordene no sentido da unidade.

Diversamente, no Direito Público, a atividade administrativa, centralizada ou descentralizada, supõe, em qualquer caso, um núcleo central unitário, do qual ou para o qual procede, — um centro, enfim, que lhe atribui e mantém a unidade. Esse centro é o Estado.

A existência do Estado, na medida em que por tal forma, coordena e unifica as atividades administrativas, regidas pelo Direito Público, vem a ser, portanto, o pressuposto histórico indispensável da existência do Direito Administrativo.

Mas, reconhecida, embora, ao Estado essa eficácia condicionadora na formação do Direito Administrativo, ainda é preciso repetir: o conceito fundamental do Direito Administrativo é o conceito de administração. O "principium individuationis" do Direito Administrativo, se pretendemos atingi-lo, havemos que buscá-lo no con-

ceito de administração, — base lógica, e não meramente pressuposto histórico, do sistema jurídico administrativo.

I

Excelentemente definiu Otto Mayer o Direito Administrativo como o direito próprio da administração (1). Ora, o que há de fundamental nessa definição é evidentemente o conceito de administração. Que é, pois, administração?

Merkl oferece-nos resposta à pergunta, delineando-nos um conceito amplo de administração, em que esta é caracterizada como a forma de atividade humana que, obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe a realização de um fim determinado (2).

O caráter finalístico ou telológico da atividade administrativa não é, sem dúvida, o único a sinalar especificamente essa forma de atividade (3). Mas não há negar que constitui a nota principal dentre quantas compõem o conceito de administração.

Na verdade, ao passo que a relação, a que chamamos direito subjetivo vincula os fatos e os bens do mundo exterior imediatamente a um sujeito (4), a relação, a que damos o nome de administração, vincula-os imediatamente a um fim.

(1) *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, Paris, 1903, § 2, p. 20.

(2) *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, § 1, p. 2.

(3) *Minha Introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1942, § 2, p. 17. Mais completa do que a de Merkl é a definição de Herrnritt, *Grundlehren, des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, § 1, p. 1 e *Österreichisches Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1925, § 1, p. 1: "Unter Verwaltung im weitesten Sinne des Wortes wird ein dauerndes, planmaessiges, also durch Regeln gebundenes Handeln zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verstanden".

(4) *Minha A Noção de Direito Subjetivo*, Separata de JUSTIÇA, Pôrto Alegre, 1948, passim.

O sujeito do direito subjetivo, ao exercê-lo, terá um fim em mira; mas o fim influirá sobre o bem ou fato, objeto do direito, mediatamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa "qua talis" obedece a um fim, a que o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais: o agente da atividade administrativa não poderá, portanto, influir sobre esta, senão mediatamente, pelo modo pessoal de persecução ou realização do fim próprio da administração.

Sem penetrar mais a fundo o conceito de administração, podemos, já a esta altura, dar-nos conta de que nela se contém uma forma de relacionamento jurídico, distinta da forma clássica do direito subjetivo, predominante no Direito Privado. E estamos assim capacitados para compreender como o conceito de administração pôde, por si só, fundar o Direito Administrativo. Nêsse conceito, vamos encontrar realmente, a conceituação de um estilo de relações jurídicas, se não estranho, ao menos, esparso e sem relêvo no seio do Direito Privado.

II

Administração e direito subjetivo são dois tipos distintos de relacionamento jurídico. Já no mesmo Direito Privado, a distinção entre ambos se esboça, ainda que sem firmeza, sobretudo no tocante ao direito dos bens.

Alhures escrevemos: A palavra administração costuma empregar-se, em Direito Privado, por oposição a propriedade. Aos atos de administração, o Código de Napoleão opõe os atos de propriedade (5). Viciosa, embora, a expressão "actes de propriété" sublinha bem o contraste. Administração se diz, assim, a atividade do pai, ou da mãe, relativamente aos bens dos filhos: a dos tutores, relativamente ao patrimônio dos tutelados. Administração chama-se, também, à dos tutores. Administração chama-se, também, à atividade dos dirigentes de associações, sociedade e fundações. Em todos êsses passos, vemos, realmente, separadas a propriedade, ou titularidade, e a administração. Qual o critério dessa separação? O da finalidade do bem. Enquanto a propriedade, ou titularidade, opera a vinculação do bem ao sujeito de direito, a administração vincula o mesmo bem ao fim, a que deve servir. O fim, a que, natural

ou juridicamente, por destinação econômica ou prescrição legal, o bem deve servir, determina os limites da administração. Inepto o sujeito de direito para realizar êsse fim, separam-se a propriedade, ou titularidade, e a administração, para atribuir-se esta a pessoa capaz. Asseverou-se já em tal matéria, que a pertinência de um bem a um fim ("pertinere ad aliqued") exclui a pertinência dêle a uma pessoa ("pertinere ad aliquem") (6). Desenvolvimento dêsse conceito é a conhecida doutrina dos patrimônios-fins, proposta como explicação da personalidade jurídica. Tão longe entretanto, não precisamos ir. Baste-nos o discrime que apontamos entre as duas relações (7).

III

Êsse discrime entre os dois tipos de relação jurídica, — administração e direito subjetivo, — apenas indicado no Direito Privado, assume, no Direito Público, uma importância capital.

Nenhum dos problemas básicos do Direito Administrativo, — entre êles, "exempli gratia", a secular controvérsia acêrca da natureza jurídica do domínio público, — nenhum dos problemas básicos do Direito Administrativo se mostrará suscetível de solução satisfatória, tanto que ignorado aquêle discrime liminar. Ao revés, tôdas as dúvidas se clareiam, tôdas as questões principiológicas se resolvem, olhadas do alto dessa distinção.

Pôsto que a administração seja essencialmente uma relação, pela qual um fato ou um bem: se vincula imediatamente a um fim, êsse mesmo fim necessariamente há de determinar, não somente, o desenvolvimento da atividade propriamente dita, senão também, de um lado, a disposição e o aparelhamento ou, seja, a organização do agente "quoad actionem" e, de outro, a ação mesma do agente.

Se o agente fôr uma pessoa jurídica (8), ou uma coletividade, a disposição dêle para a ação

(6) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen, 1886, t. III, parte II, § 432, p. 456: "Allein in dem Begriff des Zwecksvermögen, wie ich es denken zu müssen glaubts, gehört, dass es kein Subjekt hat, dass es in dem Zweck wofür es gehört, ein Objekt hat, dass es anstatt des Subjektes, dem das Personenvermögen gehört, ein Objekt hat, welches für das Personenvermögen nicht besteht, das "pertinere ad aliquem" und "ad aliquid" sich genenseitig ausschliessen".

(7) Minha Introdução cit., § 2, ns. 6 e 7, ps. 20 a 22.

(8) Cf. meu Conceito da Pessoa Jurídica, Separata de ESTUDOS, Porto Alegre, 1946, passim.

(5) art. 1988.

traduzir-se-á por uma forma determinado de organização. A atividade administrativa, realmente, é que determina a organização interna da pessoa jurídica, ou da coletividade. À Ciência do Direito Administrativo, e não à do Direito Constitucional, — digamo-lo, de passagem, — pertence, destarte, “à bon droit”, o estudo da organização administrativa ainda que fixada, no direito positivo, por diplomas constitucionais (9).

Dentro na noção de organização “lato sensu”, cabe, ainda, porém, o aparelhamento necessário ao desenvolvimento da atividade administrativa: “organon”, é sabido, significa precisamente instrumento. Nêsse aparelhamento, a parte mais saliente é constituída pelos bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Diz-se dêsses bens que participam da atividade administrativa (10); e pode, com verdade, dizer-se que participam êles da administração, porque são parte instrumental, são órgãos ou pertenças materiais do agente, “*inquantum ad actionem*”. A mesma ontologia ensina-nos que há unidade real, embora accidental, entre o operário e a ferramenta, em quanto à obra a realizar, — unidade a que, apropriadamente, se chama unidade dinâmica (11). Unidade dinâmica existe, por igual, entre o agente e bens instrumentais, relativamente à atividade administrativa a desempenhar.

IV

Se se quiser fixar em têrmos jurídicos essa incorporação dos bens na organização administrativa, a noção a utilizar será a de pertença, a que, de resto, já acenamos.

A noção romana de pertença não abrangeria a nossa hipótese, mas, nessa matéria, o Direito Inter-médio inovou largamente o Direito Romano, dilatando mesmo, até ao Direito Público, o conceito de pertença. Basta que consideremos a figura jurídica publicística das “*pertinentiae comitatus*”, — domínios territoriais, direitos, fitas e rendas, aceden-

tes à dignidade ou cargo de conde, ou “comes” (12).

Ao demais, modernamente, aponta-nos já Francesco Ferrara, como um dos desenvolvimentos e aplicações, de que a figura da pertença é capaz a sua extensão ao material científico dos gabinetes, institutos e observatórios, às coleções artísticas dos museus e pinacotecas, às coleções de livros, manuscritos e incunábulo das bibliotecas, e ao mesmo material dos estabelecimentos administrativos (13). Que são, porém, os estabelecimentos administrativos, senão organizações de serviços públicos (14).

Nada obsta, portanto, a que, num sentido ainda mais lato, se qualifiquem como pertenças, relativamente às organizações dos serviços públicos a que tocam “*quoad actionem*” os bens que compõem o domínio público e o patrimônio administrativo.

V

Dentre as conseqüências a tirar dessa qualificação jurídica do domínio público e do patrimônio administrativo, a mais importante é, sem dúvida, a de que os bens nêles incorporados, não se presuppõe que sejam necessariamente propriedade pública. Na verdade, ainda no Direito Privado, a relação de pertinência “não induz necessariamente o direito de propriedade da pertença no proprietário da coisa principal: as duas propriedades permanecem distintas e separadas” (15).

Atingimos neste ponto o fulcro de tóda a estruturação jurídica do domínio público e do patrimônio administrativo: a possibilidade de propriedade privada sôbre os bens que os compõem, sem pre-

(12) Brunner — v. Schwerin, *História del Derecho Germanico*, trad. de J. L. Alvarez Lopez, Barcelona, 1936, § 18, p. 64; § 20, p. 72. Sôbre “comes” e “comitatus”, cf. Savigny, *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, trad. de E. Bollati, t. I, Torino, 1854, n.º 79, p. 152; Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, t. I, 2.ª ed., Lisboa, s. d., p. 220. Sôbre “*pertinentia*”, cf. Antônio Perez, *Praelectiones in Duodecim Libros Codicis Justiniani. ad lib. X*, n.º 6, *Opera Varia*, Venetia, 1738 t. II, p. 177; Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus Juribus et Bonorum Regiae Coronae*, Lugduni, 1726, lib. III, tit. XLIV, n.º 5 ad 8, p. 329.

(13) *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, Roma, 1921, n.º 167 p. 794.

(14) Cf. Roger Bonnard *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935, p. 535: “La caractéristique particulière de l'établissement public est d'être un service public qui possède un patrimoine propre”.

(15) Chironi e Abello, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, Torino, 1904, p. 336.

(9) Contra, O. Mayer, ob. cit., t. I cit., § 2 e nota 3, p. 17; Walter Jellinek *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, § 3, p. 47;

(10) *Meus princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1939, § 7, n.º 3, p. 62.

(11) Card. Mercier, *Ontologie*, Louvain-Paris, 1923, n.º 76, n.º 165; J. N. Haas S. J., *Introductio in Metaphysicam Generalem*, Sancti Leopoldi, 1943, p. 123.

juízo ou embaraço de sua utilização administrativa (16). Não poderá haver, realmente, conceituação satisfatória do domínio público e do patrimônio administrativo, se essa possibilidade não fôr admitida.

Mas, de outro lado, somente um tipo de relação jurídica, diverso da figura do direito subjetivo, poderá explicar a incorporação assim ao domínio público como ao patrimônio administrativo, de bens vinculados inteiramente, pelo laço da propriedade privada, a um sujeito de direito, estranho por completo à atividade administrativa, de que aquêles bens participam.

(16) Walter Jellinek, ob. cit., § 22, p. 507; P. Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft herausgegeben von Josef Kohler, Leipzig — Berlin, 1914, t. IV, p. 285.

AS Constituições Federais e a Magistratura

OLIVEIRA E SILVA

(Juiz de Direito no Distrito Federal)

J á na Constituição Provisória da República, de 22 de junho de 1890, decretada pelo Governo Provisório, consagrava-se a vitaliciedade dos juizes e a irredutibilidade dos seus vencimentos, silenciando-se, apenas, sobre o princípio da inamovibilidade.

Na de 24 de fevereiro de 1891, que duraria quase quarenta anos, proibia-se às Justiças dos Estados intervir em questões submetidas aos tribunais federais, assim como anular, alterar ou suspender as suas sentenças ou ordens. Era o art. 62 uma espécie de divisor de águas, impedindo conflitos de jurisdição.

A Lei Magna, de 16 de julho de 1934, conserva a justiça federal com uma Corte Suprema composta de onze ministros e de juizes federais, além de um tribunal “cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de juizes nomeados pelo Presidente da República e com aprovação do Senado, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 25 nem mais de 65 anos de idade” (arts. 74 e 78). Interessante verificar que, doze anos depois, o seu nome seria Tribunal Federal de Recursos.

A Constituição de 1934 garante aos magistrados a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade

VI

A conclusão a que chegamos, revela-nos o sentido e, ao mesmo tempo, a latitude e a profundidade de penetração do conceito de administração na estrutura do Direito Administrativo.

O que verificamos, no curso dêste estudo, com respeito, particularmente, ao problema do domínio público e do patrimônio administrativo, verifica-se, por igual com respeito a todos os problemas capitais da Ciência do Direito Administrativo. A fim de resolvê-los cabalmente há o investigar que referi-los a um conceito fundamental, e êsse conceito fundamental, — repitâmo-lo, ainda uma vez, — é o conceito de administração.

de vencimentos, salvo sujeição aos impostos gerais. Ali, a aposentadoria torna-se compulsória aos 75 anos de idade, descendo para 68 anos na Constituição de 10 de novembro de 1937 e subindo para 70 na ora em vigor.

Proibia-se aos magistrados, na de 1934, ainda que em disponibilidade, o exercício de outra função pública, exceto o magistério, importando a violação do preceito na perda do cargo judiciário e de tôdas as vantagens correspondentes, o que é repetido na de 10 de novembro de 1937.

Constituição autoritária, com a hipertrofia do Poder Executivo decretada por êste, natural que aí se restringissem as atribuições e direitos do Poder Judiciário.

Assim, o seu art. 96 prescreve que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República”.

Não havia só essa exigência. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, “a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la, novamente,