

ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

DOCTRINA

A teoria geral do direito administrativo de Adolf Merkl

HANS KLINGHOFFER

Doutor em Direito e Ciências Políticas pela Universidade de Viena

SUMÁRIO: — KELSEN e MERKL — Teoria da estrutura escalonada do Estado — Conceito do Direito Administrativo — Problemas de ordem geral — Polícia; autarquias; Estado. — Direito e Estado — Regras de técnica legislativa.

KELSEN E MERKL

ADOLF MERKL (*) pertence à escola de HANS KELSEN, chamada *escola vienense*. Ligado por amizade pessoal muito estreita ao grande mestre da ciência jurídica, MERKL se incluía entre os mais importantes e mais fiéis adeptos dessa escola. E' assim que se propõe, em seu "Tratado", aplicar à ciência da Administração as linhas mestras da *Teoria Pura do Direito* de HANS KELSEN. Não seria possível, com efeito, deixar de notar a grande influência exercida por KELSEN no sistema teórico de MERKL.

Dessa forma, MERKL define o próprio direito, "de acôrdo com a definição de KELSEN, como um sistema de normas, particularmente de normas prevendo uma sanção coatora, e a regra de direito como a regra em que o ato coercitivo é a consequência de determinada condição". E' reportando-se a KELSEN que MERKL repudia a distinção tradicional entre o direito público e direito privado: "KELSEN", diz êle, "provou de maneira irrefutável"

que essa distinção "não se baseia em nenhum critério de caráter realmente jurídico". Expondo a teoria do direito público subjetivo, corrobora a doutrina de KELSEN em quase todos os detalhes essenciais. No que se refere ao problema das funções discricionárias, MERKL frisa o mérito de KELSEN em ter demonstrado que a diferença, até aqui considerada absoluta, entre a determinação legal e as funções discricionárias, na realidade não tem senão relativa significação. De igual modo, tratando do ato administrativo vicioso, MERKL apoia-se na teoria kelseniana conforme à qual todos os vícios de ordem jurídica tem o mesmo alcance, a menos que o próprio direito positivo os torne juridicamente diferentes, e que êles tem por efeito a nulidade dos atos eivados deles, se de outra forma não dispõe o direito positivo. A questão do controle, pelos órgãos administrativos, da legalidade dos atos que êles são chamados a aplicar, encontra em MERKL solução análoga àquela a que KELSEN havia chegado, antes dele. MERKL distingue, entre os atos de sanção do direito administrativo, a pena e a execução administrativas; isso corresponde perfeitamente ao que constatou KELSEN, ao dizer que a coação jurídica se manifesta sob a forma de pena e de execução. No capítulo em que trata da organização administrativa, MERKL cita freqüentemente a teoria kelseniana dos órgãos, teoria que escolheu como ponto de partida de sua própria teoria dos órgãos administrativos. A diferenciação que faz MERKL entre a administração de autoridade e a administração livre lembra a maneira pela qual KELSEN divide a atividade estatal em funções de coação e funções para evitá-la ou — o que representa a mesma coisa — em aplicação de normas primárias e aplicação de normas secundárias. E', enfim, sem dvida, a classificação à qual KELSEN submete os diversos regimes políticos, e que permite ao nosso autor

(*) Nota do autor: — ADOLF MERKL, o eminente professor de direito público da Universidade de Viena, muito conhecido desde há uns vinte anos, graças à sua teoria da coisa julgada e à sua engenhosa concepção da estrutura escalonada do Direito, consolidou definitivamente sua reputação mundial com a grande obra da "Teoria Geral do Direito Administrativo" ("Allgemeines Verwaltungsrecht", edição de J. SPRINGER, Viena, 1927) de que existe uma excelente tradução espanhola "Tratado de derecho administrativo", de RECARDO FERNANDEZ DE VELASCO, Madri, 1934.

O presente trabalho é um breve resumo dela.

opor a administração de forma autocrática à de forma democrática.

TEORIA DA ESTRUTURA ESCALONADA DO ESTADO

Apesar da semelhança muito acentuada que existe entre as idéias de ADOLF MERKL e as de seu grande mestre HANS Kelsen, seria um êrro contestar a grande originalidade da obra de MERKL. Está em primeiro plano a *teoria*, já mencionada, da *estrutura escalonada do Estado*, de que MERKL é único e exclusivo autor. Essa teoria se encontra já desenvolvida em numerosas publicações anteriores, tais como "A unidade jurídica do Estado austríaco" ("Archiv des öffentlichen Rechts", vol. XXXVII, págs. 56 e segs.); "O direito sob o aspecto de sua aplicação" ("Deutsche Richterzeitung", 1917); "A dupla fisionomia do direito" ("Juristische Blätter", 1918); "Teoria da causa julgada" (1923, págs. 207 e segs.). Em seu Tratado, êle a recapitula e dela extrai conclusões que atendem a particularidade do direito administrativo. Citamos abaixo algumas passagens capazes de dar uma idéia da doutrina da estrutura escalonada do Estado:

"O direito positivo... dando a certas funções estatais o caráter de condições determinantes de outras funções estatais, determina uma ordenação em escalas das funções do Estado, das quais uma permanece como primeira condição, uma outra a última conseqüência de todas as outras funções, enquanto que as funções colocadas entre as duas funções extremas são ao mesmo tempo condições e funções condicionadas."

"Essas funções do Estado são igualmente funções de direito. Toda função de direito que represente uma condição — seja uma *conditio per quam* — de uma outra função, é uma regra de direito. Só não é regra de direito, se bem que apresente relevância jurídica, a última na série das funções de direito. A pluralidade dos atos que representam funções de direito tem o caráter de condições, o que significa uma pluralidade de formas de regras jurídicas. E' graças a essa estrutura escalonada das formas das regras jurídicas que o conjunto da ordem jurídica constitui uma construção escalonada de regras de direito diferentes umas das outras".

A estrutura escalonada sob a forma empírica, isto é, tal como existe nos Estados de hoje, "aparece como uma disposição em escalas de atos com significação jurídica, disposição que se estende da

Constituição, através da lei, do regulamento e do ato normativo individual, até o ato de execução, podendo outras escalas intermediárias de qualquer número intervir para fazer a ligação entre os atos mencionados... Todos os atos colocados nessa disposição com o caráter de condições tem natureza jurídica normativa; todos os atos condicionados que aí se encontrem tem natureza jurídica executória. O ato supremo dessa disposição não tem, evidentemente, senão natureza normativa; o ato colocado no plano mais baixo não tem, de toda evidência, senão natureza executória; todos os atos colocados entre os dois atos mencionados... se distinguem por sua dupla natureza de ação normativa e de ação executória; mas todos os atos referidos, tanto os puramente executórios como os normativos, tem significação jurídica."

Essa teoria da estrutura escalonada do Estado, cujo pai espiritual é ADOLF MERKL, tem profundo alcance científico, e isso sob um tríplice aspecto. Desde logo, ela prova a *igualdade essencial*, para as ciências jurídicas, de *todas as formas de direito* (ou, pelo menos, daquelas que tem sua posição entre a norma fundamental e os atos mais inferiores e se distinguem pela dupla natureza de ação normativa e executória). Mostra, em seguida, como o *mundo do direito constitui*, na sua totalidade, uma *entidade universalista*. E introduz no conhecimento do direito, o princípio extremamente importante da *evolução dinâmica do direito*. E' assim que Kelsen pode julgar que a teoria de MERKL completa a sua própria teoria da regra de direito, que no princípio não tinha por objeto senão a estática do direito. E foi sem dúvida sob a influência da doutrina de seu aluno MERKL que Kelsen incorporou ao seu próprio sistema teórico a estrutura escalonada do Estado, desenvolvendo-a minuciosamente (ver preferentemente o terceiro livro, intitulado "Dinâmica", de sua "Teoria geral do Estado").

CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A teoria da estrutura escalonada do Estado não ocupa lugar isolado na obra de MERKL. Ao contrário, representa papel decisivo, ou, pelo menos, muito importante, para muitos dos problemas aí tratados. E' sobre ela que MERKL se apoia para definir a *administração*. Segundo êle, a administração, em relação à legislação e à jurisdição, se encontra em situação complementar. Portanto, para saber o que é administração, é preciso, se-

gundo MERKL, saber, de início, o que é legislação e justiça. Para êle, a diferença entre administração e legislação consiste na desigualdade de distância que as separa da Constituição: para a legislação, a Constituição representa a base direta; para a administração, ela representa a base indireta, mediatizada por via da legislação. Esta última, agindo como aplicação imediata da Constituição, compreende não somente as leis formais, mas também as funções que, "sem serem atos de legislação formal, são colocadas no plano da lei". De forma que, na opinião de MERKL, os decretos que se baseiam diretamente na Constituição "pertencem não à esfera da administração, mas sim à esfera da legislação". A administração, em conjunto, é uma forma da aplicação da legislação, aplicação que, assim, se compõe da administração e da jurisdição. Mas qual é o critério distintivo entre administração e jurisdição? A isso responde MERKL que a organização judiciária representa "um complexo de órgãos submetidos a um regime de coordenação, enquanto que a organização administrativa constitui uma hierarquia de órgãos submetidos a um regime de subordinação". Finalmente, MERKL define a administração como abrangendo "a totalidade de funções estatais que podem ser determinadas por ordens, inclusive as funções dos órgãos supremos não sujeitos a ordens, mas autorizados a dá-las." MERKL formula, pois, duas definições de administração, uma negativa, outra positiva: Administração é tudo o que resta da atividade do Estado, excluídas a legislação e a jurisdição (definição negativa). E é o campo da atividade estatal, colocado no regime de subordinação (definição positiva).

De acôrdo com esta última definição, o *direito administrativo* encontra seu lugar na pirâmide jurídica em virtude da sua qualidade de "totalidade de normas regulando as funções de direito que podem ser determinadas por ordens". "O direito administrativo distingue-se das outras categorias do direito pelo fato de derivar da Constituição e por se destinar a ser executado por órgãos chamados a aplicar a legislação, a saber, por órgãos administrativos. Mais precisamente ainda, o direito administrativo é formado pela Constituição e fontes de direito submetidas a ela, e é a regra de formação da administração". A concepção da pirâmide jurídica dá lugar a uma crítica da sistematização habitual, que desmembra o direito administrativo do direito jurisdicional, apesar de que a

essas duas categorias jurídicas seja comum a função reguladora da aplicação da legislação, e que faz ainda do direito administrativo e do direito constitucional uma unidade superior, apesar de terem posição diferente. Ao que diz MERKL, seria mais exato considerar o direito administrativo e o direito jurisdicional como uma unidade, considerando-os como um único objeto do exame teórico.

No que diz respeito às *funções discricionárias*, MERKL, é de opinião que, "devendo ser o poder discricionário explicado à luz da técnica da estrutura escalonada da ordem jurídica", todas as "tentativas, em matéria dêste poder, para distinguir entre administração e outras funções estatais... são absolutamente errôneas".

Em razão da estrutura escalonada do Estado importa discriminar, entre os atos administrativos, não atos jurídicos e atos de fato, mas "atos de natureza puramente *executória* e atos que exerçam ao mesmo tempo ação *normativa* ou regulamentar".

E' ainda a doutrina da estrutura escalonada do Estado que faz o nosso autor constatar que a qualidade determinante da natureza dos atos estatais *eivados de um vício* consiste em que "não correspondem à regra de sua formação jurídica"; o ato administrativo, portanto, jamais se justifica "por sua existência pura e simples... mas somente por sua conformidade com a esfera de direito onde se devem procurar as condições de sua determinação".

As noções do *processo* e da *execução* são definidas também na base da idéia de que a ordem estatal é estabelecida em escalas: "Sob o aspecto da teoria da estrutura escalonada do Estado, o processo deve ser considerado como o caminho... seguido com o objeto de criar um fenômeno jurídico de grau inferior, fazendo-o derivar de um fenômeno jurídico de grau superior". De modo que o direito processual administrativo consiste na totalidade de regras que visam a "formação de atos administrativos". A execução aparece essencialmente como caracterizada por "sua função de aplicação". E' o "último ato da aplicação jurídica, determinada por uma série de atos superiores, não determinadora, porém, de nenhum outro ato. Dado o lugar que ocupa na disposição escalonada dos fenômenos de direito, o ato executório tem alcance jurídico... não sendo, porém, regra de direito".

A *significação universalista* da teoria da estrutura escalonada do Estado se manifesta com sin-

gular clareza nas passagens relativas à *forma de Estado*: “O aspecto geral da forma de Estado sôbre a qual se erige a ordem jurídico-estatal resulta sômente... do conjunto de disciplinas jurídicas relativas às camadas particulares da formação da vontade estatal”. Uma administração em si mesmo democrática diminui o efeito de qualquer forma de Estado determinadora das normas superiores à administração; do outro lado uma administração autocrática reforça o efeito da forma de Estado exprimida nas normas superiores à administração. Portanto, se em determinado Estado a legislação se realiza em forma democrática podemos aí notar que “a administração democrática tem a qualidade paradoxal, em suas últimas conseqüências, de pôr em perigo a própria democracia, ao passo que a administração autocrática pode desempenhar, por seus efeitos, o papel de garantia da democracia”.

Enfim, quanto ao problema da *jurisdição administrativa*, o conhecimento da estrutura escalonada da organização estatal deve ter como conseqüência o abandono, para a jurisdição, da divisão habitual em jurisdição ordinária e jurisdição de direito público, e a introdução, nas ciências jurídicas, de outra distinção, segundo a qual a jurisdição constitucional, representando “a proteção da escala suprema”, ficará separada, como categoria judiciária *sui generis*, de toda outra função jurisdicional.

PROBLEMAS DE ORDEM GERAL

Acabamos de ver como a teoria da estrutura escalonada do Estado abre para tantas questões jurídicas um horizonte inteiramente novo. Muitos dos *problemas* que até aqui eram considerados como do domínio das *disciplinas jurídicas particulares*, tornam-se, assim, problemas de *ordem geral*, indo para além das disciplinas especiais.

E' assim que a questão das funções discricionárias se estende à teoria da legislação, pois o poder discricionário é um fenômeno não sômente de aplicação da lei, mas também da esfera legislativa. A doutrina adotada por MERKL, do ato administrativo irregular, é uma doutrina dos vícios dos atos estatais no sentido mais amplo; sua teoria da causa julgada dos atos administrativos é, ao mesmo tempo, uma teoria da causa julgada de qualquer ato estatal. Quanto ao direito processual, a doutrina tradicional “adquiriu o hábito... de identificar o processo com o procedimento judiciário”.

Esta restrição “é insustentável porque, necessariamente, o processo se encontra em todos os domínios da atividade do Estado”. Seria, pois, recomendável fazê-lo objeto de uma “teoria geral do direito processual”, teoria que não existe ainda. MERKL censura a teoria do recurso por, “em geral, não considerar senão as vias de direito abertas contra atos administrativos individuais” e por desprezar completamente o fato de que “recursos são igualmente possíveis como oposição contra regulamentos e mesmo contra leis e que, na realidade, recursos desse gênero são, às vezes, expressamente admitidos”. Os problemas da execução e da pena, até agora “limitados quase sempre ao direito judiciário, aparecem como problemas específicos de uma teoria de aplicação das leis, englobando tanto a jurisdição como a administração...”. De igual modo, certos problemas relativos à organização pública e cuja solução até o presente não tem sido procurada senão no plano do direito administrativo, se transformam em problemas de uma teoria geral dos órgãos estatais. Entim, é erradamente que a questão da forma de Estado permanece reservada à teoria geral do Estado; uma vez que “a administração e a jurisdição continuam e concluem a formação da vontade do Estado, formação que a legislação apenas inicia, a teoria do Estado não é capaz de resolver completamente o problema da forma de Estado e deve, parcialmente, deixar sua solução às doutrinas do direito judiciário e administrativo”.

POLÍCIA — AUTARQUIAS — ESTADO

Vê-se a que ponto a teoria da estrutura escalonada do Estado levou o nosso autor a refazer as noções científicas e a ampliar-lhes, ao mesmo tempo, o alcance. Mas há outras definições que se encontram na obra de MERKL, nas quais a teoria referida não desempenha êsse papel preponderante, ou mesmo não desempenha nenhum papel, visto não afetarem matérias relacionadas com a estrutura escalonada da ordem jurídica. Essas definições evidenciam elas também, o método lógico e penetrante pelo qual MERKL se esforça em mostrar os diversos temas do direito administrativo geral. Sem pretender esboçar aqui um quadro completo, citaremos, entretanto, três exemplos, particularmente instrutivos a êsse respeito: as definições que MERKL dá da polícia, das autarquias e do próprio Estado.

A doutrina tradicional vê na *polícia* “uma atividade administrativa que tem por objeto, anunciando ou empregando a coerção material, prevenir ou afastar perigos ou perturbações que ameacem a ordem pública”. MERKL combate tal definição, constatando, de início, que é impossível manter, como traço característico da polícia, o critério da coerção material: “Resulta da natureza do Estado, como ordem coercitiva, . . . que finalmente é sempre uma coerção que se há de reear como consequência da desobediência”. Se, portanto, ao definirmos a noção da polícia, “nos limitamos a realçar a coerção, acaba-se confundindo os limites das funções de autoridade propriamente dita com os das funções particulares da polícia”. Tenta-se, às vezes, qualificar a coerção policial como força material direta em oposição à coerção executória; mas por aí chega-se a uma noção de polícia contrária ao uso habitual da palavra. Quanto ao pretensão objetivo de manter a ordem pública, a teoria “não foi capaz, até agora, de determinar de maneira precisa e exata a noção de ordem pública”. De resto, “tal objetivo se funda na idéia duma boa ordem a ser mantida pela polícia. . . o que implica a idéia absurda de uma ordem menos boa a ser protegida por outros ramos da atividade das autoridades”. A suposição da existência de um método específico que possa caracterizar a realização de fins policiais e que, segundo a doutrina habitual, consistisse “em primeiro lugar em produzir efeitos preventivos e exercer apenas subsidiariamente ação repressiva”, é igualmente infundada, pois o Estado, como ordem coercitiva, é “dominado no seu complexo pelo fim preventivo e repressivo e isso em grau mais acentuado, ora para um, ora para outro”. MERKL, afinal, conclue que os argumentos habituais não permitem “distinguir a polícia, nem, em geral, de qualquer outra atividade do Estado, nem, em particular, de qualquer outra atividade administrativa”, sendo, portanto, recomendável “que se abandone a noção da polícia”.

O segundo exemplo é a atitude que MERKL adota em relação à teoria da *administração autônoma*. Ele refuta a noção política e sociológica da administração autônoma, que não pode “incluir-se na

ciência do direito senão em razão e na medida de uma realização jurídica de fins políticos”. A definição mais aproximada do senso gramatical da palavra descreve a autarquia, ou seja a administração autônoma, como administração pelos administrados; mas esta definição é, ela também, de natureza política, baseando-se na ficção política da representação, que MERKL julga inaceitável para a teoria do direito. Ver na administração autônoma nada “mais que toda administração organizada segundo o princípio democrático ou em obediência a certos elementos democráticos (tais como: órgãos eleitos, ausência de salário ou de provas de capacidade) seria supérfluo, porque não há nenhuma razão para dar outro nome à administração democrática”. Uma união, no campo da administração descentralizada, dos princípios da democracia e da descentralização, não fornece, tampouco, definição satisfatória, porque a noção assim obtida “não cobre todos os pontos do conteúdo do termo geralmente empregado”. Por igual, é impossível reconhecer a essência da administração autárquica em uma “distância funcional” que a separe da administração estatal, porque a idéia de “competências preexistentes pertencerem aos corpos autônomos antes e independentemente de sua delegação jurídica” não é mais que o produto de “fantasia inspirada na fé do direito natural”. Temos que admitir, apenas, uma “distância organizadora que separe a administração autônoma da administração estatal”. Dêste modo, MERKL se pronuncia em favor de uma definição segundo a qual a posição particular das autarquias se explica por sua “independência que consiste na personalidade jurídica de que são investidas e na inexistência, para o exercício das atribuições compreendidas na administração autônoma, de qualquer subordinação às ordens emanadas das autoridades colocadas fora da autarquia”. MERKL insiste, porém, na reserva de que “a chamada unidade corporativa da autarquia, que não existe jamais antes do direito, é sempre criada por este”.

O último exemplo que citámos é a *definição* que MERKL dá do próprio *Estado*. Distingue ele três noções diferentes do Estado. Estado, no sentido mais amplo da palavra, é “a organização do direito a que pertencem todos os órgãos que exerçam ati-

vidade no sentido de realizar o direito, compreendidos os que estabelecem atos jurídicos privados". Estado no segundo significado é "um órgão parcial juridicamente qualificado de Estado no mais largo sentido da palavra. E' o Estado a que se atribuem os três poderes" e cujo traço essencial consiste em que os onus de sua organização "são cobertos por via central" (Ver também Kelsen, "Allgemeine Staatslehre", pág. 272: "A noção convencional do funcionário do Estado caracteriza-se pelo fato de que êle recebe seu salário do Tesouro estatal, ou seja, de um fundo determinado, de ordem geral e central"). Estado, na terceira e mais restrita acepção, representa uma organização parcial do Estado no segundo sentido "a saber, sua organização parcial central, que se distingue das organizações parciais descentralizadas, isto é, das autarquias".

DIREITO E ESTADO

Em seu livro, MERKL dá também uma descrição das formas típicas em que, no curso da história, o Direito e o Estado se tem manifestado. À análise das noções científicas, acrescenta, dessa forma, uma análise do desenvolvimento histórico das instituições que correspondem a essas noções. Notemos, por exemplo, o esboço que faz das organizações estatais opostas umas às outras, como: Estado judiciário — Estado administrativo, ou Estado de polícia — Estado de legalidade; a sua explicação dos diferentes graus de intervenção do direito na sociedade e que correspondem a sistemas políticos determinados; o quadro histórico que traça as diversas formas destinadas a realizar o princípio monocrático ou de órgãos compostos; a focalização das relações entre a administração autônoma e a forma de Estado; e a análise dos tipos históricos de organização da jurisdição administrativa.

REGRAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Das teses teóricas que formula e sustenta, MERKL deduz uma série de regras de técnica legislativa.

Observa, por exemplo, que o enraizamento legal da independência dos tribunais é absolutamente supérfluo do ponto de vista da técnica jurí-

dica, uma vez que essa independência se impõe como juridicamente existente no caso de silêncio do legislador. Ao revés, a subordinação administrativa, para ser estabelecida, deve ser expressamente declarada pelo direito positivo, e isso mediante a adoção da ordem administrativa como categoria especial da regra de direito.

"Sob o aspecto do direito, o homem pode fazer tudo quanto não lhe é formalmente interdito; o órgão, finalmente o Estado, não pode fazer senão aquilo que o direito lhe permite expressamente, aquilo que êle declara de sua competência".

O princípio da legalidade da administração só tem validade sob condição e na medida de sua codificação. O poder dos diversos órgãos, de julgar da legalidade dos atos a aplicar por êles próprios, não exige nenhuma disposição expressa que o preveja; é, antes, a exclusão dêsse poder, portanto a obediência ao ato irregular, que os textos devem consagrar, afim de que ela possa ser considerada juridicamente estabelecida.

E' a flexibilidade e não a rigidez do direito que, para estar em vigor, precisa ter sido prevista nas leis. A regra *lex posterior derogat legi priori* não deriva da natureza do direito; para ser válida, deve ser estipulada pelo direito positivo.

Enfim, a doutrina tradicional admite a faculdade de anular de ofício um ato administrativo, na ausência de qualquer texto que o permita; MERKL, ao contrário, é de opinião que, tanto como qualquer outra via de direito, tal anulação não pode ter lugar senão quando formalmente autorizada na lei.

*

* *

MERKL não segue caminhos puramente especulativos. Seu apêgo ao raciocínio teórico nunca o faz perder de vista a vida prática do direito. Para êle, a teoria geral do direito administrativo representa "não uma totalidade de ideais não positivos do direito... mas sim um sistema de abstrações tiradas da própria realidade do direito administrativo positivo". E' assim que, sem embargo do acentuado caráter teórico de sua obra, jamais o vemos perder-se em deduções desprovidas de senso e de valor práticos — deduções que — infelizmente — com tanta freqüência se encontram na abundante literatura da teoria jurídica.