

Um conceito jurídico para Administração Pública

JOSÉ SALDANHA DA GAMA E SILVA
Da Comissão de Orçamento

“Il giudizio civile é una vera battaglia, nella quale é necessario trionfi non la forza o l'astuzia, ma la ragione” — LUDOVICO MORTARA (1).

EM que pese tôda a opulenta literatura que os últimos anos viram crescer em tórno da Administração Pública, seu conceito continua para nós indecifrável, como a esfinge para os incautos beduínos. Passam os autores, é-lhes jogada a pergunta e a resposta é sempre hesitante, opaca. Ainda no último número desta Revista o Prof. Benedicto Silva forjou um habilidoso “*sketch*” em que os mais abalisados autores se enfrentaram de rijo a respeito dos conceitos de Administração e Organização. Dêsse choque ficou patente a inextricável balbúrdia em que todos se debatem. Todos falaram, ninguém se convenceu, e tudo continuou bem, como diria Ribeyrolles... Mas não é apenas a coincidência com os pressupostos da Organização que prejudica o adimplemento de um conceito puro para a Administração. Em se tratando da Administração Pública, a questão ainda mais se complica pelo seu inevitável entrelaçamento com o Direito Administrativo. Desta feita, se no campo privado o conceito de Organização persegue e atraiçoa o de Administração, no campo público o mesmo se dá com referência ao Direito Administrativo. Não há negar que até hoje não se pôde dar à Administração Pública um conceito puro, perfeito, sem jaça, justamente porque todos êles acabam por versar, em essência, valores também eminentemente jurídicos.

Do reconhecimento desta verdade é que nos veio o propósito de meter ombros a uma tarefa sem dúvida superior às nossas forças. Não temos ilusões a respeito: a escalada será penosa e talvez inoperante: o campo do Direito é sempre enga-

noso e escorregadio; os conceitos e os dogmas, as normas e as hipóteses baralham-se num caos vez por outra intransponível. Se, de um lado, a mera indagação do que é o Direito leva-nos sempre “ao impreciso, ao aproximativo, ao lateral, a noções de bordas franjadas, a explicações empíricas e ensinamentos penumbrosos”, como nos adverte PICARD (2), de outro, temos que penitenciar nossa mesquinhez frente o rigor da Ciência Jurídica, cujo estudo, “particularmente delicado e difícil, requer atitudes intelectuais e morais que não se aperfeiçoam a não ser à custa de um rigoroso tirocínio espiritual”, como solenemente nos sentencia RAVÀ (3). Em todo o caso, encorajados na melhor boa vontade, estribados numa árdua humildade intelectual, tentaremos achegar mais um ponto à linha evolutiva do conceito de Administração Pública, torcendo-o decisivamente para o próprio campo do Direito Administrativo, embora tenhamos que suprir com o entusiasmo dos idealistas a falta de credenciais que nos reverenciem a empreitada.

*
* *

A confusão de conceitos relativos ao Direito Administrativo e à Ciência da Administração é realmente desalentadora, perseguindo o estudioso logo aos primeiros passos da mais ligeira especulação.

Como lembra ORLANDO (4), “do mesmo modo que qualquer outra ciência, o Direito Administrativo tem seus pressupostos, isto é, aquelas noções

(2) EDMOND PICARD — *Le droit pur* — Paris — 1910 — Pág. 25.

(3) ADOLFO RAVÀ — *Istituzioni di Diritto Privato* — Padova — 1938 — Pág. 4.

(4) VITOR EMANUEL ORLANDO — *Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano* — Milão — 1897 — Vol. I, pág. 3.

(1) LUDOVICO MORTARA — *Manuale della Procedura Civile* — Torino — 1887 — Pág. 9.

que preexistem lógicamente ao fim próprio e específico que toda ciência se prefixa”. Pois bem, desde esta prefixação de valores é que decorre primordialmente o engodo: os pressupostos do Direito Administrativo muitas vezes se identificam com simples normas ou cânones de Administração ou mesmo Organização. Eis por que, ao tentar definir o Direito Administrativo ou a Ciência da Administração, os autores se vêem a braços com um paralelismo de valores que os leva irredutivelmente a um paralelismo de convicções. Tais definições começam por ser coincidentes em muitos pontos e terminam, no mínimo, por ser co-extensivas na sua totalidade...

Desde os primeiros anos de autonomia da Ciência da Administração que tal fenômeno é inevitável, o que tem mesmo levado autores de nomeada, como ORLANDO, a duvidarem da sua propalada autonomia (5). Em verdade, a Administração Pública tem sido continuamente definida como um “indefinido” reflexo do Direito Administrativo ou até mesmo do Poder Executivo... Em meados do século XIX, por exemplo, o clássico italiano DE GIOANNIS escrevia conhestramente que “a administração em sua organização está coordenada a um sistema de leis: nós nos encontramos aí diante do Direito Administrativo” (6), dando azo a que outro clássico, na França, lhe glosasse os termos, afirmando: “o Direito Administrativo é a reunião das leis positivas, segundo as quais deve mover-se a ação administrativa” (7).

Para chegarmos à noção mais viva de como esta identificação, muita vez perniciosa, tornava aguda a inconsistência dos termos do problema, lembremo-nos de que, àquela época, os conceitos de Direito Administrativo se perdiam todos na imprecisa imensidade dos hesitantes conceitos do Poder Executivo... Dêsse modo, se DUCROCK escrevia que o *Direito Administrativo* “era a reunião de princípios e regras que resultam das leis de interesse geral ou das que presidem o funcionamento de todos os órgãos, não judiciários, do Poder Executivo” (8), DE GIOANNIS ia mais longe e procurava simplificar do modo mais radical os dados

do problema, afirmando: “a Administração Pública responde à idéia do Poder Executivo” (9).

Felizmente, hoje, graças em princípio à escola italiana — com MEUCCI à frente — os termos da questão estão definidos com muito maior precisão. Limitada a simples “ação própria no momento executivo” (10), a Administração Pública não passa hoje de um pseudo poder contingenciado... Prova evidente, porém, de que nem todos os seus termos estão na realidade avisadamente discernidos são as mais recentes definições quer de Ciência da Administração, quer de Direito Administrativo, quer mesmo de Poder Executivo...

*
* * *

Para que não percamos o fio do intrincado novelo que pretendemos desfiar, é-nos mister voltar a outro clássico italiano — FERRARIS, ponto de partida para MEUCCI, BIELSA, e tantos outros. Estudando maduramente o assunto, chegou aquele notável jurista aos seguintes resultados: “na complexa noção de Administração, distinguem-se dois elementos: o *organismo* e a *ação*. A ciência que considera a Administração em seu organismo é o Direito Administrativo; a ciência que considera a Administração em sua ação, em seus objetos, é a ciência dita propriamente da Administração” (11).

Desta premissa MEUCCI desenvolveu toda uma teoria *sui-generis*, que pode desta maneira ser sintetizada: a Ciência da Administração estuda simplesmente o elemento *técnico* e *material* da Administração, enquanto o Direito Administrativo estuda o elemento *formal* e *jurídico* (12). Como se vê, tal clareza de raciocínio pareceria cindir vez por todas a querela: — os fenômenos administrativos, em si, continuariam *unos*, devendo apenas ser estudados de independentes focos bifrontes. Tal escola se vislumbra em POSADA, MEYER, SABBATINI, etc. — não encontrando até hoje forte adversário. A verdade, no entanto, é que as controvérsias estão de pé, apesar de todas as inflexíveis demarcações tentadas. Dêsse modo, se a autoridade crescente de VON STEIN encontra na essência da Administração

(5) V. E. ORLANDO — *Op. cit.* — Vol. I, pág. 79.

(6) DE GIOANNIS — *Corso di Diritto Pubblico Amministrativo* — Firenze — 1877 — Vol. I, pág. 8.

(7) BATBIE — *Traité Theorique et Pratique du Droit Public et Administratif* — Paris — 1893 — Vol. III, pág. 8.

(8) DUCROCK — *Cours de Droit Administratif* — Paris — 1881 — Pág. 5.

(9) DE GIOANNIS — *Op. cit.*, *loc. cit.*

(10) MEUCCI — *Istituzioni di Diritto Amministrativo* — Torino — 1892 — Pág. 2.

(11) FERRARIS — *La statistica e la scienza dell'amministrazione nelle facoltà giuridiche* — In “Giornale degli Economisti del 1871” — Pág. 436.

(12) MEUCCI — *Op. cit.* — Págs. 11 e 12.

“a ciência da polícia dos velhos publicistas tedescos” (13), FRITZ FLEINER, mais recente — se deixa entrever que o Direito Administrativo é uma parcela da Administração — logo, depois afirma que a Administração “pode constituir o objeto de uma disciplina jurídica” (14), para terminar reconhecendo também que o livre-arbítrio, embora não seja uma nota privativa, “desempenha um importante papel na Administração”... (15). Por sua vez, BIELSA pensa em termos muito mais vagos quando afirma que “a Ciência da Administração é, com efeito, ciência política, embora de extensão e fins limitados à eficiência e moral administrativas”... (16).

Como se vê, dentro de uma condenável inconsistência de terminologia, passa-se do simples poder de polícia, à órbita jurídica, e desta à própria órbita moral. Fenômeno bem representativo da enganadora psicologia humana, em que, à força de se tentar discernir um conceito arredo, se ampliam comodamente os planos gerais, ao invés de se restringirem com maior exatidão os valores particulares...

No meio de todo este emaranhado de concepções as mais das vezes truncadas, uma premissa continua insofismável: há realmente um ponto comum, uma fronteira intercorrente entre o Direito Administrativo e a Ciência da Administração. Um ponto que deveria ser uma segura linha divisória, mas que é, ao contrário, uma faixa de tangências imprecisas, uma verdadeira terra-de-ninguém... Embora estudando apenas o elemento *técnico* e *material*, o certo, o provado cotidianamente nos palácios ou nas repartições, é que a Ciência da Administração Pública não pode prescindir do elemento *jurídico-formal*: há sempre que inspirar princípios, normas, regras e até regulamentos não afeitos exclusivamente ao campo do Direito Administrativo, pois que, circunscritos subsidiariamente no âmbito do *jus-imperii* (próprio do Estado — *pessoa universal*), são primordialmente manifestações de simples *jus-gestionis* (próprios do Estado — *pessoa privada*). Nesse ponto nevrálgico é que os autores relutam e vão passando de largo: — ou não che-

gam mesmo a percebê-lo, como a maioria dos norte-americanos; ou lhe dão tratamento insatisfatório, como os sul-americanos.

*
* *

E' vero lugar comum dos nossos dias a bifurcação da Administração em dois elementos — o *formal* e o *material* (17). Dêsse modo, estudam-se em campos diferentes a construção de um edifício público ou as novas posturas de um regimento interno. Não padece dúvida que o elemento material prescinde facilmente de conteúdo jurídico: — seus pressupostos são todos calcados na experiência acumulada, no tirocínio técnico, no bom-senso, enfim — fatores todos perfeitamente meta-jurídicos. Tal, porém, não se pode dizer de seus pressupostos *formais*. Uma norma, uma portaria, um regulamento, ainda que se restrinja muitas vezes a cânones estritamente relacionados com o simples poder *ab-administrando* do Estado, não pode prescindir de uma sedimentação jurídica imanente. Nesse ponto é que os dois hemisférios se tangenciam: é que, de outro lado, partindo-se da órbita do Direito Administrativo, se vamos encontrar um plano mais alto de consolidação jurídica coerente com o *logicismo* ideal do Direito, vamos também encontrar um plano inferior de simples *aplicação* dos conceitos jurídicos — um plano *formal*, pois, que tende sempre para a órbita da Ciência Administrativa. Assim, ora se elevando do terreno administrativo, ora descendo da cúpula jurídica, os elementos formais de uma e outra ciência vão encontrar-se em incontornáveis pontos de contato. Esta interpenetração é responsável por todos os elementos que obstaculizam a independência dos dois conceitos demandados, os quais, embora atinentes a fenômenos realmente co-extensivos, têm que — em holocausto à lógica — fugir de uma fácil co-extensividade *in-definitio*...

Até hoje se tem procurado solver o problema tentando-se uma precisa delimitação de valores formais em *jurídicos* ou *meta-jurídicos* — o que nos parece errôneo e a prática tem demonstrado insuficiente, razão por que ainda hoje a questão continua em aberto.

Convictos de que a insistência em tal direção jamais nos levaria a um satisfatório ajuste de con-

(13) L. VON STEIN — *La scienza della Publica Amministrazione* — Torino — 1897 — Pág. 504.

(14) FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — Barcelona — 1933 — Pág. 5.

(15) *Idem, idem* — Pág. 6.

(16) RAFAEL BIELSA — *Ciencia de la Administracion* — Rosario — 1937 — Pág. 24.

(17) Veja-se, por exemplo, BIELSA — *Op. cit.* — Pág. 41.

vicções, é que pretendemos levantar nossas especulações para outro terreno. Se nos é impossível prescindir totalmente do conteúdo jurídico para o elemento formal da Administração Pública — já que aí está, via de regra, o fenómeno da aplicação dos princípios do Direito Administrativo — por que não tentar em bases jurídicas uma delimitação daqueles dois campos coincidentes? O Direito, sempre de conceitos tão amplos e movediços, não nos facilitaria uma solução?

*

* *

Um dos mais sutis juristas europeus, GEORGES RENARD, escrevendo para um celeberrimo *recueil*, fez interessante paralelo entre o Direito Administrativo e o Direito Privado, chegando, por fim, à seguinte conclusão: “o Direito Civil e o Direito Administrativo são “autónomos” como as províncias de um Estado fortemente descentralizado, pois as suas “especificações” outra coisa não são que um modo de “descentralização jurídica”; a descentralização não quebra nem a unidade nacional nem a unidade científica: nem confusão, nem separação, mas comunicação” (18). Vamos, pois, ouvir a lição de RENARD e prosseguir num paralelo entre o Direito Privado e o Direito Administrativo, ciosos dessa *comunicação* por êle pressentida. Para tanto, circunscrevamos nossas especulações iniciais aos fenómenos de aplicação dos cânones do Direito Privado — que só a tanto nos leva o escopo do presente trabalho.

Dentro das mais variadas concepções de Direito — quer nos imaginemos regidos pela escola do *Direito Natural* de SÓCRATES ou ARISTÓTELES, PLATÃO ou BOSSUET; quer pela escola *idealista*, de DEL VECCHIO; ou a *objetivista*, de DUGUIT; ou a *institucional*, de HAURIUO; ou a *positivo-intuitiva*, de GURVITCH; ou mesmo a *nacional-socialista*, dos tiranos — os fenómenos de dinamização do Direito se processam sempre mediante os trâmites conhecidos: em primeiro lugar, temos o plano do Direito chamado *Substantivo*, o Direito material, em que encontramos, de um lado, o Direito *Objetivo*, habitualmente, a lei (19), e, de outro, a faculdade de

cada um fazer valer esta lei em seu favor — o Direito *Subjetivo*, — “espectativa de um bem da vida, garantida pela vontade do Estado”, como poetizou CHIOVENDA (20). Quando a *pretensão* de um direito demanda um choque de interesses, forçoso se torna recorrer a um meio de arbitragem — é a *ação judicial*, empreendida mediante *processo*. Neste ponto, caímos então num plano jurídico de mera *aplicação* do Direito — plano instrumental, dinâmico, formal, isto é, plano do Direito *Adjetivo*, “complexo de normas ainda mais prevalentemente instrumental do que o próprio Direito Constitucional”, conforme sentenciou magistralmente CARNELUTTI (21).

Dêsse modo, é mediante o Direito Adjetivo que o Direito Substantivo se afirma e processa, através de um instrumental perfeitamente estruturado — a organização judiciária.

Tentemos, no entanto, o prometido paralelo. O Estado regularmente organizado, para manter-se e sobreviver, tem seus problemas de simples *jusgestionis*, semelhantes aos de cada pessoa física ou jurídica regida pela ordem pública. Tendo que realizar tarefas, êle as pratica mediante o Direito Público Substantivo, disseminado pelo Direito Constitucional, Administrativo, Fiscal, etc. Assim, cada vez que o Estado *pretende* realizar uma tarefa administrativa faz valer seus direitos subjetivos — de natureza idêntica ao de qualquer indivíduo capaz — mediante o direito objetivo — a lei. Vimos que, no Direito Privado, chegados a esta fase, entramos num novo plano jurídico — o plano instrumental — regido pelo Direito Adjetivo. No Direito Público, todavia, que se dá? O mesmo fenómeno, sem dúvida: entra-se na órbita de um Direito Público *instrumental*, engendrado para facilitar a realização da *obra* administrativa. Chegados a um certo grau desta aplicação, no entanto, sentimos que o conteúdo jurídico das relações administrativas vai a pouco e pouco se rarefazendo, iniciando-se aí a irremediável identificação do Direito Administrativo com a simples *Administração Formal* — identificação que até hoje tem colocado os mais veneráveis tratadistas diante do clássico dilema de valores.

Para nós, todavia, não há dúvida de que aquela *Administração Formal* referida por BIELSA e tantos

(18) GEORGES RENARD — *L'aide du Droit Administratif pour l'élaboration scientifique du Droit Privé* — In “*Recueil d'études sur les sources du Droit, en l'honneur de François Geny*” — Paris — S/data — Pág. 86.

(19) Veja-se, entre outros, GIUSEPPE CHIOVENDA — *Principii di Diritto Processuale Civile* — Napoli — 1929 — Pág. 29.

(20) *Idem, idem*, pág. 30.

(21) FRANCESCO CARNELUTTI — *Lezioni di Diritto Processuale Civile* — Padova — 1938 — Vol. I, pág. 1.

outros nada mais é, em essência, que um aspecto mais rudimentar do próprio Direito Administrativo. Direito Administrativo instrumental, formal, tão *adjetivo* como o Direito Processual Civil ou Penal. Mediante esta caracterização até hoje impressentida é que a *pretensão* governamental pode realmente tomar foros integrais de *processo jurídico* e realizar-se *juridicamente*, mediante a afirmação legal dos direitos subjetivos do Estado. Por êste meio é que o *ato* governamental deixa de ser juridicamente um simples processo sumário, "pelo qual a personalidade explica unicamente a sua absoluta auto-determinação" (22) — o "*Tat*", da teoria alemã, tão comum nas velhas ou modernas autocracias — para se realizar como uma verdadeira obra — a "*Arbeit*", isto é, o ato juridicamente "influenciado pela ordem pública" (23), próprio dos Estados conscientemente operantes, quer dizer, organizados jurídica e administrativamente.

*
* *

Como chegamos de ver, é fácil estatuir um paralelo seguro entre o processo civil e o administrativo. Alguns pressupostos, porém, exigem um tratamento mais incisivo, já que penetramos numa zona de incertezas e enleamentos. Tentemos, portanto, focalizar o assunto de outros ângulos, que, paradoxalmente, se por vêzes podem parecer mais amplos, dão sem dúvida maior intimidade ao tratamento da questão.

Enumeremos, em seguida, algumas das muitas razões subterrâneas que demarcaram a linha de nosso pensamento central.

Sabemos de antemão que alguns pontos obscuros nos podem ser lançados em apóstrofe: por exemplo, a temeridade que implica o fato de equipararmos os conteúdos jurídicos das relações públicas e privadas. Êste, porém, foi um dos pontos que mais fundamente nos levaram ao paralelo tentado. Não é só possível equiparar aquêles conteúdos, como até é fácil verificar-se que neles existe *in abstracto* uma verdadeira identificação de valores: não só há relações de Direito Privado que têm conteúdo de Direito Público, como o mesmo se dá inversamente. Segundo nos ensina CHIOVENDA, assim como os direitos eleitorais têm evidentemente con-

teúdo de Direito Privado, assim como certas relações de Direito Público têm conteúdo estritamente *patrimonial* (impostos, taxas, expropriações, etc.), algumas relações de Direito Privado, como as atinentes à família, têm até conteúdo *ideal*... Destarte, opina aquêlo maciço tratadista que levar em conta "a forma do título de que nasce a relação é um critério falho: atos jurídicos comumente usados pelas manifestações da vontade privada, como o contrato, podem dar lugar a relações públicas, e atos juridicamente públicos podem dar lugar a direitos privados" (24).

Cumpramos assinalar ainda que, além do mais, ao tentarmos fazer o paralelo baseados no Direito Processual, excluimos *ab-initio* o campo jurídico estritamente privado. E' que, há séculos, a natureza do Direito Processual perdeu suas características de Direito Privado. Desde o esplendor romano que o processo é de caráter eminentemente público, social. Na Idade-Média, com BULGARO e seus discípulos, e hoje, com BERTHMANN, HOLLWEG, BÜLOW, KÖHLER, etc. — o processo é o desenvolvimento de uma relação jurídica, *patrocinado pelo Estado*. Como bem esclarece ZANZUCHI, "o processo, em sentido jurídico, na sua mais singela acepção, é justamente o desenvolvimento de certas relações da vida social entre dados subjetivos (as partes) e o Estado (o juiz), a fim de praticar-se a justiça" (25).

Como se vê, também o próprio Direito Processual é um *instrumento público* da tutela jurídica estatal, o que muito o aproxima da índole da Administração Formal.

Devemos mesmo não esquecer que um e outra têm, acima de tudo, cunho essencialmente técnico. Se, como disse CARNELUTTI, "o escopo primário do Direito Processual é *técnico-jurídico*" (26), o da Administração Pública é *técnico-material*, como o afirmam desde FERRARIS a MAC-CORKLE — fenómeno que prodigaliza a certos aspectos das duas Ciências um cunho cômodamente apolítico.

Outra questão que nos deve merecer tratamento especial, pelo muito de sutil que encerra e pelo muito de controvérsias que tem suscitado, é a que se prende à existência dos direitos subjetivos estatais. Embora para nosso entendimento tal assunto

(22) L. VON STEIN — *Op. cit.* — Pág. 14.

(23) L. VON STEIN — *Op. cit., loc. cit.*

(24) CHIOVENDA — *Op. cit.* — Pág. 32.

(25) MARCO TULLIO ZANZUCHI — *Diritto Processuale Civile* — Milão — 1938 — Vol. I, pág. 6.

(26) CARNELUTTI — *Op. cit., loc. cit.*

esteja definitivamente encerrado, nunca faltam saudosistas a clamar... Não nos parece necessário, porém, tecer aqui o panegírico da idéia. Se desde 1852 o assunto começou a crescer de interesse — consequência das palavras de GERBER — que então e pela primeira vez levantava a indagação — hoje tem sido apenas motivo para belas frases do mais puro gongorismo acadêmico — “variações” e “fugas” em torno das afirmações do próprio GERBER, JELLINEK, GIERKE, etc.

Aqui no Brasil, QUEIROZ LIMA arejou brilhantemente a matéria em seus dois livros básicos. Para ele, “o sujeito de Direito não é nunca, em sentido formal, o homem como realidade psico-física, e sim uma construção jurídico-normativa”. E continua: “a pessoa não é mais que uma expressão de síntese, para determinar um conjunto de deveres e faculdades jurídicas, isto é, um *complexo normativo*” (27). Tais pensamentos têm seu ponto máximo em suas afirmações anteriores, segundo as quais “o Estado, como pessoa jurídica, é o titular de direitos subjetivos que lhe são próprios: o poder público — *imperium*, soberania — e mais os direitos de ordem patrimonial que lhe couberem” (28).

Estas idéias têm cabimento desde a escola do Direito Natural de HUGO GROTIUS, sendo hoje pacificamente aceitas pelos maiores processualistas modernos — em particular os italianos, bebidos na clássica escola de Bologna. CHIOVENDA, por exemplo, parte do pressuposto de que “a doutrina distingue no Estado duas pessoas: uma, que age como ente privado (*iure gestionis*), outra, que age como autoridade, exercitando o direito de comando (*iure imperii*)”. E termina o mestre italiano: “Com esta distinção se consegue mesmo nos regimes absolutos sujeitar-se o Estado ao direito comum e aos tribunais ordinários, em função de uma grande quantidade de relações” (29).

Como se vê, não há o perigo — tantas vezes alegado — de os direitos subjetivos do Estado o levarem a uma irrefreável livre-determinação. É certo que muitos autores — desde CROME a PACIFICI-MAZZONI, CHIRONI, etc. — deixam aos direitos subjetivos o amplo caráter de *faculdade de querer*. Esta faculdade, porém, — no terreno público

como no terreno privado — pressupõe sempre uma órbita jurídica preestabelecida, sendo relevante apenas quando não se funda numa abstração absurda. Como demonstrou profusamente NICOLA COVIELLO, não se pode confundir o direito subjetivo com os simples *pressupostos jurídicos*, tais como a *qualidade jurídica* ou a simples *capacidade de direito* ou de *agir* em geral — capacidade de administrar, de dispor, de contratar, de doar ou fazer testamento. E explica: “comumente se fala de um direito de contratar ou de fazer testamento, de comprar, de vender, de doar, e assim por diante: mas tal modo de falar é impróprio” (30). E impreca o tratadista contra a impropriedade dos usuais conceitos de direito subjetivo, segundo os quais até hoje ele tem sido confundido com a simples *espectativa de direito*.

Por tôdas estas razões não nos parece temerário atribuir ao Estado direitos subjetivos: — é que estes existem apenas depois de sancionados pela chancela da organização social do Estado — pessoa moral.

*
* *

Embora nosso pensamento possa parecer até aqui um tanto desordenado — contingência natural a quem pretendeu versar problemas tão transcendentos num simples artigo de revista — é mister reconhecer que não recalçamos com a verdade. Dar à Administração Pública Formal verdadeiros foros de Direito Administrativo Processual é, a nosso ver, compactuar com a serenidade especulativa. Como tentamos demonstrar, tal critério por certo iluminaria gratuitamente alguns pontos da Ciência Administrativa, até hoje carregados de sombra.

Para melhor compreensão, exemplifiquemos nossas idéias com um caso prático, procurando surpreender, em vários momentos, o conteúdo exato de certos atos governamentais. Não vamos lançar mão de nenhum caso em que uma pessoa privada manifesta a *pretensão* administrativa (um funcionário que pleiteia férias, por exemplo), ou em que a *pretensão*, embora manifestada pelo Estado, é meramente policial, porque tais estudos perderiam o interesse. Todos esses casos são de índole pacificamente *adjetiva*, dando lugar aos nossos conhecidos *processos administrativos*. Ao contrário, figu-

(27) QUEIROZ LIMA — *Teoria do Estado* — Rio — 1936 — Pág. 17.

(28) QUEIROZ LIMA — *Sociologia Jurídica* — Rio — 1932 — Pág. 48.

(29) CHIOVENDA — *Op. cit.* — Pág. 31.

(30) NICOLA COVIELLO — *Manuale di Diritto Civile Italiano* — Milão — 1929 — Pág. 19.

remos a hipótese de que o governo X resolve criar o Ministério Y. Temos então uma primeira *manifestação da vontade* do Estado. Se o governo X fôsse despótico, faria automaticamente delinear e estruturar os órgãos, demarcar a autoridade, e até mesmo construir o edifício — tudo com uma simples penada... Teríamos então apenas o *ato* da teoria exposta por STEIN. Ao contrário, se se tratasse de governo racionalmente organizado, aquela *pretensão* inicial passaria a ser objeto de meticoloso estudo, procurando-se nessa fase o equilíbrio entre o interesse do Estado e o interesse coletivo. Assim, ultrapassada a fase *legislativa*, eminentemente política, na qual os Direitos Constitucional, Administrativo, Fiscal, etc., tiveram papel decisivo na auto-limitação dos *pressupostos jurídicos estatais* — continuariam os estudos então no campo estritamente administrativo. Começaria aí o *processo administrativo*, independente do primeiro, absolutamente instrumental — ponte movediça entre o Direito Público Substantivo e a Administração estritamente *material*. Na fase política fôra determinado o que se *devia fazer* — agora, seria determinado o que se *irá fazer*, cabendo depois à Administração Material determinar *como se irá fazer*.

O paralelo poderia ainda continuar até à simples Administração Material. Assim como através do Direito Judiciário as partes demandam algo — pretensão a que o juiz deve ou não endossar — no caso administrativo também o mesmo se dá. No campo privado, passada em julgado a sentença, entra-se na fase final do processo — a sua execução. No processo administrativo, fixado cuidadosamente o plano de trabalho — se fôr o caso de não ter sido julgada impraticável a *pretensão* do Estado — cumpre à Administração Material executá-lo. Assim como no campo do Direito Privado a execução da sentença se dá mediante a regência da órbita total do Direito, do mesmo modo, também no campo do Direito Público, a Administração Material não prescinde jamais da tutela jurídica — em tais casos mais fácil e onipresente, pois que “ao contrário do Poder Judiciário, o Poder Administrativo é uma ação contínua e incessante, acompanhando a iniciativa em qualquer parte onde as necessidades e interesses sociais o exijam”, como já nos lembrava MATTIROLO (31).

(31) LUIGI MATTIROLO — *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano* — Torino — 1892 — Vol. I, página 18.

Para terminar, queremos ressaltar um possível lapso de interpretação às nossas palavras. Poderá parecer aos nossos administradores — ainda muito ciosos do seu recém-profissionalismo — que o caminho de nossas idéias levaria a Administração Pública a uma completa acefalia — tão ao gosto de nossos legisladores do passado.

— “Dar à Administração Pública uma função meramente instrumental, isto é, normativa, processual, é limitá-la inconseqüentemente, etc., etc. O ato administrativo muita vez tem conteúdo jurídico-substantivo, etc. etc.”.

Não. Ao procurarmos trazer à Administração um conteúdo essencialmente jurídico-adjetivo não lhe circunscrevemos de maneira alguma o âmbito. E' que previmos tudo e tudo nos foi permitido.

Antes de mais nada, cumpre salientar que ninguém hoje tentará sem esforço inútil negar ao Direito Processual uma parte da responsabilidade substancial no conteúdo das relações jurídicas. Como escreveu ZANZUCHI (32), “tôdas as relações jurídicas estão condicionadas também ao Direito Processual; existem, pois, relações jurídicas processuais, como existem relações de direito privado, etc.”. Com os olhos nesta lição é que tentamos o paralelo, sabendo com antecedência que, ao invés de limitarmos o âmbito da Ciência da Administração, íamos, ao contrário, sem dúvida ampliá-lo... Não é preciso parafrasear ZANZUCHI para podermos afirmar que há realmente conteúdo jurídico — até mesmo substantivo — em muitos atos meramente administrativos. Esta verdade, sempre de fácil reconhecimento mas de difícil explicação, até hoje tem “driblado” a perspicácia dos estudiosos, levando mesmo autores da responsabilidade de FRITZ FLEINER a simplificar maliciosamente a questão, declarando vencidos que os atos administrativos não prescindem de livre-arbítrio...

Longe de nós, pois, negar o conteúdo substantivo imanente muita vez aos mais indefinidos atos administrativos. Queremos frisar, no entanto, que tal fenômeno, por ser excepcional, ficou à margem do curso de nossas idéias. De modo geral, a índole do conteúdo jurídico dos atos administrativos não pode aspirar a um grau muito elevado na abstrata gradação dos planos jurídicos: não negamos que uma portaria que vem facultar férias a um funcionário tenha realmente conteúdo jurídico. Mas daí

(32) ZANZUCHI — *Op. cit.* — Pág. 6.

dar-lhe uma importância à altura, por exemplo, das leis que regem a família, é prevaricar sobre a hierarquização dos valores jurídicos, é desconhecer aquela “descentralização jurídica” de que nos falou RENARD; é, pois, uma aventura inócua...

Tanto mais a Administração Pública se fôr aperfeiçoando, mais e mais se irá desbastando o seu caráter essencialmente instrumental — fenômeno que também se irá processando em certos aspectos do próprio Direito Administrativo, pois que, em última análise, os cânones administrativos não vão nunca além das “regras jurídicas apreendidas diretamente pela consciência”, das simples “regras construtivas, constatadas pelos processos técnicos”, como escreveu DUGUIT (33).

Tôdas estas idéias, aliás, encontram perfeito cabimento na mais recente teoria jurídica, do chamado *Direito Intuitivo*, criada por PETRASIZKI, a que teremos de fazer, ao menos, ligeira referência, porque elucida facilmente êste ponto obscuro do problema. Segundo aquele professor — o maior jurista polonês de todos os tempos, como insistentemente se tem propalado — o Direito é “uma experiência psíquica *imperativa-atributiva*”, que tem

(33) DUGUIT — *Droit Individuel et Droit Social* — In “*Archives de Philosophie de Droit*” — 1931 — Página 568.

duas funções sociais distintas: a função *distributiva* e a função *organizadora* (34). Mediante a primeira, é distribuída pelos tribunais a justiça do *honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*, etc. Como esta distribuição tem que ser juridicamente garantida, é necessário uma outra função jurídica *subsidiária* — a função *organizadora* — a qual, assegurada por uma autoridade, por um organismo eficiente, redundante na organização racional do Estado, com sua legislatura, seus ministérios, sua polícia, sua magistratura, etc.

Dêsse modo, exultem nossos modernos administradores: a teoria de PETRASIZKI — que se baseou, em grande parte, na análise dos códigos de Direito Administrativo — se atribui à Administração Pública apenas um conteúdo jurídico secundário, em compensação alonga êste conteúdo até aos simples atos de Organização...

Infelizmente, não nos é dado versar com maior profundidade os revolucionários conceitos do grande professor polonês. Não que nos faltasse ânimo. Mas é que, em virtude das atuais dificuldades, assim como PAUL CLAUDEL só conhece de Deus “o que lhe ensinou o catecismo”, nós só conseguimos conhecer de PETRASIZKI o que nos ensinou SOROKIN...

(34) Apud SOROKIN — *Les Théories Sociologiques Contemporaines* — Paris — 1938 — Pág. 521.