

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

ESTUDOS DE
DIREITO PÚBLICO



EDIÇÕES DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA GERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMÁTICA 
ANO DO SESQUICENTENÁRIO DA CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS DO BRASIL 1977

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Catedrático de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná

**ESTUDOS DE
DIREITO PÚBLICO**

2.^a EDIÇÃO · AMPLIADA

**EDIÇÕES DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA GERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMÁTICA**

BRÁSÍLIA · 1977

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Secretaria Geral
Secretaria de Documentação e Informática
Divisão de Documentação
Seção de Publicações
Andar térreo — Tel. 225-8015, ramal 271
Edifício-sede — Esplanada dos Ministérios
Brasília — DF

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pela Biblioteca da Secretaria de Documentação e Informática do M.J.)

F 825e Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira, 1916-
2ª ed. Estudos de direito público. 2. ed.,
ampliada. Brasília, Sec. Doc. e Infor-
mática, M.J., 1977

XII 224 ps.

1. Direito administrativo — Brasil. 2. Direito processual
administrativo — Brasil. 3. Desapropriação. 4. Autarquias.
I. Título

CDD 345

Capa de Edla Silveira

SUMÁRIO

	Págs.
NOTA DO EDITOR	VII
A GUIZA DE PREFÁCIO	IX
DIREITO, ADMINISTRAÇÃO, ESTADO	1
O DIREITO SOCIAL, SUA DIVISÃO E SUA POSIÇÃO	11
O CONTRATO ADMINISTRATIVO, NOÇÃO E FUNDAMEN- TOS	27
DA DESAPROPRIAÇÃO E DE SEUS LIMITES JURÍDICOS	57
A DESAPROPRIAÇÃO COMO EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL	69
DESAPROPRIAÇÃO: AVALIAÇÃO DE BENS E CAPITAL	83
DA POSIÇÃO JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL ADMI- NISTRATIVO	97
NOÇÃO SOCIAL DE <i>AUTARQUIA</i>	113
DA CAPACIDADE JURÍDICA DO ESTADO E DO FENÔMENO <i>AUTARQUIA</i>	157
O PROCESSO ADMINISTRATIVO NOS PRESSUPOSTOS DE POSITIVIDADE JURÍDICA	167
AS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS E O CONTROLE DA MORALIDADE	193
DA DESISTÊNCIA NAS DESAPROPRIAÇÕES	211

NOTA DO EDITOR

A primeira edição desta obra data de 1966 e foi realizada pelo Ministério da Justiça, por intermédio da Seção de Publicações do Serviço de Documentação. Em 1975, esse Serviço, elevado à categoria de Divisão, foi absorvido pela Secretaria de Documentação e Informática, então criada na estrutura da Secretaria Geral.

O presente trabalho marca a retomada do programa de edições avulsas do setor, no campo técnico-científico. Esse programa, como decorrência mesmo do processo de reestruturação administrativa já então em curso, estava paralisado desde 1972, quando o Serviço de Documentação produziu a quarta edição da Teoria Geral do Direito Civil, de Clóvis Beviláqua. De igual modo, esta edição contribui para assinalar a presença do Ministério da Justiça nas comemorações do sesquicentenário da criação dos cursos jurídicos no Brasil.

Cremos dispensável comentar as razões que nortearam a escolha destes Estudos de Direito Público, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, para esta espécie de reinauguração. Contentamo-nos em sublinhar um único motivo de ordem prática: a relação entre o fato de que a edição anterior se achava de há muito esgotada e a crescente procura da obra, manifestada tanto por especialistas quanto por estudantes.*

(*) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, além de Catedrático da Universidade Federal do Paraná, é Professor Honorário da Universidade Nacional Maior de São Marcos, de Lima, no Peru, e da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza, na Argentina. É também Presidente do Conselho Consultivo do Instituto Internacional de Direito Administrativo Latino, que tem sede em Bogotá, na Colômbia.

Esta edição incorpora três novos trabalhos, «não tão novos assim, porque nos seus fundamentos se assemelham aos demais», conforme acentua o autor. Eles constituem os três últimos capítulos do livro.

À GUISA DE PREFÁCIO

É enorme satisfação ver estes modestos estudos novamente publicados. Convidado a reeditá-los, já agora pela Secretaria de Documentação e Informática do Ministério da Justiça, não seria justo fugir de tão imperioso dever intelectual. Na verdade, pensando bem, a edição de 1966 reuniu alguns primeiros trabalhos marcantes de quem se iniciava no trato difícil de complexas questões jurídico-administrativas.

Na vida do autor, bisonho pesquisador e modesto estudioso, muitas posições sofreram revisões marcadas pelo tempo e pelos fatos. Não é de estranhar, portanto, que alguns ou muitos posicionamentos possam parecer antagônicos ou conflitantes. Na evidência do pensamento sensível às mudanças públicas, não o são, porque as transformações exteriores, envolvendo a conduta do homem e o comportamento político, afirmam condições que escapam da vontade jurídica e dos conceitos capitulados.

Ninguém mais acredita, hoje em dia, numa sociedade político-jurídica parada e não sujeita a mudanças continuadas. Mudando o ambiente que envolve o homem, muda o homem também e a posição daqueles que, observando o irreversível dos fatos, sem quebra da natureza natural das coisas, dos fenômenos e das instituições, assumem atitude de compreensão diante da experiência.

Por esse motivo, sem temores críticos, mantivemos os estudos que se reeditam, tal e qual foram escritos e pensados. Essa parece a melhor maneira de respeitar o pensamento no tempo e na sua evolução, dentro de precisas etapas que justificam equívocos, já que a necessária coerência das idéias resulta de uma ótica submetida às mudanças acontecidas.

Para confronto, acrescentamos três novos trabalhos, não tão novos assim, porque nos seus fundamentos se assemelham aos demais. O que se pretendeu, por certo, é dar uma amostragem, para outros e nós mesmos, de quanto os fenômenos exteriores conduzem o pensamento, de como o passado faz o presente, de como a experiência tempera modos de pensar e de sentir. E a prova está neste pequeno livro.

Numa análise mais objetiva, de profundidade, o relançamento deste livro de 1966 não traz qualquer interesse pessoal manifesto do autor, no tocante à dispensável procura de maior ou menor projeção. O que se quer, sinceramente, é manter uma contribuição, embora de limitadas perspectivas, bastante importante, porém, para os que começam e vivem no difícil labor das atividades jurídico-públicas.

Surpreende, todavia, passada uma década, o verificar que muitos dos temas propostos continuam atuais e merecem prosseguimento e apreço hermenêutico, muito embora nas especulações doutrinárias possa haver divergências fáticas e legislativas, e isso porque a doutrina jamais poderá se afastar, pelo irrealismo, das imposições de organização política.

Não se considerem estes estudos, como da primeira vez que foram publicados, senão como ensaios desambiciosos fixadores de momentos da posição jurídica de quem os escreveu. Valem, todavia, pela contribuição com que, por meio deles em diferentes épocas, o autor se fez presente no conhecimento e na evolução do Direito Público e, em conseqüência, do Direito Administrativo. Como ponto de partida, focando teses capitais, não obstante sutilezas doutrinárias, hão de servir e contribuir.

Incontestavelmente, é de louvável significação o que realizou e vem realizando o Ministério da Justiça, ao possibilitar a leitura original de importantes livros de juristas que pertencem à história do direito, tais como o Visconde de Cairu, Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua ou Lemos de Brito. O relevo das republicações da *Teoria Geral do Direito Civil* e do *Direito Mercantil e Leis de Marinha* testemunham a atualidade de Clóvis e Cairu.

Na área do Direito Público, sobretudo do Administrativo, avultam as figuras marcantes do Visconde do Uruguai, de

Antônio Joaquim Ribas e Pimenta Bueno, cujas obras deram começo a que no Brasil seriamente se estudassem problemas de organização pública, de estruturas e de serviços, tornando conhecidas práticas e teorias enriquecedoras do direito estrangeiro e comparado e que entre nós tornaram o Direito Administrativo vivo e conhecido, perceptível e estudável, autônomo e programático.

Teimosamente louvo o sentido cultural e brasileiro das edições que trazem o selo do Ministério da Justiça. Louvo e agradeço. Desejando que a iniciativa continue dando ao País uma demonstração de que no passado vultos eminentes construíram o direito pátrio dentro de realidades nossas e do que pelo mundo se passava.

Aqui presente, não podia deixar de extravasar o meu júbilo. Atendendo a convite honroso e aceitando-o. Tornando possível, para gáudio do autor, e também dos que lhe são caros, a divulgação de páginas que definem uma posição pública e doutrinária sofrida pelo tempo. Estes *Estudos*, quando para mais não sirvam, poderão servir para provocar exame e debate de reais e sérios problemas que permanecem vivos.

Curitiba, dezembro de 1977.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

DIREITO, ADMINISTRAÇÃO, ESTADO

«A confusão ou a identificação sistemática entre *nação* e *sociedade política*, ou *sociedade política* e Estado, tem sido uma calamidade para a história moderna.»

JACQUES MARITAIN

O estudo da origem das leis e normas jurídicas somente será possível considerados os aspectos históricos e filosóficos mais caracterizantes da formação do direito como fenômeno de cultura.

A própria formação do direito brasileiro, compreendendo as diferentes fases da sua evolução e do desenvolvimento das suas instituições, é resultante da noção histórica e filosófica do que denominamos o *nosso direito*.

A história situa os fenômenos jurídicos e mesmo as instituições sociais *na realidade do tempo*.

A filosofia, como investigação ou pesquisa, marca as determinantes ideológicas, aceita ou não aceita a crítica, a crítica ou o louvor de sistemas que surgem para a permanência ou para a discussão dialética.

II

Não há praticamente o jurista filósofo ou o jurista historiador. As individualidades naturalmente se confundem e se interpenetram no plano do *conhecimento*.

Difícil saber onde encontrar o limite da história. Difícil afirmar onde começa a filosofia ou termina a história. Sobretudo quando falamos ou cogitamos de estudar fenômenos jurídicos puros.

O *direito*, além de condicionado ao tempo, é produto da investigação e da aceitação dos princípios de ordem política⁽¹⁾ — de princípios de *filosofia política*.

O *direito* é, portanto, história. O direito é, portanto, influência de *sistema filosófico*. A mesma força geral de pensamento que transforma o *direito civil*, influi na orientação do *direito administrativo*.

Por outro lado, aqui está uma verdade tradicional: as idéias, as correntes de pensamento e os sistemas fazem o curso da história.

Dai uma conclusão: os fenômenos jurídicos ou de cultura jurídica não se explicam ou justificam sem Ulpiano, Bartolo ou César, Tomaz de Aquino ou Maquiavel, sem Karl Marx ou Napoleão, Ihering ou Savigny⁽²⁾.

III

A posição do pensamento jurídico se destaca da filosofia geral. Filosofia é idéia que pensamos e estruturamos, é pensamento que sentimos e vivemos.

A vida tem uma forma ou necessita de uma forma. Dentro da morfologia jurídica, encontramos quiçá a visão mais precisa da existência do conjunto dos agrupamentos sociais.

A obra inteira de Hegel, e também dos neo-hegelianos Croce e Gentile, objetiva-se na imposição de *formas* que consubstanciam imperativos de espírito, do espírito que tenda a adaptar-se às contingências do tempo.

Não é demais compreender que a filosofia jurídica, após a superação do idealismo ou das correntes idealistas, tenta, num esforço de normativismo científico, conformar o homem com a sua *vida* e a sua vida com o seu *meio*⁽³⁾.

IV

A política, que não deixa de ser *filosofia* ou de integrar uma *categoria filosófica*, fornece os elementos objetivos indispensáveis ao estudo dos princípios que orientam a formação de um povo, as suas condições de território e de governo.

Mas, não esquecendo, sobretudo, que o *direito*, como a *política*, é *corpo-realidade*, é ordenação normativa de valores estáveis ou permanentes. Historicamente, sempre surge um momento em que a vida do homem, as idéias e os sistemas se identificam ou coincidem⁽⁴⁾.

O pensamento jurídico está subordinado à *posição* de atitude filosófica. A vida em sociedade é conjunto de valores hierárquicos que se sucedem.

A regulamentação, porém, desses valores é *direito* em sentido positivo. Não obstante o *princípio filosófico* não passar muitas vezes de *método histórico*, entendemos que esse método pressupõe *conhecimento da verdade*, maneira de *ser* ou de *pensar*⁽⁵⁾.

V

Por sua vez, o Estado, que é conceito de filosofia política, é a própria *ordem* jurídica.

Portanto, a primeira preocupação se orienta no sentido de manutenção *dessa* ordem.

Ora, o Estado é formação política também. E política quer dizer *felicidade social*, idéia geral de ação ou programa de *bem* governar.

Se o interesse não é outro que manter essa ordem e a organização que lhe é correlata, temos aí o papel fundamental da *administração* e o conceito primeiro do que seja direito administrativo.

Em realidade, a missão do direito consiste em, observada determinada *condição* de vida ou de *desenvolvimento* da sociedade, dar-lhe forma de norma de conduta, assegurando sua livre manifestação pela força de coação do Estado⁽⁶⁾.

Quanto à objetivação das normas jurídicas, é mais trabalho essencial de alto cunho filosófico⁽⁷⁾.

VI

A moderna filosofia do direito, em face dos contrastes angustiantes da existência humana, não tem particular posição de relevo moral, político ou intelectual.

Não obstante o doutrinário dos que pretendem o *mundo do céu na terra*, o fenômeno jurídico, quando é o *homem* ou é o *Estado*, foge violentamente do ideal e da imaginação.

A sociologia atual desencanta, quando procura demonstrar que também a realidade social tem estrutura própria, quer repudie ou afirme imperativos jurídicos.

Não há outro jeito, portanto, quando a ciência do conhecimento jurídico obriga orientar ou fixar o pensamento entre os limites do *ser* e do *dever ser*, entre a *natureza* e a *cultura*, entre a *realidade* e o *valor*⁽⁸⁾.

Bem observando, aí temos a *política* e também a *história*. Temos a política e a história como problemas filosóficos de valor, encaradas como problemas de *realidade*.

Não será fácil fugir: o *direito* é função de conhecimento e atuação livre de pensamento⁽⁹⁾.

Quando escapa ao seu estilo clássico para vir em ajuda do homem, ligando-se à política para a efetivação de objetivos comuns, ele é *vida*, é *alegria* e é *dor*, é *tradição* ou *revolução*.

VII

Entender o direito fora dos conflitos entre *homem* e *grupo social* — conflito entre *indivíduo* e *comunidade* — é desconhecê-lo como *forma* e *processo* de vida.

A filosofia jurídica moderna é fundamentalmente uma ciência de estrutura do viver e do coexistir. Não permanece mais aquele aspecto subjetivo tão comum à filosofia grega e medieval.

Os valores regem o pensamento e sistematizam o conhecimento. Os *valores*, ou então a *realidade*.

E o direito para nós se constitui, assim, num dos grandes capítulos da ciência da cultura⁽¹⁰⁾.

Não existe apenas *uma* espécie de natureza humana à qual se possa aplicar a *mesma* idéia de justiça.

A conceituação do justo, na sua concepção sempre variável, é condição do tempo. Não há idêntico conceito do direito para todos os diferentes sistemas ou escolas filosóficas. Não sobrevive tão-somente o caráter formalístico das instituições jurídicas.

VIII

O valor do jurídico, nada mais incontestável, decorre da *extensão limite* dos seus fins.

Não fiquemos parados no exagero formal do contratualismo. A história do direito não é apenas continuidade sistemática de fatos, mas rupturas, mas revoluções, mas quebras violentas também na unidade natural da vida.

Quando a sociedade se organiza espontaneamente, surge a figura do Estado. Aquela hierarquização ou categoria de valores humanos de que falamos ainda não é o Estado no sentido da opinião de Georg Jellinek⁽¹¹⁾.

Tanto a *sociedade* quanto o *direito* antecedem o Estado. Antecedem transformando *relações sociais* em positivas *relações de interpenetração e dependência* jurídica⁽¹²⁾.

IX

Parece claro que a *sociedade* subsiste para *um fim*. E que o *direito* é meio de justificação e alcance *desse fim*.

Sociedade, direito, Estado — fenômenos que se identificam pela unidade do imperativo de *cultura*. Ou fenômenos que se identificam através da vida do homem como unidade do *corpo social*.

Aí está a verdade da afirmação aristotélica: *o homem é por natureza um animal político*.

Não basta somente a posse dos meios ou o conhecimento dos fins. As relações sociais que se estabelecem entre indivíduos exigem completa consonância entre aquilo que é *dever* e aquilo que é *direito*.

Relações puras de dependência, como estamos vendo, entre o que é do *homem* e o que é da *sociedade*.

X

No ponto interseção-limite, encontramos o Estado. Encontramos o Estado determinando meios, pesquisando regras ou

princípios de direção ou tentando *revelar* o direito por intermédio dos seus conceitos originários.

A incessante renovação de valores sociais explica a incessante transformação do Estado — do Estado adaptando-se à realização de ordem jurídica *sempre-nova*.

O Estado se torna assim detentor de direitos que são coletivos. O objetivo fundamental do Estado não será outro que resolver problemas de *relação e força*.

Uma vez determinado esse pensamento, parece-nos que o *princípio* de administração substitui na vida das instituições jurídicas o princípio de direito.

O interesse político, quando pretende caracterizar a forma possível de organização administrativa, necessita antes caracterizar a *administração* como envolvente do próprio Estado, como força dentro do Estado⁽¹³⁾.

XI

Somente após a caracterização dessa forma de organização administrativa surge a idéia da regulamentação jurídica da atividade da administração pública, atividade com respeito a administrados e outras agrupações e formações sociais⁽¹⁴⁾.

Não fugimos, portanto, ao conceito de Estado como *organização político-jurídica de capacidade administrativa*. Não se concebe o *direito sem o poder*.

Harmonizando a força conjugada nos indivíduos agrupados e os direitos naturais que lhes são próprios e a cada um deles pertence, surge imediatamente a imagem precisa do Estado de *fato*.

Dentro da sociedade é que existe o *homem*. Para atingir grau de individualidade, ele se agita e cria valores substanciais.

Sem condições de bem-estar ou aproveitamento de suas energias latentes, o homem será apenas um desvio da própria natureza humana.

E o Estado afirma-se na felicidade do indivíduo, felicidade *moral, social, econômica*.

XII

Na administração encontramos a ordem fundamental — a ordem que é *política*, que é *jurídica*, que é *humana*.

Tudo quanto é deste mundo se encontra submetido a essa *ordem fundamental*.

Por ela, ou em nome dela, explodem revoluções, prega-se a anarquia, desmantelam-se privilégios.

Cabe ao Estado — ao *Estado-administração*, ao Estado pessoa jurídica capaz de direitos e obrigações — defender essa *ordem fundamental* enquanto assim for a vontade social do homem.

Seja como quer Von Ihering: o objetivo vital do Estado é velar pelo direito.

Seja como enuncia Léon Duguit: o Estado é força posta a serviço do *direito*.

Mas a *forma* do Estado é o *governo*. E governo é *administração*, tão-somente administração.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Como poderá observar o leitor curioso, contrariamos radicalmente a opinião de Rafael Bielsa. O jurista argentino, querendo estabelecer distâncias no quadro do direito entre história e filosofia, entre o que denomina *jurista-histórico* e *jurista-filósofo*, deixa de investigar as idéias jurídicas e a realidade das instituições sob aspecto global de conjunto, de unidade (ver *Genesis del Derecho Administrativo*, in *Estudios de Derecho Publico* — ed. 1932 — págs. 13-14).

(2) E. TROELTSCH — *Der Historismus und Seine Probleme* — edição de 1922. O historicismo de Troelsch aprova o relativismo temporal dos fenômenos que são jurídicos. Não esquecendo que o processo relativista de interpretação é mais real porque oferece melhor concepção total do mundo e da vida. Ver também PAUL VALERY, no seu *Regards sur le Monde Actuel*, e ORTEGA Y GASSET, no clássico *Rebelión de las Massas*.

(3) Aceitamos, com GASSET, o idealismo filosófico como desaparecido. Ver *El Tema de Nuestro Tempo* — edição de 1923.

(4) JOSÉ MEDINA ECHAVARRIA — *La Situación presente de la Filosofía Jurídica — Esquema de una interpretación* — edição de 1935.

(5) Assim pensa MEDINA ECHAVARRIA; o materialismo histórico é um método de interpretação da história — *ob. cit.* — pág. 85.

(6) Ver PEDRO LESSA — *Estudos de Filosofia do Direito* — edição de 1912 — pág. 389.

(7) «Não basta pesquisar isoladamente, e no momento de formular cada norma ou de criar cada instituição jurídica, as verdades particulares que devem servir de molde a regras de direito. Importa elevar-se aos princípios, às verdades gerais fundamentais, espiritualizar a ciência pela filosofia» (PEDRO LESSA — *ob. cit.* — págs. 389-90).

(8) Esse é o ponto central das idéias de GUSTAV RADBRUCH (ver *Filosofia do Direito* — trad. de Cabral de Moncada — ed. de 1934).

(9) «Como o direito natural não existe, o direito há de ser tomado de caso em caso pela livre atuação do pensamento e do conhecimento». (THEODOR STEMBERG — *Introducción a la Ciencia del Derecho* — trad. esp. — edição de 1930, pág. 23).

(10) Cabral de Moncada — prefácio ao livro de RADBRUCH — *ob. cit.* — pág. XV.

(11) Ver *L'Etat Moderne et son Droit* — trad. francesa de GEORGES FARDIS — edição de 1913.

(12) G. JELLINEK — *ob. cit.* — vol. II — págs. 188-9.

(13) LUDWIG SPIEGEL — *Derecho Administrativo* — trad. esp. — pág. 43.

(14) Pensamento de RAFAEL BIELSA — *Estudios de Derecho Publico* — *ob. cit.* — pág. 14.

O DIREITO SOCIAL, SUA DIVISÃO E SUA POSIÇÃO

Ex facto jus oritur

Nada sobreleva a importância do direito como fenômeno puro da vida social. O homem é animal destinado a existir em sociedade. Dentro da necessidade da formação de um espírito coletivo é que damos a ele os meios e o ambiente sadio para viver.

Aqui reside todo o valor jurídico e político do Estado. Portanto, ao Estado, como instituição jurídica e política, cabe: estabelecer a mais estável e duradoura concordância entre as condições econômicas do indivíduo e o conjunto das idéias que formam sua consciência coletiva.

Hoje, as inquietações que consomem o nosso espírito angustiado não nos impedem de saber qual o remédio para os males que afligem a humanidade. Não mais acreditamos em luta de classes. A nossa política tem bases históricas. Sentimos que é possível prever a história e que a história é previsível.

Houve quem deblaterasse contra o valor e o prestígio da evolução jurídica. No entretanto, atualmente, estamos autorizados a declarar que toda campanha desenvolvida contra o direito apenas surgiu no nefasto impressionismo científico que desviou os rumos do pensamento humano.

Não era possível preexistir uma ordem jurídica quando estavam abalados os fundamentos políticos da civilização que o Renascimento viu brotar. Conseqüentemente, o conflito econômico em choque com o formidável movimento financeiro das grandes indústrias que surgiam minava a força dinâmica do Estado, encaminhando os orientadores do poder público para o exercício pleno de funções apenas policiais.

O fracasso da ordem jurídica não passou de reflexo da desordem no plano político. Sabemos que o direito não é tão somente a lei. Há a natureza visível das coisas a determinar condições e princípios de adaptação social.

O artificialismo que o século dezenove trouxe para as instituições jurídicas desviou o fenômeno do direito de sua contextura natural.

Pouco adiantou o grito lancinante daqueles que apontavam o caminho certo. A verdade, porém, é que mesmo os atalhos atingem um fim.

O tempo se encarregou de mostrar que não basta a garantia de certos direitos considerados fundamentais para que haja felicidade ou para que o homem possa sentir-se garantido.

O resultado é que desacreditamos na eficiência das forças jurídicas. O resultado é que as transformações se processaram violentamente. Em torno dos conceitos de propriedade, da autoridade, de família e liberdade, levantou-se verdadeira mística de revolução.

A filosofia luta para aproximar o direito da idéia de justiça. Os homens sentem o perigo das mutações rápidas e reagem em face do conhecimento da realidade.

Mas já agora ouvimos, ainda que às vezes silenciosas, as vozes que indicam o caminho certo. A velha política foi inexoravelmente derrotada pelo prestígio e pela força das indústrias pesadas.

Nada mais resta que a busca dos remédios indicados. A terapêutica aconselhada é a que pode ser aceita sem grandes abalos. Cumpre, mais que nunca, levar em conta os valores autênticos da vida humana.

II

O mérito fundamental da *Rerum Novarum* está em ter podido antecipar realidades. Não bastaria apenas a garantia do direito de salário pelo trabalho que se presta. Cumpria justificar a propriedade particular e adaptá-la às exigências políticas da natureza humana.

A condição civil deriva de imposição de direito natural. O Estado, como intervém para proteger a propriedade e a posse

de bens reais, também deve intervir quando se trata de proteger o trabalho. A proteção do Estado será no sentido: de garantir o trabalho e o produto do trabalho.

A definição jurídica do salário, que é o próprio trabalho em sua fase de compensação, está a exigir as medidas mais amplas de justiça. Aqui se radica a noção do direito à assistência e à subsistência.

A sociedade civil deverá ser o reflexo da sociedade política. As necessidades como as utilidades deverão determinar o limite do direito do Estado e a linha dos deveres do poder público. O objetivo do Estado não será outro que o objetivo dos indivíduos associados entre si.

Entre os contrastes e as antinomias do dogmatismo e do ceticismo filosófico, evidentemente o que buscamos é uma posição de equilíbrio social.

III

Pesai os fenômenos do mundo e vereis o significado das afirmativas políticas de Leão XIII.

Do impulso das leis naturais, atingimos a verdade do pensamento positivo. Sem essa indeterminável base natural, é impossível haver ordem na sociedade.

Há que considerar o direito como fato e como norma.

Nada pior que o abuso das idéias que fazem dogmas políticos. Não está ainda resolvida a questão dolorosa que choca ricos e pobres. O esforço pela paz social só agora atinge a esfera do jurídico. As desigualdades econômicas são amenizáveis pelas tentativas de possível igualdade jurídica.

Em toda filosofia moderna procura-se a visão de conjunto. O mesmo se passa com a filosofia do direito. Não se concebe mais o Estado e o direito como concepções antagônicas de uma realidade. Ao Estado caberá, no entretanto, a qualificação das instituições jurídicas que formam o seu conjunto.

A interferência da vontade humana é apenas uma injunção de ordem privada. O que nos força a concluir que a sociedade

antecede o Estado em sua forma jurídica positiva. Como também a idéia de organização antecede o conceito de hierarquia dos fenômenos do direito.

Há o direito como fato e como norma. O direito como fato, explicando as várias formas de relações vitais que se estabelecem de indivíduo para indivíduo no sentido de objetivação de finalidades que são comuns. O direito como norma, impondo uma regra de conduta.

IV

Preciso será convir que as leis não fazem disciplinas jurídicas. A autonomia de determinado ramo de direito se radica em sua realidade substancial. A lei será apenas uma forma de expressão. O direito revela uma situação de vida.

Não se pode dizer *legislação operária* ou *direito operário*. Não há direito ao trabalho mas direito do trabalho. Errado é afirmar *direito industrial* quando o que na verdade existe não passa de *legislação industrial* (incidindo sobre marcas de fábricas, patente de invenção, nome comercial etc.).

O significado exato da palavra *direito*, nós o encontramos dentro da sistemática das disciplinas jurídicas. Sem esquecer a interferência do homem como capaz de transformar idéias sobre a natureza das coisas ou influir no sentido da medida dos valores que atuam sobre a vida coletiva.

V

No complexo da vida social há a condição de uma imposição civil da existência. É impossível, portanto, que na sociedade civil todos sejam elevados a mesmo nível de igualdade.

Cada indivíduo é função de energia diferente. E a vida social requer, para seu equilíbrio, funções mui diversas. Trata-se apenas de atribuir a cada um o seu direito.

A noção de justiça consubstancia aqui a necessidade da adaptação segura do homem à realidade dos fenômenos vitais que são próprios a cada indivíduo ou a cada grupo de indivíduos.

VI

À energia despendida no sentido de produzir ou realizar para viver, classicamente, chamaríamos trabalho.

Sem dúvida, o trabalho é parte integrante da personalidade humana. Daí a urgência da sua proteção. Não só da proteção ao trabalho, mas também aos produtos do trabalho. Tendo como objetivo, com isso, a proteção material do homem e da sua família.

Uma derivante do problema do trabalho, encontramos o salário vital que as doutrinas pretendem fixar e estabelecer. Todos concordamos com a conveniência e a necessidade da justa retribuição.

Estamos a ver que o grande problema sugere outros tantos pequenos problemas. A autoridade do poder público caberá a investigação que se fizer útil às soluções que parecem acertadas e bem aceitas.

VII

Desnecessário se faz afirmar que o Estado, como poder público organizado, encontra-se no centro de toda atividade, quer política ou social, que diga imediato respeito ao interesse comum.

Seu objetivo não será tão somente o de proteger e garantir direitos individuais e coletivos. Seu objetivo fundamental reside na possibilidade de conseguir, por normas ou fórmulas, atingir o ideal do bem-estar social.

Não só os códigos são expressão lídima do direito. Não é científico, e foge da realidade ambiente, circunscrever o direito à lei escrita.

O Estado é o resumo vivo das atividades do homem em sociedade. Representa algumas vezes, pela sua formação e por seu espírito político, situações de vida e aspirações de vida.

A ele, certamente, caberá saber onde está o direito e o que é *direito*. Ao Estado, como vemos, cumpre revelar as verdades jurídicas ainda indefinidas e insubsistentes. Busca a diretriz para a revelação da existência de novas normas jurídicas. O Estado não se efetiva longe dos elementos de existência humana. A necessidade dá vida à lei. O poder dá forma à lei.

Na realidade ativa, no Estado função, ou no indivíduo em constante movimento de renovação e adaptação, nós encontramos o problema da evidenciação das fontes novas do direito.

VIII

Eis aí onde buscar justificativa lógica para explicar a razão das transformações simultâneas que se operam na organização jurídica e política do Estado moderno e na sociedade moderna.

O Estado lança mão dos elementos mais convenientes de revelação do direito em seu aspecto primário. Da organização e do governo da sociedade dependerá a prosperidade pública e privada.

Mas a prosperidade pública e privada é consequência de energia aplicada à produção. Se há um poder maior, e portanto força mais evidente, claro que a tutela dos interesses gerais e particulares pertencerá a esse poder.

O Estado, não há dúvida, mantém a grandeza do seu prestígio político pela sua capacidade e por sua competência para intervir nos negócios públicos e em negócios privados que afetem o interesse coletivo.

Existe uma ordem jurídica. Não é plausível, então, negarmos a permanência de uma ordem social originária. Daqui parte a indispensabilidade de o Estado regulamentar determinadas situações de vida. Algumas vezes, proteger o trabalho. Estabelecer, outras vezes, regras de proteção à família.

De igual modo vemos que a conveniência está em distribuir o direito. Distribuir classificando os objetivos visados. Impor o que é de necessidade e utilidade. Caracterizar o bem público e se possível definir, no bom sentido de delinear, diretrizes mais consentâneas com a realidade da ordem humana que se projeta na vida social e ganha estrutura e corpo de doutrina.

IX

A sociedade civil não foi instituída senão para defender as razões naturais de vida. A sociedade civil não deixará de ser condição do próprio direito natural. A palavra de Leão XIII serviu para bem lembrar a posição do homem na sociedade e o que representa a sociedade para o homem.

Não será gravíssimo erro desconhecer a influência dos elementos que concorrem para a formação de certa ordem social? Esse não será o dever dos que governam? Quem poderá dizer onde está o limite do interesse comum?

Ora, a vida social apresenta contínua renovação de valores. Renovação de valores que na maioria das vezes explica incessantes mutações havidas na ordem jurídica.

Hoje em dia, pouco se fala ou quer saber do fenômeno da força do direito ou do direito da força. Todos procuramos no âmago dos problemas que se nos apresentam os valores que são estáveis e que permitem o levantamento atual do quadro da vida social.

Esses valores constantes são os que integram o espírito jurídico de uma cultura. Trata-se de adotar uma sistemática que reúna em síntese positiva os grandes problemas, a lei e o fato, o valor e o ideal.

X

Estamos em pleno século dezenove, e as questões trabalhistas enunciadas após o advento da grande indústria preocupam seriamente os meios políticos autorizados. O conflito entre patrões e operários é o início da forte reação que se processa, tentando

dirimir as desinteligências surgidas da luta do capital com o trabalho. Agrupam-se as forças que defendem os mesmos princípios e direitos.

Os sindicatos trabalhistas um tanto revolucionários favorecem a organização dos sindicatos patronais. Periga em todos os limites do trabalho a paz social. Há integral oposição de interesses a impedir a elaboração de uma legislação que se coadune politicamente com a realidade do momento.

Ordenar as normas jurídicas de proteção daqueles considerados economicamente fracos — era o objetivo fundamental. Reconhecemos que é da alçada do Estado a proteção e o reconhecimento do direito dos mais débeis. O bem comum dependerá sempre do equilíbrio justo dos interesses das classes de determinado grupo social. O que se defende é o trabalho sob suas diversas formas, tornando-o obrigação social para a indispensável proteção e manutenção da família.

O trabalho, portanto, está no centro de toda legislação social. Tudo gira em torno da proteção do trabalho e possivelmente em torno também da proteção do homem do trabalho. E o Direito Social aparece como complexo das normas e leis políticas cujo objetivo não é outro que a satisfação imediata das necessidades daqueles que vivem exclusivamente do produto do seu trabalho.

Seu fundamento será econômico. Sua finalidade será o bem comum. Para tanto aventuramos a elaboração de leis que formam uma legislação de cujas características nós tiramos o sentido próprio de autonomia científica do Direito Social.

XI

A política acompanha a situação do homem no mundo. Toda luta que se impetrou contra o espírito jurídico estava assente na urgência de o direito seguir o homem no roteiro das suas novas conquistas coletivas.

Sem dúvida: a posse de elementos com que amenizar o antagonismo das forças sociais se fez iminente. Há que compreender a necessidade de harmonizar o interesse dos indivíduos com

o interesse dos grupos. A economia deixa de ser individual pelas proporções políticas que assume. Itália e Rússia atingem de abrupto algumas das soluções indicadas.

O Estado vacila antes de discutir as bases dos problemas propostos. Perpetua-se a instabilidade revolucionária. Estado e direito encontram-se divorciados dentro de uma única e mesma realidade. Leis novas surgem de improviso. E a reação se processa lentamente, anunciando vitórias que a transformação do direito patenteia como expressão do tempo e de vida.

Pela primeira vez sentimos que as tendências são socializadoras e socializantes. O conceito de propriedade já não é o mesmo. Há mudanças palpáveis no direito das obrigações. Outra consciência jurídica que surge para demonstrar que em absoluto estava fracassado o espírito jurídico.

XII

A obra legislativa do Estado moderno é quase sempre de interesse coletivo. O direito do futuro será quase todo ele público. Não há conteúdo científico no classicismo que pretende manter a divisão tradicional do fenômeno jurídico. Opera-se profunda revisão de leis e legislações.

A iniciativa do Art. 139 da Constituição de 10 de novembro é a primeira tentativa de afirmação do espírito jurídico moderno. Como as demais constituições que se sucederam.

Nada podemos dizer sobre o que virá. No entretanto, o que é mais importante, lutamos para alcançar o equilíbrio social e econômico da sociedade brasileira.

Continuamos a caminhada com o firme propósito de conquistar o ideal de uma igualdade jurídica, dentro de níveis de direito em que a desigualdade econômica apenas se afirmará em relação ao trabalho, à capacidade ou à inteligência.

XIII

O aspecto mais importante dessa disciplina jurídica que se afirma como Direito Social é a imposição da tutela e da proteção

nas relações vitais que se estabelecem naturalmente entre classes ou entre indivíduos de classes diferentes.

Não se cogita apenas da legislação. Onde há a lei, há o fato. A unidade orgânica ou os princípios gerais comuns que formam o corpo da doutrina demonstra que fora do senso comum da justiça comutativa nós temos o objeto da justiça distributiva dando autonomia e amplitude de ação ao Direito Social.

Portanto: não será audácia de jurista menos experimentado situar o Direito Social longe do Direito Público e mais afastado ainda do Direito Privado. Somos dos que acreditam na ampla socialização da força dos elementos jurídicos. Todo esse movimento a que fizemos rápida referência surge precisamente quando organizamos o nosso espírito de reação contra os postulados do Direito Civil.

Considere-se a importância das normas econômicas e conclua-se que a solidariedade na esfera do direito mais aproxima os princípios da vida, favorecendo uma situação de comunidade que bem revela a índole da cultura e da civilização do nosso tempo.

XIV

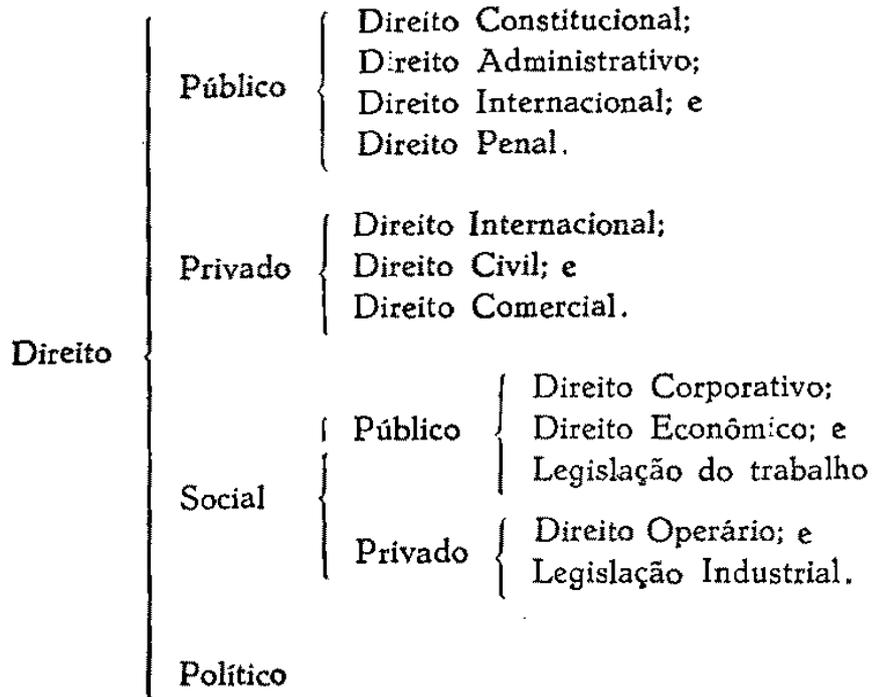
Se fôssemos avaliar a importância da enorme revolução a que assistimos, haveríamos necessariamente de compreender que os fatos e as idéias cada vez mais concorrem para o desprestígio do conceito do direito, como fenômeno isolado, no conjunto dos fenômenos da vida coletiva.

Chega a ser interessante a nossa impossibilidade de informar onde começa o Direito Público e termina o Direito Privado. A intangibilidade dos princípios forçou a rude intervenção do Estado que os juristas, em sua quase maioria, receberam assustados e boquiabertos.

Socialização significa participação ativa do Estado na vida do indivíduo. Sem restrições, sempre que esteja em jogo o interesse comum. Podemos dizer que o direito, em sua acepção moderna, se aproxima mais da vida do homem.

XV

Lancemos as nossas vistas por sobre o quadro geral do direito moderno, e esquematizando teremos a seguinte síntese:



Notamos que o Direito Social abrange amplas perspectivas. De uma parte, é regulador da auto-proteção, quando permite os indivíduos agruparem-se em torno da defesa dos interesses que são comuns. De outra parte, estipula e define a ação jurídica e social do Estado no sentido de regular situações que afetam ou podem afetar a ordem geral e normal.

XVI

Tentando a análise retrospectiva do desenvolvimento do nosso estudo, das tendências e ideais que atuaram na formação da nova disciplina jurídica, nós chegamos a conclusões científicas que assim poderão ser formuladas:

— O Direito Privado não tem os elementos considerados indispensáveis para a solução dos importantes problemas que

afetam o interesse coletivo e o direito do Estado: por sua vez, o Estado exerce duas funções específicas: a jurídica e a social; a jurídica se realiza na tutela dos direitos, implicando no fato a boa e eficiente distribuição da justiça; a social poderá considerar a atividade do Estado como supletiva da ação particular, não obstante o interesse público ser o ponto de convergência entre os direitos do indivíduo e as atividades normais do Estado.

— A condição civil tem *substratum* na realidade positiva dos fenômenos naturais; daí a importância do direito como fenômeno puro da vida social; a ordem jurídica será consequência dos imperativos de vida política e consequência das circunstâncias de vida econômica; a sociedade civil não foge de ser o reflexo do espírito político de uma época; o Estado é um meio de conquista dos ideais coletivos; Estado e direito não são concepções antagônicas de uma mesma e única realidade.

— O complexo da vida social requer funções diversas e diversificadas: não se pretende um mesmo nível de igualdade; o que se pretende é a garantia de direitos; ou daqueles direitos que são próprios a cada indivíduo ou inerentes a grupo de indivíduos; atribuir a cada um o que é seu, eis a questão: o Estado, como síntese da atividade do homem, terá como objetivo o maior bem-estar social; a prosperidade coletiva e particular dependerá da organização e do governo da sociedade; daqui parte a necessidade de proteção para os considerados economicamente fracos.

— No espírito das leis, há o fato jurídico: o Direito Social visa às classes menos favorecidas; estabelece medidas legais e regulamentares de proteção dos salarizados; por esse motivo afasta-se do Direito Público e situa-se além do direito privado; adquire tonalidades variadas conforme a finalidade a que destina sua capacidade de ação jurídica: assim, consideramos o Direito Corporativo e o Direito Econômico partes integrantes de um mesmo ordenamento de fatos jurídicos; não só o Econômico e o Corporativo, mas o Direito Operário e a legislação industrial e a do trabalho, conforme o esquema que atrás expusemos.

— Concluindo: o Direito Social surge para suprimir as deficiências da iniciativa individual na ordem econômica e para

coordenar os fatos ou fenômenos que se sucedem como aspectos diferenciados da existência humana normal; caracteriza-se pelos seus objetivos de ordem pública e de ordem privada e assim organiza os grupos que atuam na vida coletiva; protege o trabalho e tutela o homem de trabalho; cria legislação apropriada aos débeis e desprotegidos, sendo ao mesmo tempo disciplina reguladora da atividade social genérica do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- Encíclica *Rerum Novarum* (Leão XIII).
- Encíclica *Mater et Magistra* (João XXIII).
- Encíclica *Pacem in Terris* (João XXIII).
- Encíclica *Ecclesiam Suam* (Paulo VI).
- Encíclica *Divini Illius Magistri* (Pio XI).
- Constituição Federal, de 1937.
- Constituição Federal, de 1946.
- MICHEL HALBECQ — *L'Etat, Son Autorité, Son Pouvoir* — Paris, 1964.
- PIERRE BIGO — *La Doctrine Sociale de L'Eglise* — Paris, 1954.
- HANS FREYER — *Les Fondements du Monde Moderne — Théorie du Temps Present* — Trad. do alemão — Paris, 1964.
- *Sociologie du Travail — Revue trimestrielle* — Paris.

O CONTRATO ADMINISTRATIVO, NOÇÃO E FUNDAMENTOS

«O Direito Público e o Direito Privado não se acham separados por um abismo. Na vida jurídica eles se penetram e se completam um ao outro. Em uma instituição não raro se encontram elementos de Direito Público e de Direito Privado.»

FRTZ FLEINER

A tendência do Direito Administrativo é observar, de perto, o Estado em sua atividade e descobrir as regras jurídicas que regem essa atividade e servem para realizar, dentro do campo de vida social, as funções da administração (1).

Essa atividade do Estado, por si, já é tão dispersa que tão somente a necessidade de revelar regras jurídicas diretoras constitui uma dificuldade.

O Direito Administrativo nada tem que ver com os elementos constitutivos do Estado. É mais da alçada do Direito Político o estudo desses elementos de equilíbrio de forças (2).

O Direito Administrativo é mais acentuadamente finalista (3). Não foge àquele sentido de finalidade que é ver realizar pelo Estado o direito em sua acepção mais positiva e concreta. O Direito Administrativo é *fin*.

A Constituição de Frankfort, texto dos mais notáveis pelo avanço político que audaciosamente empreendeu, tentou negar o Direito Administrativo como ramo ativo do direito moderno. Esse modo simplista e rústico, porém, de tentar fazer desaparecer uma disciplina que, por si mesma, concretiza a mais sólida garantia dos princípios políticos do Estado não passou da intenção louvável de aniquilar privilégios e regalias de que gozaram, no correr dos tempos, determinadas classes sociais. O Direito Administrativo ficou, e a Constituição de Frankfort não.

O art. 176 da mesma Constituição explica a atitude rebelde dos constitucionalistas de Frankfort: — «Estão abolidas as jurisdições privilegiadas de pessoas ou coisas». O fim não era outro, como se deduz claramente, que tornar passiva toda energia que viesse provocar desigualdade política entre os homens (4). As regras seriam, porém, as regras de administração.

Na prática social, ainda que este não seja o pensamento orientador, a nossa afirmação da realidade não pode ser puramente idealista. O Direito Político caracteriza-se, especialmente, por conquistas detalhadas dentro do campo de vida social. Se assim não fosse, até as realizações de ordem econômica seriam impossíveis, porque, da mesma forma que todo problema humano é um problema de finalidade, todo problema de finalidade é um problema político de integração.

De uma maneira ou de outra, o Direito Administrativo concorre para exteriorizar o avanço do Direito Político. Como um desvio também do Direito Constitucional, o Direito Administrativo procura integrar aquela disciplina na plenitude da vida social. Só por esse escopo mostra o direito Administrativo a sua imprescindibilidade. E dentro desse objetivo e dessa finalidade enquadra-se para viver e determinar (5).

II

Ao que vemos, administração, no sentido real e absoluto da palavra, é a aplicação da atividade do Estado na realização dos seus fins políticos e sociais. E o Direito Administrativo surge quando o Estado se movimenta na direção dos seus fins superiores de vida (6).

WILHELM SAUER cai em erro quando atribui a vasta ramificação do Direito Administrativo ao seu conteúdo de mui recente elaboração jurídica (7). Paul Laband, bem mais acertado que Sauer, considera o Direito Administrativo como um ajuntamento de preceitos de Direito Privado, Penal, Processual e Político.

Na realidade, o desenvolvimento tardio e vagaroso dessa disciplina, sofrendo a influência direta de diversos momentos históricos, tornou-a quase uma síntese do fenômeno jurídico geral. Todo princípio vitorioso na consciência do homem encontra no órgão máximo da direção da sociedade, no Estado, o mais fiel reflexo.

Não há uma simples teoria da administração. O que há e sempre houve é o pensamento orientador a determinar as novas

direções do pensamento jurídico. O Direito Administrativo, por essa razão de ordem, é mais atual que o Direito Político. Daí LUDWIG SPIEGEL (8) atribuir ao princípio científico da divisão do trabalho o afastamento do Direito Administrativo do Direito Político (9). Nada mais certo.

Outro ramo do direito, que não o Administrativo, encontra maior campo de desenvolvimento, horizontes mais amplos, meio mais propício de permanência e afirmação. O Direito Administrativo será sempre excrescência de um sistema jurídico-filosófico e síntese fidelíssima da realidade politico-social-atual. É o homem em sociedade política.

O Direito Político, quase sempre resultante, em suas linhas mestras, de uma forma de pensamento que é quase uma concepção de vida, tem regras fundamentais que o tornam preso a imperativos históricos até mutáveis e coativos. Não se afirma, porém, sem o procedimento de administração.

Com o Direito Administrativo, já tal coisa não acontece. Afastado da ciência da administração — mais antiga e mais agarrada às fórmulas tradicionalistas — o Direito Administrativo é uma criação livre das culturas vivas dos mais variados ciclos autônomos de evolução social.

Portanto: o Direito Administrativo é bem mais produto da conveniência e da utilidade que de uma causa jurídica primária (10). O que não impede que os princípios de Direito Político venham atuar, impondo orientação e traçando finalidades concretas de atividade social.

III

Qual será, em vista do exposto e discutido, a nossa conclusão?

Não resta a menor dúvida que o Direito Administrativo existe e vive, como a experiência histórica comprova, em função do Direito Político, sendo mesmo toda a atividade variada do Estado.

Como se notou, não perdura uma oposição irrestrita entre as duas disciplinas. Isso, porque, ainda que pareça contraditório, o

Direito Político, pela sua própria formação, não se atreve à investigação da realidade da aplicação dos próprios princípios. A sua atenção está unicamente voltada para os problemas que de perto afetam o seu particular interesse.

O Direito Administrativo — informa SPIEGEL — é necessário, não porque o Direito Político não seja capaz de investigar os distintos campos de administração, senão porque não está em condições de conceder aos problemas gerais do Direito Administrativo a atenção que naturalmente requerem quando está claro que não coincidem com os problemas de Direito Político (11).

IV

O contrato é comum às instituições jurídicas. Não existe, em toda a história do direito, idéia mais consagrada. O vínculo obrigacional, nascido de um acordo de vontades, já revela o contrato na sua fisionomia mais rudimentar (12).

O homem que entra em entendimento livre com outro homem para a realização de determinada coisa contrata-se, com o empréstimo de sua palavra ou com a aquiescência de sua consciência, a aplicar energias para a realização do estipulado. Vale pelo seu fim e pelo seu objeto.

O conhecimento de um contrato social a que vários indivíduos se obrigam na luta de constância vital, o conhecimento da necessidade desse contrato, ou mesmo da sua existência, muito diz da sua permanência como realidade tangível na evolução humana. Todo pacto, mesmo privado — a história do direito ensina —, era considerado legal (13).

As obrigações contratuais não pertencem somente ao nosso tempo: nasceram e vivem com o homem. ROUSSEAU foi o primeiro a desenvolver essas teorias (14). O indivíduo vivo é obrigado a certas relações com os seus semelhantes, relações de toda ordem que provocam como que uma correspondência constante, um entrelaçamento cada vez maior de ideais e aspirações, um acordo cada vez mais firme de colaboração e auxílio mútuo.

SUMNER MAINE está enganado quando escreve que o «dever de manter a própria palavra é uma das conquistas mais lentas da

civilização». Erra, porque o indivíduo, bem antes do aparecimento do Estado, tal como hoje o conhecemos, já estava preso a compromissos muito mais fortes, porque religiosos, que o obrigavam à obediência serena e justa de certos princípios místicos transformados em preceitos jurídicos (15).

A palavra do homem antigo equivalia quase a uma lei do foro íntimo. A *sponsio* dos romanos é a prova mais real que se pode apresentar. Depois, a angústia cósmica e o terror místico impediam o rompimento dos pactos, considerados sagrados (16). Nada mais certo diante da história.

De uma convenção, o contrato acentuou-se criando corpo de doutrina, implicando mútuo consentimento, acordo, concurso de duas ou mais pessoas, «manifestação da vontade para fazer ou deixar de fazer alguma coisa em determinadas condições» (17).

E a lei, hoje em dia, na configuração e na essência, é apenas a garantidora sincera dos entendimentos humanos contratuais. Donde se deduz que o contrato não é só algo comum às instituições jurídicas, mas também *conveniência da vida* (18).

A idéia de contrato é predominante, abarca a existência em toda a sua extensão, domina o espírito do homem, realiza o direito por etapas e conquistas e será num futuro bem próximo o próprio direito em sua forma mais elevada de permanência social.

V

Em vista do que expusemos, podemos considerar o contrato como harmonizador de vontades opostas, «como conciliador de interesses colidentes, como pacificador de egoísmos em luta» (19). Ou como unidade de vontades opostas.

O direito existe e existiu para afirmá-lo. A metafísica jurídica discute acerbamente quanto ao seu fundamento, sem encontrar uma solução lógica e total. É concorde, no entretanto, em reconhecer a garantia que ele oferece à revelação das normas jurídicas.

Bentham, Hegel, Kant e Grocius acentuam o interesse maior, o sentido da posse e da sociabilidade. Vidari e Windscheld, Fran-

çois Geny e Richert, Stammler e Kaufmann não negam em seus arrazoados, de uma argumentação vermelha e contundente, o papel que tem exercido o contrato na evolução jurídica dos povos e das sociedades.

O ato de reforma da administração, uma iniciativa qualquer de desestabilização, o afastamento de um velho empreendimento e a criação de novas formas de relações jurídicas redundam, naturalmente, no contrato que exprime e representa essas transformações. O mundo moderno, por exemplo, é alucinante combinação de esforços. Sem algo que unificasse esses esforços, que centralizasse as energias dispersas, as forças individuais isoladas — seria impossível obra comum para fins também comuns ⁽²⁰⁾.

Foi a necessidade da sociabilidade que levou os homens à necessidade da ordenação ⁽²¹⁾. E a necessidade da ordenação, ao acordo contratual de interesses. «Não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência» ⁽²²⁾. Não é a indolência espiritual, o ideal poético de contemplação, a renúncia, a transcendência da alma, que faz o homem procurar no homem a própria garantia, um escoro, a própria conservação, aquilo que não possui e que outro parece possuir. Tudo chama ao isolamento e ao bucolismo. A necessidade chama à realidade, à espereza dos embates bruscos, onde o indivíduo protege a si próprio na ajuda ao semelhante, numa constante fuga de si mesmo.

Personalizado e depois individualizado, o contrato, alargando o seu campo de ação em sua forma metafísica, é um expediente a que todos nós recorremos para suprir as nossas insuficiências.

VI

O que se deduz, portanto: é que a vontade humana se realiza por intermédio de um ato, fora ou dentro da esfera do direito ⁽²³⁾. Sem o ato não há a manifestação de vontade.

Longe do direito, esse ato, na expressão vulgar da técnica jurídica, será extrajurídico. Obedecendo às regras diretivas do direito, será simplesmente um ato jurídico.

Escreve o ilustre CLÓVIS: «Os atos jurídicos aparecem por todas as seções do direito, público ou privado, externo ou interno, constituindo a parte ativa ou funcional do direito, cuja dilatação, intensidade e vigor deles diretamente dependem. Os vários modos, pelos quais as nações ou os indivíduos adquirem, modificam ou extinguem direitos, são atos jurídicos. Sua organização sistemática é fisiologia do direito» (24).

O contrato, nos seus primeiros lineamentos, é um derivativo do ato jurídico. O ato, pelo seu sentido, que lhe é próprio, é quem cria e estabelece relações de ordem jurídica, as chamadas relações contratuais.

O ato jurídico consubstancia o início dessas relações jurídicas, é como que o vínculo para a elaboração dos contratos, de acordos, de empreendimentos consensuais.

Em todo contrato, como entendimento, há uma permuta voluntária de consentimentos, o que não quer dizer, entretanto, que toda troca de consentimentos implique a existência de um contrato (25).

Para o clássico POTHIER, o «contrato é uma convenção mediante a qual duas partes, reciprocamente, ou uma delas somente, prometem e se obrigam, uma com respeito à outra, a dar alguma coisa» (26).

Ao mesmo tempo que atua o interesse, também atua a lei. «Mostram-se duas vontades que se exteriorizam, duas declarações de vontades, duas vontades que se colocam em contato. Segundo elas, resulta que existe um indivíduo que quer converter-se em credor de outro, contanto que este se converta em devedor do primeiro. Ambas as vontades coincidem, cada uma delas perseguindo um objetivo diferente e se determinando por fins diversos. Dessa maneira, há entre os contratantes um laço jurídico perfeitamente determinado. Um adquire a obrigação de realizar certa prestação que aproveita ao outro, e este adquire naturalmente o poder de exigir daquele o cumprimento da referida obrigação» (27).

Assim compreendemos a idéia do contrato, na sua acepção mais geral. VELASCO, resumindo em duas palavras, fere de perto

o problema em questão: "Para que um acordo de vontades se converta em contrato é necessário precisamente a concorrência de três circunstâncias:

1ª) as vontades devem emanar de partes opostas; o contrato é um acordo bilateral de vontades;

2ª) as partes tendem a criar uma natural e bastante positiva situação jurídica;

3ª) a situação jurídica criada pelas partes terá caráter individual e não será nunca uma situação jurídica geral» (28).

Para VELASCO, todo contrato significa, na essência, expressa oposição de interesses. O mesmo não acontece com Jellinek, Glerke, Duguit e Hauriou. Todos são concordes na existência de um choque de vontade caracterizante de uma colisão de interesses. JELLINEK chega a acreditar em contratos nascidos de manifestação unilateral da vontade, bem como o italiano BORSI e quase toda a moderna escola italiana. HAURIOU, ao contrário de DUGUIT, apóia JELLINEK. DUGUIT, mais independente, já distingue um ato coletivo de vontades da figura de um contrato propriamente dito (29).

De tudo acima, concluiremos: que não há contrato senão quando decorre do consentimento das partes contratantes, senão quando existe um objeto determinado estabelecendo um vínculo jurídico certo.

VII

1. Para o direito natural, o contrato está no centro das mais elevadas cogitações jurídicas. Sem ele não se pode absolutamente visar a efeito jurídico algum (30). O indivíduo vivo é obrigado a relações com os seus semelhantes como um dever imperativo de manter a própria vida.

2. De uma simples convenção natural, o contrato transforma-se em categoria jurídica real e atuante (31) — traduzindo-se em necessária conveniência da vida.

3. O contrato de Direito Privado não é mais que a concorrência de vontade do contrato social (32). O contrato, como pro-

cesso valorativo do indivíduo, tem uma razão de ser lógica e filosófica, no campo privado como na esfera das iniciativas públicas.

4. Em desarmonia com a lei o contrato não força cumprimento de obrigação (33). O contrato só vigora em harmonia com os princípios do direito atual, em íntima harmonia com a lei.

VIII

Uma vez estabelecido o acordo de vontades, o vínculo jurídico entre as partes, o ajuste de interesses colidentes, a figura do contrato aparece e se realiza, em relação aos fins que comumente tem em vista (34).

Num contrato, o administrativo por exemplo, as partes não estão num mesmo plano, ambas desfrutam situações jurídicas diferentes. A administração pública em tudo é a privilegiada. Mas o que existe, no modo de entender de VELASCO, é uma reciprocidade jurídica (35).

O interesse geral é que regula a ação e a atuação do contrato administrativo. Se o interesse é, como acontece, público, o contrato será de Direito Público (36).

CARBONI (37), com palavras pensadas, escreve: «se estamos indubitavelmente em presença de um ato jurídico bilateral; se ele não se pode qualificar contrato de Direito Privado porquanto é impossível desconhecer-se que a relação é disciplinada por normas de Direito Público, nós o qualificaremos como contrato de Direito Público».

GASTON JÈZE (38), para melhor compreensão, divide os contratos celebrados pelo próprio Estado em duas categorias distintas:

- 1ª) os contratos ordinários regidos pelo Código Civil;
- 2ª) os contratos administrativos submetidos às regras especiais do Direito Público.

O que quer dizer que é tendência do pensamento jurídico moderno aceitar o contrato de Direito Público como inigual, dife-

rente do contrato civil ou comercial, do contrato de Direito Privado.

Sempre que se tenha em finalidade um bem ou um serviço público, bens ou serviços do domínio público, como objeto particular de contrato, não se pode, sem mais nem menos, abandonar o aspecto público para os confinar dentro dos preceitos gerais e reguladores do contrato civil ou comercial de Direito Privado.

Certo é que, diante da realidade, seria o maior absurdo doutrinário. Alguns autores acreditam, com alguma razão de ordem lógica mas não jurídica, que, se esses contratos pelo conteúdo específico são *sui-generis*, não são ou deixam de ser propriamente contratos (89). O que precisamos, porém, é ter em conta a finalidade para a qual são eles elaborados. O conteúdo nada diz de decisivo para o elucidamento do problema. É útil saber, para afastarmos as dúvidas que por acaso persistam, que o contrato pode tanto ser de caráter público como de caráter privado (40). É o fim que determina a forma geralmente observada de contratação. «Em razão do fim se condiciona toda a vida do contrato e se explica a sua constante mutabilidade. Esse fim, aqui e para nós, é o serviço público (41). Não há, em absoluto, uma categoria de normas ou preceitos jurídicos que possamos acusar dogmaticamente como pertencente ao Direito Privado ou ao Direito Público.

IX

Apesar de sólida e tradicionalmente estruturado, o Direito Privado, pelos seus dois principais ramos, tende aos poucos a deixar-se converter pelo Direito Político. SAUER qualifica essa tendência de socializadora (42). Não há como duvidar.

Visando à seguridade jurídica das relações privadas, os romanos, com inteligência e justeza, tiraram do Direito Privado o ponto de partida para a elaboração de toda uma concepção jurídica de vida (43). O indivíduo, hoje em dia, não pode dispor da sua propriedade ou de qualquer outro direito privado com a mesma liberdade que dentro do direito romano, cujos princípios elaborados ofereciam o mais puro espírito individualista (44). O homem não existe só, mas em sociedade.

Qualquer teoria socializante que surja inclui em seu programa de ação a conversão do Direito Privado em Direito Público. O objeto do direito em geral será sempre afastar do homem a premência das necessidades imediatas e, no modo de entender dos culturalistas germânicos, valorizar a vida em todas as latitudes. O setor de ação do Direito Privado está equidistante das tendências valorativas do homem e das leis fundamentais orgânicas das sociedades (45).

A sociabilidade chama a cooperação (46). A evolução da teoria do Estado, nesse sentido, inclina-se a desempenhar o maior número de *serviços públicos* e por outro lado a limitar cada vez mais as expressões da liberdade individual (47).

A idéia do direito não se esgota na de justiça (48). Como no corpo humano, assim num Estado bem organizado o todo não existe para os seus membros: são estes que existem para o todo (49). O Estado como cabeça, tronco e membros.

Uma concepção transpersonalista do direito não se satisfaz com um objetivo tão comedido de justiça na ordem privada, de igualdade na ordem particular ou com o simples equilíbrio de interesses individualizados. O direito, como o Estado, está em relação a uma estrutura social pluralista.

X

Não nos custa, de passagem, como vantagem de fundamentação do que já afirmamos, dizer que mesmo nas legislações antigas o Direito Público predominou, para mais tarde deixar-se levar por imperativos históricos consubstanciados em princípios ativos de Direito Privado.

Na Babilônia o exemplo é frisante. Vigorava lá, com o apoio incondicional das massas, verdadeiro regime de expropriação forçada completamente identificado com a época e o meio (60): Mesmo assim, tudo era normal e natural.

Como em Roma, em Atenas e Babilônia o Estado satisfazia as suas necessidades inadiáveis, obrigando o cidadão a prestar imediatamente os serviços (51). O Estado entregava ao indivíduo

missões de ordem pública que o mesmo indivíduo se via obrigado a realizar para não cair no desagrado completo dos seus concidadãos.

Augusto, chefe romano, impediu por lei violenta os escravos, ou os que foram escravos, os libertos, de entabular negociações com o governo ou celebrar contratos com o Estado (⁵²). Era uma exceção aceita pelas condições do tempo histórico impondo desde então a idéia que indica as limitações do contrato e quem podia celebrá-lo oficialmente.

A barbarização extensiva de Roma começou quando o desequilíbrio plutocrático, com a opressão do Estado pelo capitalismo burguês, ameaçou a unidade histórica do império. Com as lutas intestinas, deu-se o abafamento dos princípios de Direito Público e a ascensão das normas de Direito Privado das leis orgânicas vigorantes.

Tal fenômeno se explica facilmente: no esplendor do Estado, o homem fazia questão de servir ao Estado, de colaborar com ele e de com ele trabalhar; com a decadência, veio o abandono egoísta do indivíduo pelas coisas públicas, o abandono criminoso das épocas de declínio. Assim sempre foi.

Nos períodos de esplendor, todos queriam associar-se com o Estado; nos períodos de miséria e ruína social, o homem vira-se para si mesmo, abandonando o Estado ao seu destino. Justificando a razão das guerras e das revoluções. Inclusive das crises periódicas que abalam o mundo.

XI

O contrato se realiza de conformidade com um fim determinado, predominado o interesse geral sobre o interesse particular. É o fim que determina a espécie de contratação. Não há propriamente uma categoria reservada de princípio jurídico de Direito Público ou de Direito Privado.

Há uma tendência socializante nascida da influência constante do Direito Público sobre o Direito Privado, uma tendência de fisionomia revolucionária e de valorização progressiva da vida.

A história não nega a existência do contrato do Direito Público nas velhas civilizações clássicas ou pré-clássicas. O Direito Privado é quase resultante do aburguesamento do espírito das antigas sociedades.

XII

Os contratos administrativos enchem toda a vida do Direito Público. ABELLA (53) qualifica-os de especialidade dentro do quadro dos contratos civis tendo como sujeito a administração e como objeto a satisfação direta de uma necessidade pública (64).

Há, como vimos, manifesta desigualdade das partes que atuam na contratação. Há, ao que entendemos, a tendência para afastar o contrato público e estudá-lo como consequência de ordem privada (55). É a mesma tendência civilista que tenta fazer do Direito Comercial uma disciplina-ciência derivada e da norma comercial simples desvio da norma civil.

A condição do homem na sociedade civil é que estabelece uma situação jurídica, ou de ordem pública ou de ordem privada (56). O *público* é o limite próprio do *privado*. Nesse sentido é que variam as teorias, assumindo de autor para autor aspectos doutrinários diferentes. Ainda mais, a jurisdição dos tribunais comuns e a ação dos conselhos administrativos advertem a cada momento que os contratos públicos de obras ou serviços variam de espécie para espécie e pendendo para onde maior é o interesse vigorante.

Discutindo-se em Espanha em 1888 o projeto de lei de organização do contencioso espanhol, opinava Santamaria de Paredes que os contratos de obra ou serviços públicos eram essencialmente civis, ainda que, por circunstâncias determinadas especiais, estivessem submetidos a uma jurisdição contenciosa e só «como necessidade histórica fazendo ressaltar a realidade da execução» (57).

Incorporadas em nossa disciplina, essas tendências não lograram até o presente identificar os autores entre si, o que tem tornado os trabalhos sobre o assunto de um ineditismo curioso e

nefasto. Mas o processo de pesquisa continua entre os estudiosos, em caráter de vontade e vocação intelectual.

XIII

No geral equipara-se freqüentemente, e sem a mínima análise, o contrato administrativo ao contrato civil. É preciso, no entanto, distinguir os elementos de forma: o ambiente jurisdicional, o objeto e a finalidade (58).

VELASCO examina pormenorizadamente esses elementos definidores. Estamos, neste ponto, com ALFARO. Apesar de não haver uma diferença científica entre os contratos administrativos e civis, há no entretanto uma diferença real de jurisdição (59). Diferença de meios e de fins.

CABALLERO, quando tenta mostrar a identidade — com a predominância do elemento civil sobre o elemento público —, agarra-se à lei civil para com isso concluir que o contrato, mesmo o público, não passa de um modo de aquisição da propriedade, devendo portanto o contrato administrativo, como tal, estar sujeito às decisões dos tribunais ordinários. Por conseqüência, se há contratos que dão lugar à competência dos tribunais administrativos, esse fato decorre apenas da finalidade dos mesmos contratos (60).

A especificidade está em relação ao objeto, em relação ao fim. Basta o espírito finalista para positivar uma forma de contrato, como basta o ato criminoso para classificar o fato delituoso e estabelecer o grau relativo da penalidade. Os fins, naturalmente, justificam os meios.

Ao contrário de CABALLERO, nós, como DUGUIT e JÈZE, não aceitamos o contrato como um meio de aquisição da propriedade e sim como um meio de angariamento pelo acordo de partes de direito. Entre, portanto, pessoas jurídicas, físicas ou de direito.

Para FLEINER, o formalismo civilista não interessa ao Estado (61). Vejamos BINDING apoiando a FLEINER: "O contrato vale pelo que pretende realizar de positivo» (62). Está esse contrato em razão dos seus fins ou objetivos, que são juridicamente específicos,

XIV

GASTON JÈZE, dos tratadistas franceses o mais realista, admite, ao lado de contratos especiais que se processam em relação a uma finalidade objetiva, a existência de contratos ordinários regulados pelo Código Civil (63). Certíssimo.

JÈZE requer para que um contrato administrativo se defina e formalize:

1. Acordo de vontades entre a administração e o particular;
2. O acordo de vontades deve ter por objeto a criação de uma obrigação jurídica de prestação de ajuda material ou serviços pessoais mediante remuneração;
3. A prestação do particular destina-se ao funcionamento de um serviço público;
4. As partes, em virtude de cláusula expressa, concordam na vigência de um regime especial de Direito Público (64).

O que quer dizer que as partes interessadas buscam a situação jurídica que melhor convier ao objeto em vista, abandonando a própria situação de direito de origem. A relação que se estabelece é que cria um estado novo de direito. O certo é que o sentimento jurídico da escola francesa reside na tentativa louvável de desindividualização do Direito Privado.

XV

Cumpre afirmar: o contrato realizado pela administração pode ser público ou pode ser privado, em razão única da finalidade visada. É público sempre que haja interesse maior em jogo. É privado quando está em jogo o interesse de uma simples pessoa jurídica (65).

LENEL resume o pensamento do jurista espanhol quando escreve: «o contrato administrativo necessita constante flexibilidade, não se acomodando portanto à rigidez típica dos contratos civis» (66). É, acima de jurídico, social e de fins públicos específicos e naturais.

O conceito que possamos ter do direito em relação ao Estado não é tão somente o conceito universal corrente, mas aquele que corresponde a uma função transcendental no conhecimento dos problemas jurídicos (67). Exato e certo.

As regras sociais, neste caso, são uma resultante mista, e até contraditória, da valorização jurídica e moral (68). A lei surge do sentido último da valorização do homem. A finalidade existencial de qualquer problema jurídico radica-se no seu objeto muito mais que em sua razão de ser.

GALOSTRA (69) decide em termos a discussão quando opina que os contratos celebrados pela administração têm como objeto satisfazer necessidades públicas, donde é possível concluir, com alguma lógica, que o contrato verificado é mais ato da administração e a matéria versada essencialmente administrativa (70). GOMEZ GONZALEZ já declarara que são administrativos todos os contratos em que a administração intervém legalmente representada e têm como finalidade objetiva uma obra ou um serviço público. Exato.

TORRES MUNHOZ, sintetizando o espírito da legislação espanhola, prega como inexato que, ao contratar, o Estado abdique de suas faculdades ou as transfira (71). Há a correspondência necessária de interesses. Há interpenetração dos elementos jurídicos. Portanto: acordo entre o Estado e administrados. O *Estado*, por sua vez, nunca deixa de ser *Estado*.

XVI

O sentido civilista não interessa particularmente ao Estado. Os dois atos em que se exterioriza um contrato administrativo bastam para classificá-lo. Tanto o acordo como o contrato implicam coincidência de vontades com efeitos jurídicos determinados. Mediante contrato, o Estado pode penetrar (72) a esfera de liberdade do indivíduo sem modificar sequer a ordem existente.

Os italianos, com raras exceções, não compreendem o contrato de obra pública a não ser como ato de comércio (73). Na forma integral do art. 7º, da lei de 20 de março de 1865, as

autoridades administrativas, pelos seus órgãos competentes, têm a faculdade de proceder, ainda quando esteja dependendo de juízo, à execução sobre cujas conseqüências jurídicas se litiga. Havendo urgência, e o direito do homem passando inatacável, a administração pode agir com independência ou mesmo com liberdade. Não há choque de vontades.

Em França, como observamos de passagem, qualquer ato público tendente à realização de um serviço, ou relativo à aquisição de coisas necessárias à própria administração, é contrato administrativo plenamente caracterizado:

a) quando a administração atua como intendente do seu domínio, ou seja, como administradora dos bens que constituem uma fonte de renda para o Estado — ressaltando a competência dos tribunais ordinários;

b) quando a administração age na gestão dos negócios e serviços públicos — não obstante a competência dos tribunais ordinários;

c) quando o acordo de vontades é acessório ou condição exclusiva do ato administrativo — ressaltando a competência, no caso, dos tribunais administrativos.

O direito argentino, por exemplo, não menciona diferença para os contratos administrativos. Somente refere a existência de um regime legal especial com respeito aos serviços e obras públicas, não jurisdicional, como explicaria BIELSA, por não existirem naquele país, a Argentina, tribunais administrativos de competência especial sobre a matéria. Mas os contratos administrativos existem como contratos.

As questões surgidas se resolvem facilmente de conformidade com as regras gerais da competência (74). Se a nação contrata particulares para a feitura de obras, assim o faz como entidade autárquica nacional. Salvo lei positiva em contrário, toda questão surgida será da exclusiva competência dos tribunais federais (75).

Na Alemanha, há um caso bastante curioso: a administração serve-se dos meios oferecidos pelo Direito Civil. É o que nos informa FLEINER (76). Com o objetivo de realizar os seus fins máximos, a administração pública lança mão dos contratos civis

de compra e venda, locação de obras, locação de serviços, etc. O Estado administrador trata em um mesmo plano de vida com os seus administrados. Submete-se o Estado ao direito Civil e aos tribunais comuns, sem que se alterem os princípios estabelecidos pela processualística tradicional (77). Há, no entretanto, o objetivo que poderá ser *político* ou *jurídico*.

Entre nós, aqui no Brasil, nada há quase para discutir. Existem os contratos administrativos. Para serem válidos, obedecem a forma determinada pelo art. 767 do Regulamento Geral da Contabilidade Pública. As exigências são estas:

- 1ª) que sejam celebrados por autoridades competentes;
- 2ª) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados em lei;
- 3ª) que sejam lavrados nas repartições competentes;
- 4ª) que guardem conformidade com as propostas preferidas no ato da concorrência; e
- 5ª) que sejam registrados no Tribunal de Contas.

Nada interessante, como vemos. Sob o ponto-de-vista, a doutrina e a jurisprudência brasileira pecam pelo atraso. Só agora, com a imposição de princípios políticos mais autorizados e consentâneos com a nossa realidade, é que sentimos, pela imperiosidade da intervenção do Estado nas atividades privadas, a necessidade de situarmos o assunto e orientarmos os nossos estudos. Não basta somente que a lei discipline os tipos contratuais. Precisamos estar afeitos aos *factos* jurídicos.

O direito moderno, em cada país verdadeiramente integrado na prática política, é *um objetivo só*. Na reforma dos quadros sociais da humanidade, a própria idéia de contrato é atingida. «Rigorosamente falando, o indivíduo não tem direito contra a sociedade» (78). Em luta contra ela, a sociedade, não ganha direitos, mas ganha obrigações.

XVII

No direito Administrativo, o que observamos com freqüência é sempre persistência de um interesse ao lado de outro interesse, provocando o mútuo acordo correspondente.

BERNATZIK, a respeito, declara: «no Direito Administrativo, a autoridade legal de uma coisa julgada se estende a todos os interessados de fato» (79).

A figura *interessado* é que vigora. É o conceito do *interessado*, de BERNATZIK, pela sua amplitude, é extraordinariamente frutífero no que diz respeito à construção teórica do procedimento administrativo (80).

A relação com o procedimento na vida civil torna essa teoria de uma sugestividade única. O que quer dizer que, nos assuntos de jurisdição voluntária, não existem senão interessados e participantes em vez de partes litigantes.

O ponto capital de toda teoria sobre fatos administrativos está nesse interesse que une partes contrárias favorecendo um entendimento propício e fundamental. Não existe, como no proceder civil, o sentimento de depressão angustiante de uma parte esbulhada pela outra. Há predominância de uma só consciência de direitos reais. Em matéria civil, não basta o acordo de partes para mudar uma decisão tomada (81). Em matéria administrativa, as circunstâncias o demonstram, nem sempre uma única decisão traz resultados satisfatórios de efeito jurídico insofismável.

Não afetando dispositivos penais, normas imperativas civis, nada impede aqui às partes, consultados os interesses gerais, de prepararem ambiente para nova decisão. O conceito de *coisa julgada* topa aqui contra todas as disposições preliminares dos Códigos Civis.

O objeto administrativo em uma demanda não pode absolutamente ser litigioso, desde que se encontram em jogo não pequenos interesses, mas interesses totais.

A questão civil é julgada cabendo ao Estado, não interessado, posição jurídica independente e afastada da luta de interesses em colisão. A administração — bem conhecendo a posição do mesmo Estado que julga e executa — obriga a uma visão de suas consequências jurídicas assinaladamente públicas.

Para determinar esse limite, que é quase o mesmo que vai do Direito Privado ao Direito Administrativo, SPIEGEL toma como

ponto de referência o objeto do Direito Privado. Não esquecendo que o Direito Administrativo é a realização global do próprio direito ⁽⁸²⁾, a sua expressão mais alta — um direito de *conveniência* ⁽⁸³⁾.

Se sociologicamente — tal como ensina SPIEGEL — tomarmos como ponto de partida o *indivíduo*, o Direito Administrativo será a última disciplina, a meta final a ser atingida. Todo o ato administrativo regulador de uma forma contratual respeitando a concepção civilista do direito. Abandonando as exigências teóricas do classicismo jurídico doutrinário, deve imediatamente ser estudado em razão do *interesse maior* e como uma espécie de intervenção autoritária do Estado na esfera das atividades particulares ⁽⁸⁴⁾.

Da mesma forma que o Direito Civil se acomoda com rara facilidade à economia particular, o direito Administrativo encontra na empresa pública o seu mais alto objetivo de atuação jurídica. A objetividade do ato administrativo já consigna, em sua expressão jurídica, a idéia do contrato como exteriorização de uma vontade sempre voltada para determinado fim. Fim que é social, comum e jurídico.

XVIII

MAGNAN DE BORNIER encontra, como aspecto indispensável, o contrato administrativo na *utilidade geral*. HAURIU, no elemento *institucional*. E LENEL, menos acertado que BORNIER e HAURIU, no simples *equilíbrio de interesses* ⁽⁸⁵⁾.

Quem quer que estude objetivamente o assunto não foge de observar no fenômeno do contrato administrativo a exigência de uma imposição voluntária que o diferencia gradualmente das demais espécies de contratos.

Sabemos que é uma das formas mais correntes e conhecidas da atividade jurídica do Estado. O objeto é que deixa de ser jurídico para ampliar-se e atingir o campo do social. Inclusive o campo dos interesses econômicos.

A legislação brasileira nunca tentou estabelecer essa distinção. Não quebrou assim a estrutura de nosso regime de natureza

essencialmente judiciarista. Apenas deixou-se impressionar pelo limite e pela amplitude das funções especializadas (86).

XIX

O que expusemos força a uma conclusão simplista: a autoridade administrativa deve ser bastante soberana em suas decisões, mas dentro da esfera jurisdicional que lhe é própria. Ela é parte e juiz, ao mesmo tempo, dos seus próprios atos. Contra estes só existe o recurso judicial limitado à apreciação da legalidade dos atos administrativos. O conceito do *judex in causa propria*, no plano administrativo, pode ser verdadeiro no que diz com a apreciação da legalidade do ato (87). Um acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 26 de agosto de 1908, já estabelecia:

«O Estado, sem embargo de entrar em relação contratual com a pessoa privada, não se despe por isso, jamais, dos seus direitos e faculdades que constituem a sua própria qualidade de poder.» (88).

XX

Em sua realidade mais palpitante, visto pelo prisma em que exercita a sua função social, o Direito Administrativo realiza as funções essenciais da administração e as finalidades jurídicas do Estado que lhe estão afetas.

O efeito jurídico de um fenômeno, é, na maioria das vezes, consequência da existência de um vínculo contratual. De categoria jurídica, o contrato transmudou-se em fórmula de conveniência de vida, explicando-se como processo valorativo das atividades continuadas do indivíduo.

Há um fim determinando imperiosamente a realização do contrato. O caráter exclusivo da contratação nasce desse fim de efeitos jurídicos determinados. Daí a impossibilidade de sujeitarmos os contratos a uma forma categórica reservada de princípios jurídicos.

A sistemática de Direito Público envolve toda atividade social do indivíduo, obrigando a certas relações como Estado e a admi-

nistração e revelando nessas relações a necessidade contratual, o acordo conveniente com o poder, de onde nasce e toma proporções o contrato normativo de Direito Público.

O contrato administrativo está sujeito à vontade das partes contratantes, a uma teoria voluntária específica. Não há princípios estáveis que o formulem. O interesse finalista geral é que o concretiza. Há a predominância do elemento institucional, a concorrência de interesses totais e o equilíbrio de interesses particulares. E a autoridade administrativa cria ao seu redor um ambiente jurisdicional distinto, diferente do judiciarismo comum dos tribunais ordinários.

Em última análise, o contrato administrativo trabalha campo especial, não comum às demais espécies de contratação, tem esfera própria de vida e atividade, sem deixar-se influenciar pelo formalismo civilista tradicional. Alcança a amplitude das relações públicas entre o indivíduo e o Estado, sejam quais forem as suas finalidades jurídicas intrínsecas.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Explica o mestre austríaco LUDWIG SPIEGEL: — «O direito Administrativo não estuda os elementos distintos do Estado. Ocupa-se da colaboração harmônica dos distintos fatores do Estado para a consecução dos seus fins» (ver *Derecho Administrativo* — trad. esp. — p. 45).

(2) «Todos os problemas de Direito Político tratam no fundo de uma relação de forças» (SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 44).

(3) Hoje consideramos toda jurisdição contenciosa-administrativa como a instituição mais eficaz, para a proteção de direitos dentro da esfera do Direito Público. Constitui para nós uma das mais valiosas conquistas do século, e nos custa compreender a hostilidade que sentiam por essa instituição os defensores das idéias constitucionalistas, quando no art. 128 da Constituição de Frankfort incluíram entre os direitos fundamentais do povo alemão o seguinte princípio: «está abolida a jurisdição contenciosa-administrativa» (SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 27).

(4) «A prática da vida jurídica veio favorecer em outro sentido o Direito Administrativo, em um aspecto muito importante para a história dessa ciência. Bastou a aplicação de princípios constitucionais para que se impusesse a convicção de que, por muito bem elaborada que esteja uma Constituição e por mais escrupulosa que seja na estimação dos interesses, nunca seria suficiente para assegurar o funcionamento satisfatório da máquina do Estado. A prática cotidiana se encarregou de reduzir ao seu justo valor as exagerações sobre a eficácia dos parágrafos da lei, com que se havia pretendido construir o edifício do Estado» (SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 31).

(5) A separação do Direito Constitucional do Direito Administrativo ainda é de ontem. Surge com a afirmação dos princípios de Direito Político do Estado. Os escritores modernos fazem pé firme na distinção. Borsi, Jêze, Bielsa, Bulrich, Caetano, Juan, O. Ramos, Prates da Fonseca, Menegale, Fleiner, Cavalcanti, Conner e outros.

(6) «Incumbe, portanto, ao Direito Administrativo regular as relações jurídicas que se criam entre a administração do Estado — ou outra qualquer corporação do Direito Público encarregada de levar a cabo funções de caráter administrativo — e seus súditos — pessoas individuais e coletivas» (ver FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — trad. esp. — página 39).

(7) Ver SAUER — *Filosofia Jurídica Y Social* — trad. esp. — página 251.

(8) LUDWIG SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 11.

(9) «A relação que o Direito Administrativo guarda com o Direito Político é a mesma que o Direito Processual guarda com o seu correlativo, o Direito Substantivo. No Direito Administrativo há mais livre disposição; no Direito Processual, maior sujeição a regras. No primeiro, há a utilidade; no segundo, a segurança pública. O necessário, porém, é enlaçar — para uma ordem jurídica mais perfeita — ambas as finalidades. Só assim é possível garantir a qualidade do verdadeiro Direito. De outro modo, o Direito Administrativo seria arbitrio, e o Direito Processual formalismo «vacuo» (SAUER — *ob. cit.* — p. 252).

(10) O Direito Administrativo busca primeiramente a criação de utilidade; por sua razão garante-se indiretamente a segurança jurídica, que é o mesmo que dizer que se cria nova situação jurídica garantida desde o ponto-de-vista formal e normativo» (SAUER — *ob. cit.* — p. 252).

(11) LUDWIG SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 50.

(12) «A obrigação, o vínculo nascido do contrato tendo por base fundamental a vontade humana, foi sempre uma concepção tão simples como ato jurídico que célebre escola presidiu a uma fase passageira da evolução da humanidade, procurou os fundamentos da própria existência social em pretendido contrato coletivo realizado entre os indivíduos. Na época atual, diante dos ataques sofridos por todas as regras essenciais da ordem humana, o direito derivado do contrato é o menos exposto às agressões comunistas, o menos odiado pelos proletários». (CARVALHO DE MENDONÇA — *Doutrina e Prática das Obrigações* — p. 41). No Direito Industrial, o fenômeno da *convenção do trabalho* é um dos pontos mais altos da evolução jurídica. Cesarino Júnior e Orlando Gomes, professores, respectivamente, em São Paulo e Bahia, evidenciam essa realidade.

(13) Ver o velho GOGLIOLO — *Filosofia Del Diritto Privado* — § 4º — nº III. Ou então do mesmo e velho mestre a tradução feita e ordenada pelo Ministro EDUARDO ESPINOLA — *Filosofia do Direito Privado* — Bahia 1898.

(14) A propósito do pensamento de ROUSSEAU, veja-se: LOUIS LE FUR — *La Democratie et la crise de L'état* — pub. nos *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* — Vols. III-IV — p. 7.

(15) Ver CARVALHO DE MENDONÇA — *ob. cit.* — p. 644.

(16) Ver SUMER MAINE — (*Ancien Droit* — p. 288).

(17) STRICKER — *Fisiologia do Direito* — trad. de A. de Carvalho — p. 140. «A manifestação da vontade deve ser livre no sentido usual da palavra. Se se demonstra que a manifestação da vontade foi arrancada à força, o valor do contrato diminui e anula-se completamente (ob. cit. — página 140).

(18) «Parece, com efeito natural, que quanto mais os indivíduos contratarem, menos o Estado manda (??), e, segundo Sumner Maine, a lei tornar-se-ia hoje uma simples garantia da execução fiel dos contratos abandonados nos pormenores à livre iniciativa dos particulares». (JEAN CRUET — *A Vida do Direito* — p. 158).

(19) «É certamente essa a primeira e mais elevada função social do contrato. E, para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo desse ponto-de-vista, o contrato corresponde ao direito, substitui a lei no campo restrito do negócio por ele regulado». (CLÓVIS BEVILAQUA — *Direito das Obrigações* — p. 156).

(20) «Assim, para ser aplicada em sua maior latitude, a grande lei econômica da divisão do trabalho necessita de vasar-se pela fieira dos contratos. Na mesma construção, na mesma fábrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos indivíduos chamados ao seu serviço operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, sem essa convergência de interesses, não teria andamento a empresa. Mas, para conhecer, praticamente, esses interesses e fazê-los subordinar ao fim visado pelo empresário, só há hoje um meio, que é o contrato» (CLÓVIS — ob. cit. — p. 158).

(21) Ver THEODOR STENBERG — *Introducción a la Ciencia del Derecho* — trad. esp. — p. 35.

(22) MARX e ENGELS, na propaganda política socialista, faziam ressaltar sempre essa verdade histórica e sociológica.

(23) «Os atos humanos ou se realizam dentro da esfera do direito, em harmonia com ele, produzindo efeitos jurídicos, e, por isso, denominam-se atos jurídicos, ou emergem fora do âmbito do direito, embora nele possam ecoar por suas conseqüências, e merecem, então, o nome de extrajurídicos» (CLÓVIS — ob. cit. — p. 158).

(24) «Entre os atos jurídicos estão os contratos, por meio dos quais os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo algum vínculo jurídico» (CLÓVIS — ob. cit. — p. 159).

(25) «É o mesmo dizer que a vontade entra como fator essencial do ato, sem o que não há contrato» (FERNANDEZ DE VELASCO — *Los Contratos Administrativos* — p. 41). O ilustre catedrático da Universidade de Murcia discute em seu livro de especialidade esse ponto, com muita clareza.

(26) Afirma o Código Civil Espanhol: «As obrigações nascem da lei, dos contratos, e quase contratos, e dos atos ilícitos ou omissões, ou de onde intervenha qualquer gênero de culpa ou negligência».

(27) VELASCO — ob. cit. — p. 32 «O contrato é, pois, uma das fontes das Obrigações. A obrigação é o gênero, e o contrato, a espécie» (VELASCO — ob. cit. — p. 33).

(28) Ver Recaredo de Velasco — Ob. cit. — p. 35.

(29) Ver *Principes de Droit Public*, de HAURIOU; *L'État, le Droit et la Loi Positif*, de LEON DUGUIT.

(30) «Para a escola do direito Natural, o contrato era, como se sabe, o fundamento de todo direito, fornecendo a solução do problema básico da filosofia jurídica individualista, isto é, o problema de saber como é possível que o direito que foi inventado para servir exclusivamente aos indivíduos pode também obrigá-los, vinculá-los ao mesmo tempo. Fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano sobre a idéia de um contrato celebrado entre os seus membros pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar assim, na idéia de contrato social, o meio que permitia reconduzir com pleno êxito toda heteronomia a uma autonomia e desse modo resolver todo Direito Público no Direito Privado» (GUSTAV RADBRUCH — *Filosofia do Direito* — trad. de Cabral de Moncada — p. 208).

(31) Ver FRANCISCO CAMPOS — *Pareceres* — 1ª Série — p. 133.

(32) Ver GUSTAV RADBRUCH — *ob. cit.* — p. 209.

(33) Diz a Constituição do Reich em seu art. 152: «No comércio, a liberdade contratual só vigora em harmonia com a lei».

(34) Vejamos: «Sem evidenciar a finalidade que o contrato de concessão tem em vista, sem tornar claras as relações de ordem jurídica que se estabelecem entre o concedente e o concessionário, é impossível tomar orientação que satisfaça totalmente. O contrato, do modo porque é entendido e sempre o foi, é quase comprovante mesmo da existência do direito, que o tem cedido mais ao Direito Privado que ao Direito Público, em virtude de exigências de caráter particularista. O contrato existe tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, na campo administrativo como na esfera do Direito Internacional Público ou Privado» (Ver OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo* — p. 23).

(35) VELASCO — *ob. cit.* — p. 55.

(36) VELASCO — *ob. cit.* — p. 46. No entretanto escreve Perroux: «Se não há oposição entre o Estado e a sociedade, se o Estado e a sociedade são uma só coisa, não pode haver oposição entre o Estado e uma parte, um fragmento da sociedade. Praticamente, não pode haver contrato entre a totalidade social e um ou vários grupos sociais» (Ver *Mitos Hitleristas* — trad. bras. — p. 183).

(37) Ver CARBONI — *Lo Stato Giuridico Degli Impiegati* — p. 157; ver MÁRIO MAZAGÃO — *Natureza Jurídica da Concessão de Serviços Públicos* — p. 50.

(38) «O contrato não é figura peculiar ao Direito Privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial quanto no campo do Direito Público externo ou interno (MAZAGÃO — *ob. cit.* — p. 49). Aconselhamos de GASTON JÉZE — *Les Contrats Administratifs*.

(39) Ricardo Fernandez de Velasco e Alcará Zamora.

(40) Há a supremacia do elemento de Direito Público. Não prevalece a opinião do professor Cardoso de Mello Netto sobre a existência dos contratos mistos de direitos.

(41) «O serviço público domina integralmente a administração, ou, de outra maneira, a administração não tem outra missão que assegurar a realização dos serviços públicos» (VELASCO — *ob. cit.* — p. 46).

(42) Ver SAUER — *ob. cit.* — p. 257. O nosso Pontes Miranda já se refere à existência de um Direito Civil Publicisado.

(43) «De outro modo a seguridade jurídica seria impossível, sobretudo em povos de cultura rudimentar. Por isso, o Direito Privado foi quem encontrou expressão científica nos primeiros tempos de cultura, ainda que, em verdade, unido ao direito Penal e Processual». (SAUER — *ob. cit.* — página 257).

(44) Essa é, mais ou menos, a lição que aceitamos de SAUER.

(45) SAUER — *ob. cit.* — p. 258.

(46) «Os homens, ainda em estado selvagem, tiveram de ajudar-se mutuamente em diversas ocasiões, como os animais, e de defender as mulheres e os filhos contra as agressões exteriores, sem o que não poderá o grupo sobreviver». (M. A. ACARO — *Las Bases Sociologicas del Derecho Y del Estado* — ed. esp. — p. 508).

(47) Ver A. M. VACARO — *ob. cit.* — p. 524.

(48) Ver RADBRUCH — *ob. cit.* — p. 74.

(49) GUSTAV RADBRUCH — *ob. cit.* — p. 80.

(50) Pelo que sabemos, é bastante interessante o *Babilônia*, de H. W. JOHNS.

(51) Ver CH. MAYNZ — *Cours de Droit Romain* — Vol. I.

(52) Justiniano autorizava a expropriação de imóveis pertencentes a eclesiásticos, não obstante os seus privilégios em razão da *Utilitatem Republicae Respiciens*.

(53) Ver *Contratos Provinciales e Municipales* — p. 14.

(54) «O Direito Público e o Direito Privado não se acham separados por um abismo. Na vida jurídica, eles se penetram e se completam um ao outro. Em uma instituição, não raro se encontram elementos de Direito Público e de Direito Privado». (FRITZ FLEINER — *Droit Administratif Allemand* — trad. franc. — d. 43).

(55) «As peculiaridades é que caracterizam a sua natureza, e não o que tem de comum» — (T. BRANDÃO CAVALCANTI — *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* — 1ª Ed. — p. 173).

(56) A divisão é uma condição do homem na sociedade civil. Depende unicamente da permanência ou imposição de interesses: ou públicos ou privados.

(57) VELASCO — *ob. cit.* — p. 9.

(58) VELASCO — *ob. cit.* — p. 6.

(59) Ver ALFREDO — *Lo Contencioso Administrativo* — *apud* Velasco.

(60) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI — *ob. cit.* — p. 179. «O que caracteriza o contrato comercial e impõe a competência dos tribunais de comércio é a sua finalidade comercial. Não existe diferença de fundo entre um contrato civil e um contrato administrativo. O que dá ao contrato o seu caráter administrativo e justifica a competência dos tribunais administrativos é o fim de serviço público que visa a regulamentar». (T. B. CAVALCANTI — *ob. cit.* — p. 179).

(61) Só pode ser objeto de contrato quando a vontade de uma das partes tem influência jurídica igual na integração da relação de direito. Ora, as relações de Direito Público são reguladas de modo unilateral pelo Estado». (FRITZ FLEINER — *Les Principes Generaux du Droit Administratif* — trad. franc. — p. 132).

(62) É mais ou menos a síntese de teoria de Gaston Jèze.

(63) VELASCO — *ob. cit.* — p. 46.

(64) *Clausula Rebus Sic Stantibus*, in *Revista de Derecho Privado*, julho de 23.

(65) Luiz Recaséns Siches, interpretando o pensamento de RADBRUCH — *Direcciones Contemporaneas del Pensamiento Juridico* — p. 184.

(66) O poeta Schiller já dizia: «tudo deve ser sacrificado ao interesse do Estado, menos aquilo a que o Estado serve já de meio. O Estado em si mesmo não é um fim. É apenas importante como condição para atingir os fins da humanidade e estes não podem consistir senão no desenvolvimento harmônico de todas as forças humanas» (*apud RADBRUCH* — *ob. cit.* — página 78).

(67) Ver *Lo Contencioso Administrativo* — p. 160.

(68) Ver Velasco — *ob. cit.* — p. 21.

(69) *Apud* VELASCO — *ob. cit.* — p. 21.

(70) *Apud* VELASCO — *ob. cit.* — p. 22.

(71) Existem os que em Espanha são focos da mais terrível intransigência doutrinária. Alcalá Zamora pensa que a finalidade e o objeto em nada afetam a figura do contrato «cujos modelos permanecem nas idéias matrizes e nas realidades seculares do Direito Civil» (*ob. cit.* — p. 3).

(72) Jellinek aplica mais a miúdo o termo *utilizar*.

(73) CUNEO — *Appalti of Opere Pubbliche* — Milano, 1914 — n° 16 (*apud* VELASCO — *ob. cit.* — p. 40).

(74) VELASCO — *ob. cit.* — p. 410.

(75) Ver RAFFAEL BIELSA — *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo* — p. 39.

(76) VELASCO — *ob. cit.* — p. 411.

(77) Mencionando o *Instituciones de Derecho Administrativo*.

(78) BERNATALK defende o princípio — *Res Judicata ius Facit Inter Omnes* (*apud* SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 120).

(79) LUDWIG SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 120.

(80) «Não basta a vontade das partes para provocar nova decisão. Se as partes estão de acordo com a administração, nada se opõe — salvo normas jurídicas em contrário — a que a administração modifique de acordo com as partes a situação jurídica no sentido desejado». (SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 130).

(81) Ver SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 152.

(82) «A concepção civilista do direito desempenha um papel insignificante na teoria do Estado (SPIEGEL — *ob. cit.* — p. 159).

(83) Essa é uma parte do pensamento de Mayer que aceitamos sem restrições.

(84) Opinião de DE VELLÉS (*apud* VELASCO — *ob. cit.* — página 106).

(85) VELASCO — *ob. cit.* — p. 175.

(86) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — p. 476.

(87) CAVALCANTI — *ob. cit.* — p. 475.

(88) CAVALCANTI — *ob. cit.* — p. 183.

DA DESAPROPRIAÇÃO E DE SEUS LIMITES
JURÍDICOS

Do *Fausto*, de GOETHE:

“Aquilo que herdaste dos teus pais,
adquire-o antes de possuíres.

Aquilo que não aproveitamos torna-
se-nos em pesado encargo.

Somente as criações do momento
são aproveitáveis.»

A idéia fundamental e que caracteriza juridicamente o instituto da desapropriação afirma que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse privado.

O equilíbrio das forças sociais é resultado da constante harmonia entre direitos opostos. Em benefício do bem comum não prevalece nunca o interesse que consubstancia direito exclusivo, egoístico e particular.

O direito individual termina onde começa o da sociedade. A comunhão social não seria possível sem a obrigação individual de sacrificar o interesse privado em favor do interesse comum (1).

Não se trata de simples violação daqueles direitos que integram o patrimônio do indivíduo. Trata-se de estabelecer o limite do direito privado e a capacidade de ação do poder público, para a salvaguarda dos interesses que são gerais.

O particular livremente pode usar, gozar e dispor do que lhe pertence. Reclamar e defender o seu direito, quando aconteça estar ameaçado de violação, ou injustamente violado (2).

Não existe direito cujo exercício seja ilimitado. Vivendo o homem em sociedade, todos os seus interesses precisam conciliar-se com os direitos superiores do Estado (3).

Convém não esquecer: o Estado não é só o responsável pela ordem jurídica preestabelecida. Criando o direito, adquire a obrigação de mantê-lo inviolável.

Essa capacidade de autolimitação não passa de consequência jurídica da soberania política. Não há dúvida que o próprio Estado se encontra limitado a um regime específico de direito (4).

Precisamente a necessidade de efetivar o bem comum torna o Estado associação política de interesses variados, onde cada

qual pretende fazer valer o que é seu, ou pertencente ao patrimônio dos seus.

Nesse caso surge como força mediadora. Daí o esclarecermos: o Estado e a administração vivem em relação ao chamado *interesse público*. Suas obrigações jurídicas se afirmam no terreno do social, do coletivo, do grupal (5).

Há que estabelecer, portanto, inequivocamente, medidas acau-teladoras de proteção e de exceção.

Momentos exatos surgem em que a posse ou a manutenção da posse constituem atentado ao interesse público; circunstâncias ocorrem em que a conservação da coisa em mãos do legítimo possuidor constitui normal perigo público.

Do exposto, concluiremos com acerto:

— *a desapropriação é o ato do poder público pelo qual, em casos expressamente ordenados ou determinados em lei, o Estado intervém no sentido de transferir os direitos de propriedade a quem deles melhor se utilize, em benefício do bem comum ou em razão do interesse social.*

O objetivo será sempre o bem comum ou a razão de interesse social. Em virtude desse objetivo, primário e fundamental, o direito não extingue nem aumenta o limite de ação do poder público. Mantém-se, como direito, na expressão da sua vontade soberana.

Apenas a mudança do titular do direito evidencia a figura jurídica da desapropriação cujos contornos a temática da posse não confunde nem exalta. Ao Estado cabe, não contrariando a lei, estabelecer os meios de ação processual.

II

A doutrina não oferece aspectos negativos ou contraditórios. Os juristas que analisaram o fenômeno em seus elementos primeiros estão concordes em afirmar: a causa prende-se ao *bem comum* e ao *interesse social*; o efeito é simples consequência da

transferência do direito de propriedade do legítimo titular para quem dele possa fazer melhor e consentâneo uso.

Senão vejamos:

ALCIDES CRUZ considera a desapropriação, quer por utilidade pública, quer por necessidade pública, «um ato unilateral pelo qual o Estado obriga o proprietário particular a ceder a sua propriedade em proveito de algum empreendimento público» (7).

WHITAKER define: «a desapropriação é o ato pelo qual a autoridade pública competente, em casos expressos em lei e mediante indenização, determina que a propriedade individual seja transferida a quem dela se utilize em interesse da coletividade» (8).

EURICO SODRÉ escreveu: «a desapropriação por necessidade ou utilidade pública é, pois, o exercício de um direito do Estado e, como todos os direitos, uma das condições da sua vida evolutiva» (9).

RAFAEL BIELSA justifica a existência do instituto da seguinte forma: «El Estado, además de su fin esencial, el fin jurídico — crear el derecho e asegurar su imperio — procura el bienestar y progreso social; y este fin, que en el Estado jurídico es contingente, para el Estado moderno — que es jurídico-social — es un fin necesario. La facultad de expropiar en la extensión y forma que el derecho asigna a la institución de que tratamos está justificada por la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado» (10).

Roger Bonnard conclui: «c'est un acte par lequel l'État impose à un particulier la cession d'une propriété immobilière dans un but d'utilité publique, et cela moyennant une indemnité juste et préalable» (11).

LOUIS ROLLAND argumenta: «Il y a expropriation pour cause d'utilité publique lorsque le propriétaire d'un immeuble doit abandonner à l'administration la propriété de son bien parce que l'utilité publique l'exige» (12).

Em vista do exposto, nada mais fácil que concluir pelo relativismo formal do conceito jurídico de propriedade na sua alta expressão de interesse público e social.

Não há propriedade absoluta na extensão que se pretende dar ao vocábulo. Principalmente quando em jogo estiverem direitos do Estado ou interesses de ordem social.

O próprio Direito Civil reconhece no instituto da desapropriação a forma eficiente e natural de extinção do domínio e da posse.

O Direito Constitucional torna-o exceção da garantia da liberdade individual, estabelecendo os requisitos indispensáveis para que o Estado possa objetivar juridicamente, pelos meios próprios, os seus próprios fins sociais.

O Direito Administrativo acolhe o instituto, declarando a competência e a natureza dos poderes expropriantes, em face da declaração de utilidade pública da coisa, ou do objeto que se pretende que seja de interesse público ou social.

III

A desapropriação apresenta-se como ato unilateral de Direito Público. Apesar disso, sua natureza jurídica é diferente e especialíssima. Sua finalidade: afastar do domínio privado a propriedade particular e integrá-la juridicamente no patrimônio público (14).

Simples transferência de direitos, como vemos. Mas simples transferência de direitos que oferece e concretiza imposição de natureza pública. Daí concluir-se que, sem a sua especificação da utilidade ou do grau de interesse geral, não seja possível o ato unilateral de direito público e, também, pelos seus efeitos, caracterizante do fenômeno.

Para a desapropriação é necessário:

- 1º) que o poder público exercite ato de direito ou soberania;
- 2º) e que esse ato de direito ou soberania se expresse revelando posição de utilidade pública.

Sem dúvida: só o objetivo de direito público qualifica o ato desapropriante do poder de Estado.

Sua natureza jurídica — a natureza da desapropriação — é diferente e especialíssima:

1º) independento da vontade livre de proprietários, não é compra nem venda;

2º) não exigindo o pagamento como forma de retribuição, apresenta a indenização como meio capaz de ressarcir o proprietário do dano causado pelo ato do Estado;

3º) em virtude do interesse público, qualificado em lei, está isento de evicção ou demanda por vício redibitório;

4º) força a extinção do ônus real que pesa sobre a coisa desapropriável; e

5º) extingue a cláusula de inalienabilidade que impediria ao simples particular a aquisição da coisa que se pretende, por ato público, desapropriar.

A garantia constitucional estende-se a todos os direitos de caráter patrimonial (16). Se o Estado cria situações jurídicas, a ele certamente caberá a obrigação de protegê-las.

Não obstante, há exceção de direitos que o próprio direito reconhece. Assim, o Estado também é competente para privar o indivíduo de determinadas regalias jurídicas, quando assim o exige o interesse público.

Não — está claro — sem recompensar o indivíduo pelas regalias jurídicas perdidas. Não por ignorar a validade do direito anterior. Não sem reconhecer a validade e o valor do direito que a si mesmo adjudica.

Mas recompensando o indivíduo pelo que lesa e extingue do seu patrimônio. Mas considerando a validade do domínio e da posse. Mas aceitando o valor essencial daquilo que adjudica em aumento e benefício do patrimônio comum.

Dessa forma, atesta como realidade jurídica o que garantiu na ordem política e constitucional. Satisfaz a necessidade e a urgência da exceção de direito, sem menosprezar o que já anteriormente havia qualificado e definido como sendo de direito privado e patrimonial.

A intervenção do Estado não traduz apenas o objetivo imediato de contentar o interesse público. Traduz também dever de compensação. Eis por que o proprietário não pode invocar a tutela jurídica do Estado quando o interesse privado não se concilia com o interesse geral e, principalmente, quando se acha em conflito com este. São dois interesses que devem harmonizar-se (16).

Não cabe dúvida que a propriedade se justifica pelo interesse social. Ela não existe, não deve existir, para o egoísmo do homem. Onde exista, em que sentido se projete, em que regime político se afirme, a *propriedade* é a própria *sociedade*.

A concepção reinante entre os juristas é, pois, aquela de justificar a desapropriação em virtude da utilidade pública. Aí estão como prova provada os textos constitucionais modernos. Aí está o instituto da desapropriação se processando quando assim o exige o interesse público ou quando assim o exige o interesse social.

Serve o elemento justificante, com base quem sabe no direito natural ou na própria natureza humana, como específica forma jurídica de transformação da propriedade (17). Cabe aqui a lembrança de uma lei que é também jurídica, como a lei de Lavoisier assim enunciada: *no mundo nada se perde, nada se ganha, tudo se transforma*. Assim também com a propriedade e o seu conceito clássico.

Sendo assim:

— em *primeiro lugar*, temos a propriedade juridicamente existindo em relação ao interesse social;

— em *segundo lugar*, temos a propriedade juridicamente transferida em relação à utilidade pública.

IV

Não obstante exercida de maneira mais ou menos despótica e discricionária (o ato de Estado é ato de vontade governamental), a desapropriação tendo como objeto a utilidade pública foi bastante conhecida dos antigos romanos. Indicam-no, fazendo lembrar, o Digesto e o Código Teodosiano.

Não se nega, mas pelo contrário se afirma, que o princípio de soberania do Estado estava arraigado na consciência jurídica de Roma. Do princípio de soberania derivaram os atos de *império* que submetiam os indivíduos à vontade do poder público ⁽¹⁸⁾.

Não aparece, está claro, o instituto da desapropriação, tal como hoje o conhecemos em sua formulação processual. Apenas, dele, em sua remota origem, herdamos os atos discricionários com que o Estado intervinha na ordem da posse privada, trazendo para si próprio direitos que até então pertenciam a particulares.

A linha de evolução do instituto apresenta poucas sinuosidades. A desapropriação sempre apareceu como ato unilateral do poder público. Está claro que não foi conhecida dos povos antigos, romanos ou orientais, em contextura jurídica igual ou atual. Manteve, porém, sempre o mesmo espírito.

PISANELI pode afirmar: a faculdade de ocupar a propriedade privada para a execução de obras destinadas a vantagens públicas decorre de princípio tão antigo em relação à própria sociedade quanto o princípio de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado ⁽¹⁹⁾.

Desde que haja esse valor de prevalência, não se concebe a existência de choque de interesses. Sabatini aponta exemplos que forçam a acreditar no instituto da desapropriação entre os romanos, como processo e como sistema. Piccineli, de igual maneira, enumera casos que comprovam nosso modo de pensar e concluir ⁽²⁰⁾. A realidade, que é social, afirma-se pelas instituições, que são históricas.

Os dois elementos fundamentais aparecem intactos através dos tempos: a função social de que se reveste o conceito jurídico da propriedade e o sentido da utilidade pública que permite ao Estado praticar atos de império e mesmo intervir no domínio do particular. Nada altera em substância estrutural. Podem mudar as formas e os métodos: as estruturas quase nunca mudam.

Na legislação francesa está a demonstração clara de que apenas tenta o jurista consubstanciar em princípios positivos a qualidade do poder de intervenção que tem o Estado ⁽²¹⁾. A

Constituição polonesa de 1935, bastante avançada no seu art. 4º, impõe as bases de um «Estado social» e prescreve que «a vida da coletividade amolda-se aos quadros do Estado e neles se apóia».

O mesmo acontece com a legislação espanhola (22). Ela está bem dentro da boa tradição universal. Desde a lei de 10 de janeiro de 1879, a capacidade de intervenção dos poderes de Estado extravasa dos limites do particular para alcançar o nível do bem geral. Há sempre, em qualquer círculo social, um poder que executa na plenitude da sua força política soberana.

Fugindo ao radicalismo dos conflitos de idéias, a normal verdade dominante é que, absoluto ou também relativo, o conceito de propriedade, como o seu uso, acha-se limitado por princípio que zomba de todas as discussões doutrinárias: o princípio de que o Estado pode utilizar-se da propriedade e dela se apoderar, em benefício do comum interesse coletivo ou público (23).

Como estamos explicando e vendo, a desapropriação não escapa de ser considerada como *direito social* que antecede a transformação das idéias políticas socializantes e que vieram apenas modificar a medida do poder do Estado, naquilo que se refere à disposição da propriedade individual para fins de utilidade pública (24).

Restringindo a vontade particular e limitando a esfera de um direito amplamente garantido em dispositivos constitucionais, a desapropriação estabelece novos direitos que cumpre ao Estado classificar, determinando a hierarquia da sua ordem, que é jurídica (25). Não é a propriedade que possa estar ameaçada. É o interesse público que se defende pelo direito maior.

Os casos de utilidade pública — sejam de necessidade ou interesse social — sempre se encontram especificados e declarados em lei. Não compete ao particular discutir o ato do poder público que declara desapropriada a coisa objeto da sua capacidade de intervenção. O julgamento da utilidade, sua proposição judicial, é da exclusiva atribuição e da competência exclusiva da autoridade pública-administrativa chamada de *desapropriante*.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Veja-se PISANELLI, comentando, em 1864, a lei de desapropriação (apud SABBATINI — *Commento Alle Leggi Sulla Appropriazione per la Publica Utilità* — vol. I — p. 10).

(2) A história política e constitucional do Brasil reconhece o princípio da inviolabilidade do direito de propriedade desde a Constituição Federal de 1891 (Art. 72, § 17) e a Constituição do Império (Art. 179, § 22). Da mesma forma, as Constituições de 1934, 1937 e 1946. O Art. 524 do Código Civil já declara: «a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor dos seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua».

(3) F. WHITAKER — *Desapropriação* — São Paulo, 1926 — p. 1.

(4) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Os Serviços de Utilidade Pública* — Curitiba, 1940 — p. 34.

(5) OLIVEIRA FRANCO — *ob. cit.* — p. 35.

(6) F. WHITAKER — *ob. cit.* — p. 2.

(7) *Direito Administrativo Brasileiro* — 2ª Ed. — Rio, 1914 — p. 215.

(8) *Ob. cit.* — p. 3.

(9) *Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública* — São Paulo, 1928 — p. 7.

(10) *Derecho Administrativo* — Tomo III — Buenos Aires, 1939 — página 416.

(11) BONNARD — *Précis du Droit Administratif* — Paris, 1935 — página 449.

(12) *Précis de Droit Administratif* — Paris, 1938 — p. 451.

(13) EURICO SODRÉ — *ob. cit.* — p. 6.

(14) «O característico é a transferência da propriedade, do legítimo titular para quem vai fazer o bem geral. Desapropriar é desapossar, tirar a coisa do poder de propriedade. O interesse público deve ser o motivo; a desapropriação para favorecer a propriedade particular é ato reprovado e contrário à lei fundamental. (WHITAKER — *ob. cit.* — p. 3).

(15) Assim escreve FRITZ FLEINER: «A garantia constitucional se estende não somente à propriedade do cidadão, mas também a todos os direitos de caráter patrimonial». (Ver *Instituciones de Derecho Administrativo* — Trad. esp. — Madrid, 1935 — p. 235).

(16) F. X. CARVALHO DE MENDONÇA — *O Domínio iminente e a Desapropriação* — *Gazeta Jurídica de São Paulo* — vol. 27 — p. 101 — Apud EURICO SODRÉ — *ob. cit.* — p. 7.

(17) SABINO ALVAREZ GONDIN — *Expropiacion Forzosa* — *Su Concepto Juridico* — Madrid, 1928 — ps. 38/9.

(18) ALVAREZ GONDIN — *ob. cit.* — p. 5; SODRÉ — *ob. cit.* — p. 6; SABBATINI — *ob. cit.* — vol. I — § 17.

(19) SABBATINI — *ob. cit.* — 10 — Vol. I.

(20) Só o fato de se ordenar a destruição dos edifícios que fogem da estética da cidade basta como exemplo. Veja-se SABBATINI. Relembre-se

Piccinelli no livro *Della Espropriazione per Causa de Publica Utilità nel Diritto Romano*; há alguma referência ao texto do *Aqueductibus*, onde se impunha aos possuidores dos fundos por onde passavam aquedutos públicos a obrigação de em determinado espaço evitar edificações e plantações. (Ver CIRILLO MARTIN RETORNILLO — *Nuevas Orientaciones* — *Apud GONDIN* — *ob. cit.* — ps. 173/4.

(21) ÉTIENNE CARPENTIER — *Petit Repertoire de L'Expropriation pour Cause D'Utilité Publique* — Paris, 1927.

(22) Aconselhamos: *Expropiación Forzosa* — 2ª Edição — *Revista de Los Tribunales* — Congora Editorial — Madrid, 1930.

(23) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Instituições de Direito Administrativo* — 2ª Edição — Tomo II — p. 567.

(24) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — Tomo II — página 268.

(25) «Uma dupla função caracteriza a autoridade administrativa: a função de direção dos negócios públicos e a função de comando do poder político. Fixando assim duas categorias de atos: os atos de *império* e os atos de *gestão*. (Ver: OLIVEIRA FRANCO — *Ensaio sobre a Mecânica Política do Estado* — Rio, 1965 — p. 53).

A DESAPROPRIAÇÃO COMO EXCEÇÃO
CONSTITUCIONAL

«O homem não nasceu para resolver os problemas do mundo. Mas para indagar sobre o ponto de onde eles surgem e se manter depois nos limites do compreensível.»

De *Goethe* a *Eckermann*

A importância do instituto da desapropriação está em ser, dentro das normas gerais dos dispositivos da Constituição, medida de pura exceção constitucional e jurídica⁽¹⁾.

Mantém-se em nosso direito, e em sua forma constitucional, do seguinte modo: a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e o direito de propriedade, salvo a desapropriação por utilidade ou necessidade pública.

O seu conteúdo e os seus limites, como o seu processo e a sua formulação legal, estão bem definidos nas leis que lhe regulam o exercício⁽²⁾. De conceito universal, estabelece limitações que lhe são determinadas. Não limita a ação do indivíduo, mas impede que o indivíduo se conflite com a ordem maior do interesse público.

Aqui, liberdade e propriedade são fenômenos afins. Um será suplementar do outro. A liberdade permite a propriedade. A propriedade, por sua vez, a capacidade de expansão do homem, desde que não atinja os interesses da comunidade.

A preocupação do legislador está em poder estabelecer medidas de exceção que não sejam restritivas da liberdade civil. A propriedade, assim, nunca deixará de ser projeção da personalidade individual, desde que surja normalmente como direta consequência do direito humano ao trabalho.

O Estado reconhece no indivíduo a legítima capacidade de possuir. Este, o homem, o indivíduo, precedeu ao Estado, na conquista e no domínio dos bens de riqueza. Ao Estado compete a execução da legislação protetora. Não será, no sentido apontado, o Código de Napoleão nova edição aperfeiçoada e mais atual do Digesto?

Não obstante, a história do direito ensina, ensinam as legislações que são históricas, que a propriedade envolve obrigações.

O seu jurídico livre uso, que não admite abusos, deve existir e também ser no interesse social e geral⁽³⁾.

O interesse geral, queiram ou não queiram, é aquele interesse representado pelo Estado. Já se compreendem pelo bom entendimento as limitações que sejam de exclusiva exigência do bem público.

Não há, nem deve haver, direito que se afirme ilimitado. Todo e qualquer direito deve e poderá ser garantido até onde não ouse prejudicar a existência e os interesses vitais da comunhão social.

Quando o Estado lança mão de bens e riquezas particulares, desapossa o indivíduo do domínio desses bens e riquezas, cumpre a ele, Estado, aquilatar previamente da justiça dessa medida, indenizando o indivíduo lesado pela perda do seu patrimônio.

A justa indenização, sempre existente e presente, é imanente ao espírito das leis constitucionais⁽⁴⁾. Na obediência da lei está a inteligência do conceito *desapropriação*.

II

Temos a opinião de WHITAKER: o sujeito ativo da desapropriação é, em princípio, o poder público, que representa a soberania do país, isto é, a nação. Só quem garantiu o direito de propriedade, em toda a plenitude, é que poderia derogar a faculdade concedida⁽⁵⁾.

Estamos vendo e concluindo que a competência expropriante é atributo que decorre da soberania estatal. Só no caso de o Estado outorgar competência ou delegar poderes expressos a entidades outras de serviço público é possível o uso do poder expropriante. No exemplo da lei brasileira não existem motivos que favoreçam a contraditoriedade de opiniões⁽⁶⁾.

Assim, usando da sua competência soberana, a União, entre nós, também poderá desapropriar bens patrimoniais do Estado federado e dos municípios⁽⁷⁾. A extensão reconhece direitos que estão no conceito próprio de soberania.

Prevalece, em primeiro plano, a competência de direito público, na ordem hierárquica dos valores jurídicos e políticos. O contrário

seria negar o Estado como sujeito, sem dúvida, por excelência, de direito público⁽⁸⁾.

Encontramos o sujeito ativo da desapropriação:

- 1º) em Estado, país, nação, União Federal;
- 2º) nos Estados federados;
- 3º) nos municípios; e
- 4º) nas entidades concessionárias e delegadas de serviço público.

A competência soberana para desapropriar distribui-se de cima para baixo. Da União Federal para os Estados federados e municípios. Deles para as entidades concessionárias e delegadas que por sua vez, lógica e juridicamente, na melhor forma da lei, poderão ser desapropriadas pela União Federal, pelos Estados federados e pelos municípios.

A desapropriação estabelece relações de ordem jurídica entre o poder público e o particular cujos bens são indispensáveis para obra ou serviço de utilidade pública. É uma idéia de relação no espaço e no tempo social⁽⁹⁾.

Dá motivo, pelas suas causas e por seus efeitos, pelas novas relações de ordem jurídica que provoca, a duas situações legais bem distintas:

— a transformação da propriedade em favor do sujeito desapropriante e a aquisição de um direito de crédito que compensa pecuniariamente o sujeito desapropriado e mantém a integridade e a legitimidade (em termos) do seu patrimônio⁽¹⁰⁾.

III

O objeto capaz e suscetível de desapropriação pode ser coisa material ou imaterial. O bem público, como o bem social, tudo justifica.

Tanto vale o ato de soberania do Estado quando intervém para desapropriar bens móveis ou bens imóveis quanto vale para desapropriar bens materiais ou bens imateriais⁽¹¹⁾.

Temos, para explicação, em síntese:

- 1º) os bens imóveis;
- 2º) os bens móveis; e
- 3º) direitos em geral.

A classificação, não discutida, é aceitável pela amplitude de vistas que oferece. Não só pela amplitude, mas também pelo realismo jurídico que permite enquadrar toda a série variada de bens, sem receio de má colocação em relação à lei escrita⁽¹²⁾.

Onde há propriedade, aí está a possibilidade de desapropriação. Onde há direito do homem também há possibilidade de intervenção do Estado. Tudo quanto constitui objeto de propriedade pode ser desapropriado: coisas móveis, semoventes ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas⁽¹³⁾.

Direitos autorais e descobertas científicas ou industriais fazem objeto da capacidade desapropriativa do poder público. O espaço aéreo ou o subsolo, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial da propriedade do solo.

Não se deve afirmar que os imóveis constituem hoje a finalidade principal da desapropriação. A lei prevê os casos mais distintos e variáveis: o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos; a reedição ou divulgação de obras ou inventos de natureza científica, artística ou literária.

Nada consegue impedir a força de império do ato desapropriativo. Por isso é ato soberano como pura emanção da vontade também soberana do poder público. Tanto que ao Poder Judiciário é vedado, em qualquer fase do curso do processo de desapropriação, decidir se se verifica ou não os casos previstos, determinados e classificados como de utilidade pública⁽¹⁴⁾.

Não permanecem privilégios contra a força do ato de soberania do Estado. Pouco importa igualmente que o imóvel suscetível de desapropriação seja inalienável em consequência de ato jurídico anterior. Sobre as conveniências de ordem doméstica, particular ou individual é que prevalece sempre o interesse público⁽¹⁵⁾.

Nada há que não seja desapropriável, como nada há que não seja indenizável. As coisas jurídicas têm a sua tabela corrente de valores pecuniários.

Os bens chamados móveis, imóveis ou semoventes, corpóreos ou incorpóreos, têm substância de valor que se define pela moeda como medida de relação.

Esse valor será possivelmente, como medida de relação, o ponto fixo em que se mantém a inviolabilidade do direito de posse e de propriedade.

No sentido geral, o poder público é o sujeito ativo da administração. É ele mesmo quem pratica, executando, o ato de império e de soberania, o ato discricionário de intervenção. Nele reside a vontade coletiva e social.

Ora, a coisa sobre que recai a força desse ato de império, ou ato discricionário de intervenção, deverá ter legítimo dono ou proprietário. Será esse, indubitavelmente, o sujeito passivo da desapropriação.

Contra os direitos do proprietário é que se caracteriza o ato desapropriativo. O desapossamento é resultante jurídica desse ato. O dever de sujeitar-se à desapropriação estabelece a condição jurídica do próprio ato desapropriativo do Estado.

O objetivo-finalidade atingível é um só: o interesse público, social, grupal, da comunidade. O interesse público nas diferentes características com que se apresente, em espaços geográficos diferentes ou em diferentes épocas históricas.

Trate-se de pessoas naturais ou jurídicas, de estrangeiros aqui domiciliados ou com domicílio em outros lugares, de capazes, incapazes ou relativamente incapazes, o ato que desapropria não perde a sua natureza e realiza o fato jurídico que é a plena posse do que se pretende adquirir para o Estado e em benefício sempre do chamado bem comum.

Sendo o ato desapropriativo praticado em relação a objeto real de direito, o erro de sujeito não invalida o processo e o ato originário da desapropriação. O ato se mantém integrado à vontade pública do Estado.

Em se tratando de condôminos prevalece o mesmo princípio, desde que não se possa dar proporção a parte da coisa que lhes pertence, ou a cada qual pertence. A parte, quando houver, estará colada ao todo para efeitos jurídicos.

No entanto, a desapropriação também não impede a ação de terceiros quanto ao anterior proprietário, trate-se de posse viciada, evicção ou demanda por vícios ridibitórios. Qualquer disputa judiciária ficará válida em relação à possibilidade de conquista e ganho da justa indenização.

Na propriedade comum, são sujeitos passivos todos os condôminos. Convém repisar: prevalece o objetivo do ato desapropriativo. Pouco importa para o ato o processo da desapropriação, a validade da posse ou do título de posse.

Nada limita o Estado em adquirir, pela conveniência da desapropriação, bens que forem considerados de utilidade pública, mesmo que esses bens sejam motivo de litígios judiciários ou que sobre eles recaiam quaisquer ônus reais.

IV

Explicado ficou que o proprietário da coisa, juridicamente, não pode evitar a desapropriação. No entanto, em obediência a princípio geral de direito, o desapropriante não pode fugir do pagamento pela coisa que adquire, objeto da desapropriação.

Esse pagamento a história chama de *indenização*. O desapropriante, em razão de compensação, retribui pela coisa que recebe o seu preço com os prejuízos sofridos em consequência direta do ato de soberania do poder público.

Em regra, essa indenização deve ser atual, refletindo o valor-preço do imóvel ou da coisa que se desapropria. O *status* não modifica nunca. O Estado é sempre o Estado por intermédio do poder público. O indivíduo é sempre o indivíduo na ordem constitucional.

Nada mais claro em definição: a desapropriação é a transmissão forçada à sociedade, mediante indenização equitativa e justa, de imóvel ou coisa reclamados pelo interesse público⁽¹⁶⁾. Exato como expressão dos fenômenos social e jurídico.

Há no instituto da desapropriação a realidade de elementos indispensáveis que o integram plenamente. Ausente um deles, desvirtua-se a natureza jurídica do fenômeno. Temos, em primeira mão, o ato do poder público em função desapropriativa. Esse ato, bem analisado, tão somente obedece às determinantes do interesse público, que não é de ninguém para ser de todos.

Outros dois elementos integrativos ainda surgem específicos. O elemento coisa a desapropriar e o elemento indenização compensando o particular pela perda e pelos prejuízos que naturalmente possam advir da supressão imediata da posse e do domínio da coisa desapropriada.

Resumindo em síntese: o instituto da desapropriação apresenta a preponderância desses quatro elementos integrativos, sem os quais não se apresenta como fenômeno de direito ou figura jurídica. São eles, como sabemos:

- 1º) o ato unilateral do Estado;
- 2º) a vigência e a constância do interesse público;
- 3º) a existência real da coisa sobre a qual recai o ato;
- 4º) a indenização como medida justa de ressarcimento do dano causado.

Donde se conclui, pelo fato da realidade e da lógica jurídica, que a indenização deve evidenciar a verdade do *justo preço*. Não esquecendo sequer os prejuízos conseqüentes e decorrentes do decreto ou ato de desapropriação.

Não só fica mantido o valor intrínseco do bem desapropriável ou desapropriado, mas também os danos computados e derivantes da desapropriação devem ser levados em conta, pois ao Estado não cabe extorquir ou abusar do seu poder.

Há considerar que a preponderância do interesse público sobre o privado, quando acontecer ambos se acharem em conflito, não exclui o último titular capaz de direitos e obrigações, mesmo frente à ação de soberania do Estado⁽¹⁷⁾.

O contrário seria flagrante atentado à intangibilidade da propriedade privada, consagrada e defendida pela total maioria

dos textos constitucionais. Com base mesmo no direito natural e no instinto gregário que atua na evolução humana.

Estamos com ALVAREZ GONDIN: «a indenização é algo mais que mera consequência da desapropriação, é a parte essencial, um dos elementos jurídicos»⁽¹⁸⁾. Não resta dúvida, porque na indenização se afirma a harmonia de entendimento entre as partes conflitantes, entre o Estado e o particular.

A boa doutrina da utilidade pública, como a do interesse social ou nacional, serve apenas para bem justificar o ato desapropriativo do Estado. A força do ato, que é soberano, está no interesse público. No interesse público, que é social, reside o princípio que melhor justifica a vida do próprio Estado⁽¹⁹⁾.

Desde que o poder público possa compensar o indivíduo dos danos sofridos e pelo desapossamento de bens patrimoniais, nada mais recomendável que o indenize ao nível das suas perdas materiais e de imediatos prejuízos consequentes.

O direito, que é público, da administração do Estado não se confunde nem se torna incompatível com o direito, que é privado, do indivíduo proprietário⁽²⁰⁾. As duas situações se ajustam no sentido do interesse geral.

O Estado pode desapropriar por simples ato de poder — ato de império e que é de gestão ao mesmo tempo. Desapropriando, porém, não esquece a qualidade e a missão de tutelador do direito. Intervém, mas paga pela intervenção.

Retribuindo justa e também equitativamente, nada mais faz que garantir aquele direito reconhecido e consagrado, e que é como expressão do poder público, a condição indispensável de normal proteção e inviolabilidade⁽²¹⁾.

Chegamos à lógica da conclusão seguinte: a ninguém é permitido desapropriar sem a compensação em forma de justa indenização. A prática do ato corresponde ao pagamento prévio. Sem o pagamento, não existe desapropriação nem imissão de posse.

Que será preciso para que essa indenização obrigatória e consequente do ato de império seja justa? Que será necessário, ou de que recursos é possível lançar mão, para chegarmos à evidência possível do justo-preço-atual?

Se se tratar de imóveis ou coisas facilmente avaliáveis, o problema não oferece dificuldades. Em se tratando, porém, de bens imateriais ou *direitos*, o problema assume proporções que exigem medidas apropriadas e soluções acauteladoras. Não é nada fácil determinar valor e justo-preço para coisas fora de comércio.

O *justo-preço* é precisamente isto: a fixação determinativa do valor, a natureza específica do valor e o grau possível de valorização da coisa. Os critérios buscam base técnica de esclarecimento processual.

A grande preocupação, para equilíbrio das decisões, está no esquecer os elementos estranhos ao próprio *valor* e também evitar soluções hipotéticas. Os cálculos precisam ser matemáticos, no tempo e no espaço jurídico.

Daí a importância fundamental irrecusável do fator tempo. A coisa desapropriada precisa e deve ser considerada na atualidade da avaliação e nada tem com o tempo do ato desapropriatório. Vence a tese do justo-valor-atual.

Por outro lado, se, por motivos aceitáveis, houver valorização da coisa desapropriada, nada mais razoável em termos de compreensão do fenômeno. Acontecendo, porém, que a valorização seja conseqüente ao ato, alterações não se afirmam juridicamente.

Está claro que, para chegarmos a esse resultado, devemos não criar dificuldades, facilitando os esclarecimentos indispensáveis, ajuda testemunhal e recursos mais que convierem no sentido de não complexar o trabalho honesto de peritagem.

Os comentadores ilustres do Art. 590 do Código Civil pouco ou quase nada esclareceram sobre o processo de fixação do justo-preço. Essa a razão por que ainda pairam grandes incertezas, dúvidas e desconfianças, que geram conflitos judiciais. Foram pouco esclarecedores também quanto ao direito à indenização posterior, nos casos fixados pelo Art. 591.

O comentador apenas se preocupou em justificar o instituto como forma de extinção civil da propriedade imóvel. Tratando-se de consignar judicialmente o valor, não apareceu doutrinador comentarista que se preocupasse em definir o que seja o valor e a

importância da natureza do valor. Faltou intenção técnica ao doutrinador e muito mais ao legislador.

Não receamos nunca afirmar que da fixação indeterminada do justo-preço é que surgem os grandes conflitos e os inconvenientes jurídicos. E todo processo judicial que se intenta tem somente por objetivo a determinação possivelmente exata do preço da coisa que se pretende desapropriar ou está desapropriando.

A solução não será outra: considerar a coisa em sua posição atual e com todas as qualidades que lhe são inerentes, bem como sua posição, suas rendas, seu destino e outras circunstâncias específicas previsíveis que possam concorrer para a valorização⁽²²⁾.

Naturalmente, prejuízos poderão advir da própria transferência imposta pelo ato de desapropriação. Sem o cômputo da medida relativa dos prejuízos originários da atitude do Estado, não será nunca exata a fixação do justo-preço.

O justo-preço aparece aqui como resultante real e positiva do valor sempre atual da coisa, da natureza desse valor no que refere a situação e rendas e também aos prejuízos forçados que o ato administrativo impõe de forma imperativa.

A reparação do dano é condição formal e categórica da lei civil⁽²³⁾. O dano, porém, sejam quais forem as circunstâncias, deverá ser provável e material. Não há o dano moral quando está em jogo o interesse público.

A administração se revela pelo procedimento processual, que é constitucional. A administração como forma executiva do poder político. Como uma vontade superior às outras vontades. Sem nunca, porém, ferir direitos individuais consagrados.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Vejam-se as Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946. Também os textos constitucionais estrangeiros, no Oriente e no Ocidente.

(2) Mesmo a Constituição, autoritária, de 1937, na sua inteligência e no seu espírito, Art. 122, n° 14, foi seguida pela Constituição de 1946, mais liberal.

(3) Será bom não esquecer o Art. 153 da Constituição de Weimar, publicada em 11 de agosto de 1919, escrito assim: «A propriedade está garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites estão fixados pelas leis. As desapropriações não podem ter lugar a não ser por causa de utilidade pública ou em virtude de disposições legislativas».

(4) Como a Constituição brasileira, as anteriores e a atual, outras caminham afirmando no mesmo sentido; o sentido da obrigação do atendimento do interesse público.

(5) «O Estado e o município exercem também tal direito; mas o exercem porque a nação, soberana, com eles partilha suas prerrogativas. No Brasil, portanto, podem ser sujeitos ativos da desapropriação a União, o Estado e o município» (WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 7).

(6) Escreve THEMISTOCLES CAVALCANTI: «É esse um ponto pacífico, contra o qual nada se pode argüir». Também a lei própria, no § 3º do Art. 2º, escreve: «Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato».

(7) § 1º do Art. 2º da lei sobre as desapropriações, de nº 3.365. A doutrina aqui também é pacífica. Veja-se: SOLIDÔNIO LEITE — *Da desapropriação por Utilidade Pública* — 3ª ed. — pág. 88; WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 9; T. CAVALCANTI — *ob. cit.* — tomo II — págs. 569-70.

(8) ALVAREZ GONDIN — *ob. cit.* — pág. 70.

(9) ROYO VILLANOVA — *Elementos de Derecho Administrativo* — tomo I — Ed. 1917 — pág. 29.

(10) RAFAEL BIELSA — *ob. cit.* — tomo III — pág. 422.

(11) ALVAREZ GONDIN — *ob. cit.* — pág. 75.

(12) Ainda GONDIN — *ob. cit.* — pág. 75.

(13) WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 13. Assim dizendo: «Quanto aos móveis e semoventes, raramente se desapropriam, pois em regra facilmente são obtidos em transações comuns» (*ob. cit.* — pág. 13).

(14) Art. 9º, da Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Os princípios mestres são os mesmos. Mudanças fundamentais não aconteceram que transfigurassem ou mudassem a natureza do instituto.

(15) WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 19. Escrevendo: «Quando o imóvel dotal é desapropriado, ensina Planiol, a indenização que a mulher recebe assemelha-se ao preço da venda e com ela é adquirido novo bem dotal» *Droit Civil* — 3ª ed. *apud* WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 19.

(16) CLOVIS BEVILAQUA não definiu o fenômeno com a amplitude que era de esperar. Mas foi, como sempre, de intenso brilho intelectual. Assim, escreve: «a desapropriação é a transmissão forçada à sociedade, mediante indenização equitativa, de uma propriedade imóvel, da qual o interesse público reclama a aquisição». (Ver *Revista dos Tribunais* — São Paulo — Novembro, 1938 — pág. 13). O ilustre Clóvis deteve-se unicamente na generalidade dos bens imóveis. Deixou para segundo plano os demais objetos também suscetíveis de desapropriação e que melhor explicam a qualidade de poder do Estado moderno.

(17) Estamos, outra vez, com WHITAKER; «A indenização deve ser justa e compensativa do direito de todos os prejudicados, não sendo lícito ampliá-la de modo a sobrecarregar o desapropriante. A desapropriação não é meio de enriquecimento ilícito, como também não deve ser causa de força do empobrecimento» (*ob. cit.* — pág. 31).

(18) *Ob. cit.* — pág. 79. Também OTTO MAYER — *Droit Administratif Allemand* — tomo II — pág. 2.

(19) ALVAREZ GONDIN — *ob. cit.* — pág. 78.

(20) GONDIN — *ob. cit.* — pág. 80.

(21) HAURIU — *Droit Administratif* — Paris, 1919 — págs. 805-6; BAUDRY — *Précis de Droit Civil* — § 1.299 — Paris, 1921.

(22) WHITAKER — *ob. cit.* — pág. 60.

(23) Art. 159, do Código Civil.

DESAPROPRIAÇÃO: AVALIAÇÃO DE BENS
E CAPITAL

“Todos nós vivemos materialmente
presos àquilo a que chamamos vulgar-
mente *administração da coisa pública*.»

JUAN PABLO RAMOS

Aqueles que de perto se interessam pelos serviços que o Estado delega ou concede ainda não encontraram meios jurídicos e normais de fixar o limite e o grau de intervenção do poder público.

Há os que pretendem atribuir ao Estado ampla disposição de ânimo administrativo. No entanto, é de conveniência lembrar a importância dos objetivos políticos que determinam a atividade jurídica dos poderes de governo.

Agora que se cogita de estabelecer esse limite e o grau de intervenção com a especificação de casos que se enquadrem na lei escrita (1), não será de todo inútil o nosso trabalho de interpretação das doutrinas correntes, no que diz respeito à capacidade expropriativa do Estado, e com relação às entidades delegadas de serviço público.

Não há que duvidar: dentro da vida do direito, a maior luta que a história apresenta é aquela que necessariamente advém do choque de interesses entre o indivíduo e a sociedade, entre o que é do *homem* e o que é da *coletividade* (2).

A intervenção do Estado na vida privada é portanto uma constante na história do direito. Buscando as legislações antigas no que trazem de melhor e de mais interessante, temos o pensamento jurídico consubstanciado neste princípio que os romanos afirmaram com verdadeira precisão política: *Quod principi placuit, legis non habet vigorem*.

Não obstante, também sabemos: o interesse particular não cede facilmente diante do geral. Menos ainda quando o interesse privado é direito que se integra na ordem social e jurídica (3).

Mostra CIMBALI que, na teoria do direito, a idéia de limite corresponde a uma grande lei da natureza (4). Estabelecer esse

limite e fixar em lei os motivos de sua rutura é obra meritória e de grande alcance político.

O livre exercício de qualquer direito, já afirmávamos (5), está condicionado aos motivos gerais de ordem pública, ao limite do interesse e do direito alheios e à necessidade de conciliação do poder público com o conceito tradicional de propriedade.

Não é de acreditar, porém, na permanência prática de *direitos* sem a existência de meios eficazes de proteção e reconhecimento.

O simples ato de posse não constitui direito certo e incontestável. O direito que é duvidoso, ou que está submetido a conflitos de interesses, não pressupõe a proteção da parte do Estado e dos poderes competentes de justiça.

O que quer dizer que não se evita facilmente a intervenção do Estado em negócios privados. Em se tratando, principalmente, de interesse público, mais extensa é ainda a capacidade de ação jurídica dos governos e órgãos de governo.

O que realmente se pretende é alcançar o meio termo conciliador entre ambas as tendências opostas. A lei não só determinará os limites da competência intervencionista do Estado, mas também medidas de segurança do indivíduo para a manutenção jurídica do seu patrimônio (6).

II

Permanece, para aqueles que lidam com os serviços de utilidade pública — e serviços autorizados ou concedidos pelo Estado — a seguinte dúvida fundamental: em que se efetivará a desapropriação das empresas delegadas quando assim o exigir o interesse ou a necessidade pública?

Ninguém mais discute, hoje em dia, o aspecto contratual nas concessões de serviços (7). Há portanto, ao que parece, um vínculo correspondente de direitos e obrigações recíprocos. Há o interesse e o direito do próprio Estado. Do Estado que é sociedade organizada.

As entidades jurídicas que se formam e organizam no sentido de objetivos de serviço público cumprem finalidades da essência

do poder político e administrativo. As limitações são, na constância, jurídicas e também naturais.

Não diremos que é o Estado substituindo-se a si mesmo para a efetivação de fins que dizem respeito à ordem social. Mas, sim, a administração usando dos meios que lhe oferece o direito privado para melhor consecução daqueles objetivos visados (8).

Ora, considerando *sui generis* o processo de desapropriação, como o faz a doutrina, e como necessita ele de disposições especiais que atendam às suas exigências particularíssimas (9), não sobram dúvidas quanto à plena capacidade de ânimo expropriativo dos poderes de governo do Estado.

Escrevemos algures: «a concessão não supõe nunca direito antes existente». O ato de administração é que traz origem aos direitos e obrigações, circunstanciais e correspondentes (10).

Todos nós vivemos materialmente presos ao que chamamos vulgarmente *administração da coisa pública* (11). No regime do instituto da concessão, maior é o grau da dependência. As relações que se estabelecem não passam de relações de ordem contratual.

Mas o objetivo que determina a situação jurídica que lembramos determina também a correlata subordinação contratual (12).

Não esqueçamos que esse objetivo é o *serviço público*.

Enquanto persistir a necessidade ou a utilidade de sua manutenção, a intervenção expropriativa do Estado só se faz valiosa a partir do momento em que possa a administração gerir diretamente os serviço que anteriormente delegou ou concedeu.

Tudo depende da capacidade ou competência administrativa dos poderes governativos. O Estado só deve conceder quando se considerar incapaz, material ou politicamente, para a gestão direta de certo serviço de necessidade ou utilidade pública. O público, convém frisar, pertence ao Estado, é da alçada da administração geral do Estado.

Estamos, portanto, colocados entre dois fogos.

Desaparecendo a indispensabilidade da concessão, útil se torna ao Estado a efetivação iminente da administração direta.

Existe quem duvide da possibilidade do fenômeno da desapropriação nas relações de natureza contratual. Muitos apelam ainda para a teoria geral do direito e para os princípios que regem a decantada liberdade de contratar (13).

Nada mais errado.

Frente a uma necessidade maior, desaparecem as conveniências que mantêm a necessidade menor. E, em vista da natureza do contrato que aqui se estabelece, nada há que discutir em benefício da franca objetivação de um serviço de caráter público. O direito privado, que representa quase toda a teoria geral de direito, é incapaz de perceber o *sentido do interesse público* (14).

Não há, estamos vendo, outro recurso, senão aquele da desapropriação. Todas as legislações, as antigas como as modernas, fazem força em manter dentro do conceito jurídico do instituto referido também a razão do interesse social (15). Conhecido doutrinador vai mais além e apresenta, como razão justificativa da desapropriação, também o interesse nacional (16).

Os problemas que advêm do ato expropriativo é que exigem soluções peculiares e consentâneas com a sua natureza jurídica.

Não se permite, está visto, digressões em torno do que é da competência ou da capacidade do Estado. O contrário seria anarquia jurídica e social.

Neste ponto, as controvérsias desaparecem: são comuns à soberania política dos governos a competência expropriante e a capacidade de ação expropriativa. Competência e capacidade que são exclusivas do Estado.

Não preocupa, portanto, o objeto que será de necessidade ou utilidade pública, social ou nacional se quisermos.

Permanecem aqueles problemas originários da efetivação do ato expropriativo. O direito de propriedade se concretiza, em definitivo, pela imperiosidade da ocupação. Mais ainda, quando se trata de converter a posse privada em propriedade pública.

Há três maneiras de suspensão das concessões de serviço público: 1ª) com a plena execução dos objetivos visados; 2ª) com a caducidade contratual; e 3ª) com a desapropriação.

A última hipótese subentende o imediato interesse do Estado, sem que no entretanto, pelos mesmos princípios jurídicos determinantes da desapropriação, a necessidade ou a utilidade pública prejudiquem os expropriados com a falta de uma compensação que se outorgue aos concessionários ou antigos proprietários da empresa que explorar o serviço público, delegado ou concedido.

O direito público da administração não se faz incompatível com o direito privado do proprietário.

Ensinam a velha e a moderna doutrina: nenhuma desapropriação terá lugar sem o pagamento de indenização prévia ou justa retribuição (17).

A justaposição de direitos que se conflitam não exclui interesses que colidem e que buscam o equilíbrio precisamente na indenização prévia ou na justa retribuição.

III

Eis aí o que chamamos um ponto nada contraditório no domínio do pensamento doutrinário.

A compensação pela perda da posse ou pela extinção do domínio obriga da parte dos poderes competentes de governo a *retribuição justa* ou a *indenização prévia*. O ressarcimento do dano material tanto preocupa ao Estado quanto interessa diretamente ao indivíduo lesado nos direitos do seu patrimônio.

Para tudo há sempre a evidência do justo preço. O que quer dizer que o direito à indenização deriva da efetivação do próprio ato expropriativo. Surge a indenização como consequência jurídica do fato *desapropriação*. Devemos, portanto, considerar o que denominamos *indenização* como um dos elementos jurídicos caracterizantes do instituto da desapropriação.

Trata-se aqui de ato administrativo de natureza judicial. Às vezes transformado em debate litigioso e a exigir a decisão arbi-

tral do judiciário, que é a justiça comum e privada. No regime político e jurídico em que vivemos não se permitem os livres, e mesmos justos, atentados ao direito de propriedade.

Somos daqueles que acreditam bastar a simples declaração de utilidade ou necessidade. Os inconvenientes que a lei ou a doutrina estabelecem, no sentido de se discutir o nível do preço oferecido, muitas vezes desvirtuam o que possa ser considerado como *justa retribuição*.

Há, estamos vendo, a indispensabilidade da ocupação que corresponde a um direito indeterminado do Estado. Há, também, a indenização como correspondente à supressão dos direitos que possam tornar-se violados (18).

Encontramos aqui os elementos que passam teoricamente a definir o conceito jurídico da desapropriação: «a privação forçada, perpétua e completa da propriedade exigida por utilidade pública e mediante justa indenização» (19).

- Os elementos: 1º) necessidade ou utilidade pública; e
2º) indenização ou justa retribuição.

Obrigamo-nos, no entretanto, a nova interrogação. Aceitando a realidade jurídica da indenização ou da justa retribuição, como determinar o valor *preço* dessa indenização ou dessa justa retribuição?

Responderão: A avaliação será o meio hábil e comum às contendas judiciárias. Aprovamos. E aprovando lembramos que, em se tratando de objetos ou coisas facilmente definíveis, o recurso da avaliação será o único meio capaz de determinar a medida justa da retribuição ou o valor da indenização conseqüente.

Com efeito. Há coisas suscetíveis de determinação de valor. Como por exemplo a desapropriação de uma área de terra destinada à instalação de algum serviço do Estado.

Mas será a avaliação o meio capaz de representar valorativamente uma indústria em movimento? Ou que critério adotaremos para avaliar os bens e o comércio livre de certa empresa industrial de serviço público?

IV

Há duas medidas distintas que tomar.

Levando em consideração o *custo histórico*, nós temos a importância do capital investido. Estabelecendo o *justo valor atual*, nós admitimos a importância valorativa dos elementos que compõem o serviço delegado.

O mesmo critério quase poderia ser adotado no sentido da fixação das tarifas, ou para o custo de uso de um serviço público que o particular presta à coletividade ⁽²⁰⁾.

Aqui, porém, o que interessa é o sistema a adotar de avaliação. E, como sabemos, a avaliação dos bens é capital para efeito de desapropriação das entidades delegadas de serviço público.

Cumpra não esquecer que se trata de serviços do Estado delegados ao particular em consequência de ato administrativo de soberania jurídica.

Serviços que, em condições outras, bem poderiam ser executados diretamente ou pelos órgãos competentes de governo e administração.

Logo se nos apresenta interessante conclusão: existem duas espécies de serviços públicos ⁽²¹⁾. Aqueles que o Estado diretamente executa e aqueles que são concedidos em virtude de ato jurídico próprio da administração.

Firmado o princípio da aceitação indispensável do critério que se fixa ou na necessidade ou na utilidade, sendo os serviços públicos em geral da alçada administrativa do Estado, não sobram razões de ordem jurídica àqueles que pretendem interpor argumentos contrários, no caso em demanda, à plena capacidade expropriativa da administração.

Não pretende a doutrina continuar discutindo os motivos da desapropriação. A função social da propriedade ⁽²²⁾ é que obriga, nessas circunstâncias, a atitude totalmente original.

Serviços dessa natureza absorvem forte percentagem de rendas públicas. É o efeito da remuneração pelo capital aplicado em sua realização.

Passando para o patrimônio do Estado, parece bastante lógico, o justo valor que o critério da avaliação determinará não deve absolutamente exceder o montante da percentagem das rendas que incidem sobre o capital.

Temos, portanto:

1º) a desapropriação como fato jurídico e consagrado pela doutrina e pela jurisprudência;

2º) a avaliação como o meio mais hábil de fixar a justa retribuição ou remuneração pelo que se expropria em favor e em benefício do patrimônio do Estado;

3º) a remuneração justa como consequência lógica e jurídica do *fato* desapropriação;

4º) a indispensabilidade de estabelecer o justo valor da remuneração, não só buscando a medida real do capital investido, mas também o volume das rendas surgidas do tributo e que incidem sobre o capital realizado.

V

Dirão os defensores do civilismo conservador que ao Estado não basta apenas pagar pelo que expropria, mas lhe caberá também a obrigação consequente de ressarcimento dos prejuízos que as empresas de serviço sofrerem do ato administrativo e expropriativo de soberania.

Ora, já não atuam na sociedade os mesmos fatores que determinaram o individualismo jurídico. Há fórmulas de compensação para os interesses das partes em colisão. Diremos nós: nem tanto à terra, nem tanto ao mar. Querer exigir do Estado a paga pelo frustramento das possibilidades que desaparecem não seria desvirtuar os próprios objetivos do Estado em benefício de entidade de natureza paraestatal?

Trata-se, como vemos, de estabelecer medida justa de valor. Não mais que isso. Há, sem dúvida, um valor atual definitivo. Mas, para chegarmos à evidência desse valor, necessária se faz a adoção do critério do *custo histórico*, aceito e consagrado pelo pensamento jurídico norte-americano (23).

No entretanto, é bom não confundir os conceitos aqui enumerados. Não acreditamos, pela avaliação simples do patrimônio, ser possível atingir o justo valor atual, abandonando totalmente o critério do método histórico. Sabemos bem: o caso clássico na história da jurisprudência americana é o *Smith versus Ames*, onde foi, naturalmente, seguido aquele critério (24).

Não deixamos de reprimir: prevalecem a importância e os objetivos do serviço público. A determinação do valor que expropriar não depende unicamente da lei escrita que, em nosso caso, garante plenamente o direito de propriedade. O art. 147 da Constituição assegura, com máxima clareza, o capital investido nos serviços delegados, colocando-o livre da exploração de doutrinas que pretendam desvirtuar o pensamento do constituinte.

Eis a razão por que lembramos a margem que os lucros favorecem como critério de determinação do capital para efeito de desapropriação. Acreditamos, também, é o que perturba uma conclusão positiva, na insegurança do sistema.

O método de avaliação deverá corresponder ao dispositivo constitucional que garante o direito e o gozo pleno da propriedade. Por outro lado, sem esquecer a importância das determinantes existenciais do serviço público delegado.

VI

A determinação última do valor será sempre medida de pura relação. É o problema naturalmente se desloca, para a fixação da justa retribuição. Justa, precisamente, no tempo histórico.

Trata-se de não contribuir para prejuízos materiais que atentem contra o espírito do direito de propriedade. Não há, portanto, um método rígido e inflexível que seguir, mas apenas estabelecer aproximadamente aquela medida de relação.

Não seríamos capazes de desconhecer a influência da variação das condições econômicas. Somos contra os que pensam resolver problemas de exceção com método formulado em sistema rígido ou inflexível.

As modificações de ordem econômica que atingem normalmente as empresas de serviço público são resultantes, na maioria

das vezes, de transformações que se processam na vida comercial ou industrial.

Há necessidade aqui de estabelecer compensação justa e razoável (25). Não seria interessante tomar por base o custo do serviço? Em países onde a regulamentação dos serviços de utilidade pública é realidade insofismável, nada mais fácil e justificável. O *rate base*, nos Estados Unidos, seria possivelmente o ponto fixo de partida.

Ajustado o valor do custo do serviço ao seu custo histórico, teríamos a medida para a avaliação razoável e justa do patrimônio das empresas (26). Virtualmente se torna indispensável, como estamos vendo, o inventário e a avaliação das unidades que compõem esse patrimônio físico das empresas de utilidade pública.

Temos, assim, a medida proporcional, na equação que segue: capital investido *mais* custo atual do serviço é *igual* ao justo preço de remuneração ou retribuição em caso de desapropriação.

Levamos juridicamente em consideração o capital realizado na fundação do serviço, as rendas normais da empresa e o custo atual, — como medida própria de avaliação do patrimônio, quando se tratar de lei especial de desapropriação ou ato expropriativo do Estado.

Firmamos e temos, assim, o justo lucro correspondente e representativo do capital investido e sem desmerecer a importância dos objetivos de direito público que forçaram a concessão de poderes e direitos.

Nunca esquecendo que o direito de propriedade, em nosso regime constitucional, sofre exceções que a própria lei celebra e consagra. Não combate nunca as instituições políticas tradicionais. Nem se conflita com o interesse público, que é social e é político.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Para sugestões, o Ministério da Justiça, mandou publicar o projeto de lei sobre a *desapropriação*. Aí vemos, de maneira clara, o processo especial de desapropriação, quem pode desapropriar e ser desapropriado e as coisas suscetíveis de desapropriação (*Diário Oficial* nº 15.188, de 7 de agosto de 1940).

(2) Idéia expendida pelo autor destas linhas, em conferência pronunciada em São Paulo e sob a epigrafe: *Da desapropriação, um aspecto da intervenção do Estado nas atividades privadas*. Conferência essa proferida no dia 26 de janeiro de 1940 e publicada pela «Gazeta» de São Paulo. «Foi essa mesma luta que traçou as respectivas políticas da evolução jurídica da humanidade» — afirmávamos então. (*Loc. cit.* — *trab. cit.* — pág. 2).

(3) Opinião dos civilistas e dos que doutrinam a superioridade da teoria geral do direito civil. Ver LAURENT, como exemplo (*Principe du droit civil* — tit. IV).

(4) CIMBALI — *La proprietà e i suoi limiti* — pág. 146.

(5) *Trab. cit.* — *loc. cit.* — pág. 7.

(6) Dois pequenos trabalhos mostram como são sensíveis, a legislação e a jurisprudência, na fixação dos limites de intervenção do poder público. O primeiro deles, de ETIENNE CARPENTER — *Petit répertoire de l'expropriation pour cause d'utilité publique* —, é bastante expressivo; o segundo — *Expropiación forzosa* — a propósito da lei espanhola de 10 de janeiro de 1879, apresenta a indecisão nos princípios determinantes da intervenção que a própria lei faculta e regulamenta.

(7) É inegável, para os doutrinadores modernos, a existência de estreitas relações contratuais na figura jurídica da concessão de serviços públicos. Afirmando tal conceito, nós vamos ao encontro de juristas eminentes como: RODOLFO BULLRICH (*La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos* — Buenos Aires, 1936); JUAN P. RAMOS (*La concesión de servicios públicos* — Buenos Aires, 1937); RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos* — Madrid, 1927); RAFAEL BIELSA (*Relaciones del Código civil con el derecho administrativo* — Buenos Aires, 1923); MARTIN GLAESER (*Outlines of public utility* — New York, 1927); GASTON JEZE (*Les contrats administratifs* — Paris, 1927).

(8) No § 8º do seu livro *Instituciones del derecho administrativo* (trad. esp.) FRITZ FLEINER, discorre demoradamente sobre o assunto, afirmando o mesmo ponto-de-vista que defendemos a propósito da utilização dos meios que o direito privado oferece.

(9) Opinião de ORLANDO DE ALMEIDA PRADO, formulada no interessantíssimo trabalho que publicou, com a apresentação de um projeto seu, de lei de desapropriação. O trabalho em questão, de bastante vulto, teve publicidade no «Correio Paulistano», em 5 de março de 1939.

(10) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Os serviços de utilidade pública* — pág. 61. «O ato administrativo de autoridade é que firma assim a natureza da situação jurídica, não obstante o instituto da concessão admitir muitas aplicações. Vale o ato que delega poderes e concede direitos» (*Ob. cit.* — pág. 61).

(11) Expressão peculiar do jurista argentino JUAN PABLO RAMOS — *Concesión de servicios públicos* — Introducción — pág. I.

(12) Vejamos: ALCALÁ ZAMORA — *La concesión como contrato y derecho real*; HWAN YEN — *Le regime de concección en Russie sovietique*; ANGE BLONDEAU — *La concession de service public*.

(13) Lembremos GEORGES RIPERT: «Nous assistons à une decadence de la souveraineté du contrat» (*Le regime démocratique et le droit civil moderne* — pág. 270).

(14) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Ob. cit.* — pág. 107. «No entretanto, essas duas pequenas palavras salientam a im-

portância social do direito administrativo, modificando ou extinguindo situações jurídicas, motivando novas relações de ordem política e tornando o Estado, sociologicamente, em formação secundária de inconfundível valor, tanto na ordem social como na ordem político-jurídica. Em nome do *interesse público* é que se apresenta o Estado diante do indivíduo. Em nome deste é que o Estado cria direitos ou extingue direitos». (*Ob. cit.* — págs. 107/8).

(15) FERNANDES DE VELASCO — *La acción popular en el derecho administrativo*; ROLAND — *Le remaniement du regime d'expropriation* — (*Revue de Droit Public*, 1919); GASCON Y MARIN — *Limitaciones del derecho de propiedad*; POLIER — *De l'expropriation pour cause d'utilité sociale*.

(16) Ver SABINO ALVAREZ GONDIN — *Expropiación forzosa* — Su concepto jurídico — pág. 51.

(17) É quase a mesma expressão usada por BALIDRY, no seu seguro comentário do art. 545 do Código Civil francês (*Precis de droit civil* — § 1.299). Também SABINO ALVAREZ GONDIN — *Ob. cit.* — página 80).

(18) Não esquecendo que o art. 591 do nosso Código Civil, em casos especiais, abriu vasa para a indenização posterior, Marcou, assim, regime novo de exceção, em vista dos «perigos iminentes».

(19) CEIRO DA MATTA — *O direito de propriedade e a utilidade pública das expropriações* — Coimbra, 1906.

(20) Ver: J. RODRIGUES ARIAS — *El problema del precio en los servicios públicos* — Rosário, 1939; LAHYR PALETTA DE REZENDE TOSTES — *Serviços de utilidade pública e sua base de tarifas* — Rio, 1940; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Os serviços de utilidade pública* — Curitiba, 1940.

(21) A mesma opinião expusemos em nosso trabalho já citado (Cap. I — «O serviço público e a função pública»).

(22) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Instituições de direito administrativo brasileiro* — Vol. II — pág. 567.

(23) A Corte Suprema dos Estados Unidos, no comentadíssimo caso da *Pacific Gas & Electric Co.*, atendeu, no entretanto, apenas ao *justo valor atual*, não obstante OSVALD RYAN, ilustre Consultor Geral da Comissão Federal da Força Elétrica, haver defendido o método e o critério do *custo histórico*.

(24) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *Ob. cit.* — Vol. II — pág. 322.

(25) Tratando-se de tarifas, desde que um problema naturalmente subentende o outro, LAHYR TOSTES escreve: «A determinação daquilo que constitui um lucro *justo e razoável* exige a consideração conjunta de dois importantes fatores, a saber: — a avaliação da propriedade usada e utilidade pública e a decisão do que constitui uma justa taxa de remuneração sobre o valor que for apurado». (*Ob. cit.* — pág. 36).

(26) Fora daqui não há como fugir. Mesmo JOHN BAUER reconhece a avaliação do patrimônio como de importância capital. Dai, o escrever: «o problema consiste em adotar razoável base de avaliação das propriedades existentes como uma inicial base de tarifas». (Ver *Effective regulation of public utilities* — ed. de 1925 — pág. 116). Como vemos; um problema sugere outro.

DA POSIÇÃO JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL
ADMINISTRATIVO

«... devemos o Direito Administrativo à elaboração constante de normas jurídicas, ao fortalecimento e à expansão do poder do Estado, à atenção cada dia maior prestada aos fins e exigências da administração pública.»

LUDWIG SPIEGEL

O estudo do procedimento administrativo, da marcha dos negócios contenciosos, da forma dos atos administrativos, traz-nos uma dúvida fundamental: é possível, dentro dos limites da nossa disciplina, traçar linhas concretas e positivas de atividade processual?

SPIEGEL, com razão de ordem jurídica, crê que não há disciplina com iguais vantagens que dispute ao Direito Administrativo traçar linhas concretas e positivas de procedimento (1).

Sem dúvida, qualquer outro ramo do direito tem o seu modo distinto de aplicação e os seus métodos próprios de investigação da realidade jurídica. A questão, para SPIEGEL, está em saber se o procedimento administrativo é suscetível e digno de observação teórica (2).

O ideal por certo seria a condensação de regras administrativas na teoria geral do processo, caracterizando porém novo aspecto formal do direito, tal como acontece com o Processual Civil ou Penal (3).

LUDWIG SPIEGEL interroga com freqüência o sentido do procedimento administrativo, o espírito dos seus princípios basilares, para ver da sua importância, junto da teoria geral do processo (4).

O modo de ser do direito está na processualística. «A atividade que se exterioriza, a prática cotidiana dos textos da lei empregados para cada caso diferente, o contato com a realidade dos fatos positivos — é o que dá forma definitiva aos métodos jurídicos, sentido próprio ao pensamento do legislador. A finalidade do processo é o esclarecimento da verdade. Tem ele, em nosso caso, por fim regular e disciplinar o funcionamento do mecanismo administrativo, a movimentação do corpo dos funcionários e do aparelho do Estado, para a boa e segura aplicação das leis» (5), escreve THEMÍSTOCLES CAVALCANTI.

Eis o objeto da ciência: aplicação dos princípios jurídicos, realização do próprio direito por métodos, por experiências e investigação da vida social, revelando o que há de consagrado e definitivo nas diferentes etapas da evolução do pensamento jurídico.

II

O Direito Administrativo, nas íntimas relações que tem com o Estado, representando a atividade do poder público, a atuação social desse poder, a conveniência prática dos princípios jurídicos vigentes — com a complexidade de um organismo que atinge variadas direções jurídicas — e com estruturação própria imprescindível, nada deixa a desejar, comparado em vitalidade, vamos dizer, ao Processo Civil ou Penal (6).

Os mesmos problemas de objetivação jurídica, de afirmação do ideal de justiça, aqui existem quiçá mesmo com maior intensidade. Em toda teoria geral do direito há sempre uma maneira de ser, o que científica ou doutrinariamente evita não poucas vezes tendência para a abstração.

Há, bem o sabemos, um sistema jurídico de categorias delimitadas, agindo por sobre espaços diferentes e visando a finalidades diversas. Cada uma dessas categorias tem o seu senso jurídico especial e não se confunde com as demais em razão de finalidade, ainda que muitas vezes persista concordância de meios e identidade de fins.

Podíamos, está claro, e não o negamos, enquadrar o proceder administrativo dentro de normas judiciais comuns. Atualmente, é mais ou menos o que acontece, não levando em muita consideração as regulamentações especiais, que não são poucas, criadoras de normas de atividade processual, elaboradoras quase, em seu âmbito de vida, de uma distinta função judiciária.

O *modus procedendi* é sempre expressional. A ação variável do direito elabora meios e usa de recursos por vezes extra-judiciais. No Direito Administrativo, é o que há de mais comum e peculiar à própria disciplina.

Se os fenômenos da vida jurídica pudessem ser enquadrados dentro de uma única categoria, a processualística desapareceria fatalmente. O direito em si é fenomenologia, produto de vida nos seus aspectos distintos, tendências, aspirações e ideais (7).

Tratando-se possivelmente de uma jurisdição especial, firmada em limites prefixados pela prática regulamentar, a atividade ou o procedimento, litigioso ou não, indubitavelmente, do ponto-de-vista jurídico, são tão importantes quanto o procedimento e o julgamento civil ou penal.

J. GUIMARÃES MENEGALE considera o Direito Administrativo *Jus Scriptum* (8). MATTOS DE VASCONCELLOS ainda julga necessária a distinção entre *Jus Publicum* e o Direito Administrativo (9), que os romanos desconheciam.

Onde existem fins administrativos existirá por certo evidência dos meios que serão consequência lógica e imediata desses fins.

SPIEGEL observa com razão que não é possível a ninguém subtrair-se da atividade administrativa do Estado (10). Nada mais científico em sociologia jurídica.

E o melhor argumento em favor da nossa opinião é o trazido pelo mesmo LUDWIG SPIEGEL: — os Processos Civil e Penal pertencem à patologia. A atividade administrativa corresponde à fisiologia da vida jurídica. A patologia e a terapêutica só têm interesse para os enfermos. A higiene interessa a todos».

Escreve com muito acerto THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: «As dificuldades que existem, com relação ao Direito Administrativo em geral, não subsistem para a parte processual, porque todo processo deve obedecer às mesmas normas, todo sistema processual segue preceitos uniformes, que determinam os termos essenciais, dentro dos quais se deve proceder a perfeita instrução dos órgãos deliberativos» (11).

Estamos com BIELSA e BERTHÉLEMY: em nossa matéria, uma questão importantíssima é o estudo relativo ao método. Racionalizar uma metodologia especial para a disciplina será o trabalho

dos juristas afeiçoados para os anos que se aproximam. Trabalho no interesse do indivíduo e do Estado (12).

III

WALTER JELLINECK acredita, como também nós já o demonstramos em outro local, na existência de atos administrativos bilaterais (13).

Ato administrativo bilateral é para o constitucionalista alemão aquele que necessariamente se compõe de duas partes iguais: — uma, a declaração de vontade jurídico-pública do Estado (14), e a outra, a participação do particular.

FLEINER atinge conclusões mais objetivas: — é nulo todo ato administrativo onde falte a declaração de vontade do particular (15). E não é possível conceber um ato administrativo sem a interferência do Estado na órbita das atividades privadas.

Com essa orientação, chegamos ao seguinte: que, para a permanência da unilateralidade de um ato administrativo, é preciso todo um processo que se perfaz no encontro das vontades opostas, em contato para um mesmo fim.

A única diferença doutrinária que aqui vamos encontrar da processualística Civil ou Penal é que a realização dos princípios do Direito Administrativo incumbe exclusivamente às autoridades administrativas.

O procedimento, ou processo na expressão legal ou técnica do vocábulo, é aqui a fórmula pela qual é plausível a administração realizar as suas finalidades. «Não pode haver por conseguinte» — é SPIEGEL quem escreve — «um *modus procedendi* único para as diferentes autoridades, senão uma série de formas distintas» (16). A variedade de fins justifica a diferença de meios.

O Processo Civil, a exemplo, recai sempre sobre um direito real como o da propriedade, ou sobre uma obrigação.

MENZEL, citado por SPIEGEL, é de parecer que não existe um tipo normal de procedimento no tocante mesmo à administração pública, um padrão aplicável na maioria dos casos apresentáveis.

Daí a complexidade do procedimento administrativo em relação à teoria geral do processo.

As relações contratuais entre o Estado e o particular, já o vimos em estudo à parte, carecem da maior maleabilidade do direito (17).

Para o Direito Civil, o contrato está preso a dispositivos codificados. Fora das disposições legais, não encontra guarida, é ilegal, antijurídico.

O contrato que a administração realiza com o particular, pelo contrário, só no que concerne à teoria geral do direito segue o modelo tradicional dos contratos civis. Quanto à forma, varia com o objetivo. Quanto ao meio, ao procedimento, ao conteúdo ou à matéria, tudo faz referência a esse objetivo (18).

Sabemos, pela idéia que possamos ter de conceito do contrato, que esse instituto jurídico é sempre produto de duas vontades, vontades essas que revelam, de ambas as partes, prática de atos que se interpenetram (19). A predominância do objeto é que vem exteriorizar a espécie de contratação.

SPIEGEL — o único tratadista que sobre o ponto em questão espalhou as luzes do seu conhecimento especializado — é de opinião que a ciência do Direito Administrativo deve cumprir dupla missão, em vista, como diz, da infinita variedade do procedimento administrativo.

Em primeiro lugar, terá de dedicar sua atenção ao estudo das distintas classes de procedimento e realizar nesse sentido o mesmo trabalho que a teoria processual civil empreendeu com raro êxito.

O resultado dessa investigação será utilíssimo para o Direito Administrativo, em espécie. As diferentes classes de procedimento em matéria de águas, de concessões industriais, fixação de impostos etc. elaboram-se teoricamente. Esse trabalho, porém, tem caráter parcial.

Em segundo lugar, trata-se de descobrir as leis do procedimento e estabelecer assim as bases normais de uma ciência pro-

cessual que ainda hoje não existe, e não das figuras especiais do procedimento civil ou penal.

É preciso, no entretanto, lembrar sempre: existem seguramente certos problemas que se resolvem do mesmo modo para todos os *tipos* de procedimento (20).

Está pois, sem grande dificuldade, situada a questão pelas bases. As investigações no campo político, do século XIX para cá, só aumentaram a importância do Processo Civil. No terreno da ciência da administração nada mais se fez que coligir dados dispersos e juntá-los sem a menor preocupação metodológica e científica.

IV

Para JAMES GOLDSCHIMIDT, o conjunto das normas jurídicas que regulam o Processo Civil fazem o Direito Processual Civil (21).

Assim, com o Direito Administrativo. A série de leis, regulamentos, portarias, notificações etc. fazem o Processo Administrativo, justificam a elaboração de normas para fins visados e determinados, especiais ou não.

O processo é método, como estamos vendo. No modo de pensar de GOLDSCHIMIDT, o Processo Civil, o procedimento para a consubstanciação dos negócios contenciosos é o *método* que seguem os tribunais para definir a existência do direito da pessoa que demanda:

1º) é um procedimento, um caminho concebido desde a Idade Média para a aplicação de princípios de direito;

2º) o objeto é o exame do direito (da pretensão) do autor contra o Estado, tendente a obter tutela jurídica mediante sentença favorável e sua conseqüente execução (ação penal) (22).

O objeto do processo está, pois, na pretensão à tutela jurídica. Enfeixado na órbita do Direito Administrativo, é aquilo a que

positivamente visa: recurso judicial, ordinário ou extraordinário, contra atos do Estado que exorbitem de sua ação ou firam direitos consagrados por lei.

Quando, por um ato público de administração, se sente o indivíduo lesado em seus direitos, há o recurso legal dirigido ao mesmo poder — recurso de revisão do ato judicial considerado danoso aos seus interesses em jogo. É de início como que um protesto contra a violação de um princípio jurídico já firmado em lei.

À margem do que sabemos, há interessante teoria asperamente defendida por BULOW e KOHLER, em que o Direito Processual aparece como uma relação jurídica pública. GOLDSCHMIDT é de opinião que o processo civil, por exemplo, é tão somente relação jurídica estabelecida entre partes litigantes e o tribunal que necessariamente julga o litígio.

No Direito Administrativo, vem encontrando essa teoria cordial acolhida de parte de muitos estudiosos. O indivíduo só terá relação com o poder de Estado quando recorre de um ato já realizado da administração pública.

Uns defendem a bilateralidade dessa relação. Outros pregam a trilateralidade, uma vez que ela se estabelece entre o Administrativo só reconhece a bilateralidade de relações. Não há nunca demandado, pois o demandado, no caso, confunde-se com o poder que julga e executa a sentença proferida no julgamento.

No entretanto, o método para aplicação das decisões do poder público não difere muito daqueles consagrados pelo procedimento civil. A disparidade entre uma e outra forma, vamos encontrar no *fin necessário* e nas relações de direito. Eis a opinião de KOHLER, aceita por GOLDSCHMIDT (23).

Tirando-se uma linha de perspectiva histórica, encontraremos certamente no pasasdo a existência de uma só espécie de *proceder* legal. Mais tarde, com o desenvolvimento do concieto de direito e do pensamento jurídico, é que foram surgindo as diferentes posições: a espécie para cada caso.

Portanto: é uma só a noção fundamental do processo. Ainda que se observe uma relação jurídica imperfeita — bastante razão

tem GOLDSCHIMIDT —, nela estão os fundamentos do conceito de *situação jurídica*. A processualística, para KOHLER, é essa *situação*. Dentro da ciência, é uma atitude, uma relação de ordem ⁽²⁴⁾.

V

O procedimento ganhou estrutura na sistematização do direito romano. O magistrado, julgando sumariamente, *in jure*; e o julgamento especial, detalhado, por meio de provas, de defesa preliminar da parte, *in judicio*, foi ato da processualística da antiguidade.

Escreve GOLDSCHIMIDT: «O procedimento começa com a *in jus vocatio* do demandado por parte do demandante. Depois de ouvidos os contendores, o pretor concede ao demandante da ação por escrito a contestação do demandado. O ato da litiscontestação é, pois, a definitiva *edere actionem* do demandante e o *accipere judicium* da parte do demandado, constituído, segundo WLASSAK, em verdadeiro contrato» ⁽²⁵⁾.

O direito romano teve o mérito assaz incontestável de, com legislação especial, formular em princípios breves a marcha processual das ações ajuizadas. O recurso no Direito Administrativo sugeria e reconhecia a vantagem da contestação. Ao poder público cumpria desfazer a validade de um ato ou mantê-lo, em vista das comprovantes evidenciadas.

O processo Administrativo, no seu aspecto técnico, não era em absoluto desconhecido do direito romano. É certo que havia, para perturbar o seu desenvolvimento, o autoritarismo do poder público. O recurso era o mesmo e sempre o foi — o mesmo das ações civis e penais, com diferença unicamente do poder que julga e executa ⁽²⁶⁾.

O direito germânico reconheceu sempre a existência do processo, desde a citação, por intimação, do demandado por parte do demandante. Feitas as alegações jurídicas da citação, convidava-se o demandado para possível contestação. Aqui, bem ao contrário da legislação romana, feita e fundamentada a denúncia, e ouvida a parte atacada, o juízo decidia com autoridade própria facultada em lei. As razões seriam, portanto, orais. A defesa

estaria sem dúvida na contestação da denúncia. Isso tudo evitando o formalismo das leis românicas, a formação daquele contrato de litiscontestação, como lembrou GOLDSCHIMDT. O ilustre escritor bem demonstra a austeridade do processo romano em comparação ao germânico, mais dependente da vontade das partes, do arbítrio dos juizes, enquanto o outro, em linhas gerais, traduzia apenas o interesse do poder e da sociedade em punir infrações tanto públicas quanto privadas.

Na Itália, é ainda GOLDSCHIMDT quem ensina, completa-se a fusão no modo de proceder do direito romano com a legislação germânica.

A jurisdição é total e está em mãos do poder público; sob a orientação de funcionários de Estado e sob o arbítrio intelectual dos peritos e dos entendidos em direito (27).

Foi na Itália que se deu início a essa espécie universal de processo, dominante atualmente entre os povos civilizados do Ocidente. Uma petição do demandante, cita com prazo marcado ao demandado. A duração do feito, o tempo decorrido pelo procedimento, traz a necessidade do registro com precisão das incidências havidas (28).

O processo francês, já em si, é no todo diferente. Os princípios que o determinaram brotaram de uma consciência mais chegada às necessidades. Convém tomar nota, em França, dos tribunais de *Droit Commun* e dos tribunais *d'exception*. No direito romano, germânico e itálico, a justiça era uma só, única para as espécies de feitos. Enquanto que, em França, não só a distribuição por instância é uma realidade a tomar em consideração, como também o objeto da demanda determinava a competência dos tribunais de justiça comum e especiais (29).

Em todas as legislações, com precaríssima exceção da francesa, o processo administrativo tal como o entendemos, como modo de proceder — como forma de ação em juízo, como recurso para a renovação de atos públicos —, não existia.

O processo, como vimos, era só o civil para todos os casos suscitados em lei. Cabia recurso legal comum contra o Estado

como contra violação, por parte de um particular, de qualquer direito real consagrado anteriormente. Ou o Estado ou o indivíduo eram demandados, respondiam pelos seus atos, da mesma forma sujeitos e subordinados ao espírito da mesma lei.

Quando o particular se julgava ofendido em um seu direito em relação ao Estado, o recurso fundamentava-se sempre na discussão do protesto interposto. Os casos, porém, não eram nada comuns. O Estado sempre agiu da forma que melhor entendia. Mais ainda, o estado de guerra permanente entre as nações do ocidente europeu estabelecia o regime da exceção, não compreendendo normas de recurso — a luta contra o poder constituído.

O direito processual administrativo é uma conquista lenta e demorada dos tempos que correm. O Estado que regula e executa uma lei não pode absolutamente violá-la, exceder em seus direitos contra os direitos do cidadão. Eis onde encontramos todo o fundamento da processualística moderna.

VI

É opinião geral e comum que o procedimento civil deve servir de exemplo e base para o procedimento administrativo, de modelo, como diria o mestre LUDWIG SPIEGEL. No entanto, obedecendo a fórmulas que a própria evolução do Direito Civil favorece.

O decisivo, informa SPIEGEL, é que realmente existe grande transformação na esfera do Direito Civil, devido mesmo a influência de princípios político-administrativos na ordem privada.

Bem sabemos que isolar o Estado dos problemas jurídicos de alta indagação não é só impossível, é também inútil. O papel do Estado, a sua função primordial e histórica, é dentro da sociedade, como centro de controle e de equilíbrio. «Assim como os práticos» — escreve o professor da Universidade de Praga — «consideram o procedimento civil como modelo de elaboração do procedimento administrativo, assim também os teóricos são de parecer que é preferível trazer como base do procedimento administrativo o procedimento civil» (30). A questão, como vemos, de qualquer dos lados, permanece uma só.

OTTO MAYER, visando o argumento acima, traz à luz uma interpretação bastante interessante do fenômeno. O procedimento civil, para MAYER, segue tendo duas etapas: o procedimento declarativo e o procedimento executivo. É SPIEGEL quem melhor explica: «o objetivo do procedimento em sua primeira etapa vai até ao pronunciamento da sentença, constitui a base do procedimento subsequente». MAYER acredita, em relação ao processo civil, que o ato administrativo já de si é a sentença declaratória e reguladora ⁽³⁾.

Nesse ponto divergimos um tanto do professor alemão. MAYER exagerou demasiado.

É preciso não outorgar tamanha autoridade a um ato administrativo comum. O ato administrativo não pode corresponder à sentença civil ou penal. O ato não traz julgamento, ao passo que a sentença, que é sempre final, traduz no todo a orientação do processo desde o início.

O escritor esquece a variedade dos atos administrativos sempre sucedâneos.

Para o conceito de OTTO MAYER, nada há fora do real. Assim, define o ato administrativo como a sentença de uma autoridade que determina em cada caso concreto o que deve ser direito. De maneira pouco usada, MAYER contraria princípios jurídicos já aceitos e gerais.

Sabemos que na Inglaterra, e não só na Inglaterra, a determinação ou declaração do que *deve ser* direito compete aos tribunais e não às autoridades administrativas ⁽³²⁾.

SPIEGEL explica, e com razão lógica: «em sua inferioridade com respeito aos tribunais, a administração não pode realizar atos com a pretensão de equivalência às sentenças judiciais» ⁽³³⁾. Nada mais certo e jurídico.

O procedimento da administração, em casos litigiosos, segue o modelo *normativo* do procedimento civil e penal, é um método como orientação e que tem por base a prática de um ato administrativo. BERNATZIK, nesse ponto, oferece como elemento rela-

cional a figura da *coisa julgada* tanto para o ato administrativo como para as sentenças judiciais comuns (34).

O problema, no entanto, é bom observar, apresenta aspectos mais concludentes. O ato administrativo não pressupõe limite de recurso, nunca corresponde ou subentende a *coisa julgada*. Tal tendência seria forçar o enquadramento do Direito Administrativo dentro das linhas gerais do Direito Civil.

E o Direito Civil não tem essa capacidade generalizadora tão dominante como querem muitos. Longe disso. Tudo é questão de técnica jurídica peculiar. Senão, vejamos o que representa o Estado.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Ver LUDWIG SPIEGEL — *Derecho Administrativo*. Aconselhamos cuidadosa leitura do trabalho de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Código do Processo Administrativo* — Unificação das normas do processo administrativo — Revista do Serviço Público — Vol. III — Nº 2 — Agosto de 1938.

(2) Evoquemos as razões científicas dos debates entre THIBAUD e SAVIGNY, a propósito da necessidade da codificação dos modos de aplicação das leis e normas jurídicas. Ver, no entretanto, para melhor ilustração: *Science et Technique en Droit Privé Positif*, de GENY.

(3) «A tendência do nosso século é para a codificação, para a remissão de um texto único, pelo menos das normas gerais do direito. O que tem variado, principalmente, é a técnica legislativa». (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Trab. cit.* — Revista do Serviço Público).

(4) Ver parte referente ao Direito Administrativo e ao Direito Processual.

(5) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Trab. cit.* — *Loc. cit.*

(6) «A possibilidade de conflitos de interesses, no ponto de aplicação da atividade administrativa, exigindo o restabelecimento do direito na administração, faz que se lhe estendam as regras processuais, com o que se observa a ocorrência de um processo administrativo, jurídico em suas formas. TEZNER, partidário da especialidade do processo administrativo, exprime a esperança de que o direito processual referente à administração venha a encerrar o mesmo valor do direito processual civil ou criminal. Como quer que seja, dominam no processo administrativo os princípios e normas gerais do processo comum». (J. GUIMARÃES MENEGALE — *Direito Administrativo* — Tomo II — pág. 21).

(7) Aconselhamos, para elucidação do ponto: — POSADA — *Derecho Administrativo*; CLÓVIS BEVILÁQUA — *Teoria Geral do Direito Civil*. Vejamos o que afirma POSADA: «a administração é a atividade do Estado para conservar e aperfeiçoar o organismo por meio do qual atinge seus fins».

Não esqueçamos, na *Filosofia jurídica*, EDMUNDO HUSSERL e ADOLF REINACH.

(8) *Ob. cit.* — pág. 41.

(9) Os romanos não faziam, porém, distinção entre o direito público (*Jus publicum*), que as *Institutas* de JUSTINIANO definiam: «*Quod ad statum rei romance spectat*», e o Direito Administrativo. (*Direito Administrativo* — Tomo II — pág. 6).

(10) LUDWIG SPIEGEL — *ob. cit.* — Cap. já referido: Ver HERMES LIMA — *Atividade Administrativa do Estado*; M. KORKOUNOV — *Cours de Theorie Générale du Droit*.

(11) Revista do Serviço Público — Agosto de 1938; Sobre essa diferença, que denominamos de jurisdicional, citamos mais o curiosíssimo trabalho de RAFAEL BIELSA — «*Algunas ideas sobre el estudio de nuestro derecho administrativo*» — em *Estudios de derecho público* — págs. 138-139.

(12) BIELSA — *ob. cit.* — pág. 123; BERTHÉLEMY acha impossível a esse respeito a assimilação do Direito Administrativo pelas outras disciplinas jurídicas. (Ver: «*La méthode applicable à l'étude du droit administratif*», em *Les Méthodes Juridiques* — pág. 63).

(13) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Do conceito do Contrato Administrativo*: ainda é BIELSA que afirma: «*A obra de JELLINECK é um estudo sistemático, cujos caracteres mais salientes são a amplitude da exposição doutrinária, sua correlação com o direito positivo e, sobretudo, as prolixas referências bibliográficas*» (*ob. cit.* — apêndice — pág. 119); Veja-se JELLINECK — *Sistema dei Diritti Pubblici Subietivi* (Milão — 1912, em tradução italiana).

(14) Ver RECAREDO DE VELASCO — *Los contratos Administrativos*; GASTON JEZE — *Les Contrats Administratifs*; JUAN P. RAMOS — *La Concesión de Servicios Públicos*; RUDOLFO BULLRICH — *La Naturaleza Jurídica de la Concesión de Servicios Públicos y la Jurisdicción Competente para interpretar sus cláusulas*.

(15) *Instituciones de Derecho Administrativo e Droit Administratif Allemand*.

(16) Ver SPIEGEL — *ob. cit.*; VELASCO — *Los Actos Administrativos*.

(17) Ver TITO PRATES DA FONSECA — *Direito Administrativo*, parte final. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *ob. cit.* — Vol. II; JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS — *ob. cit.* — Vol. II.

(18) «*O contrato realiza-se de conformidade com um fim determinado, predominando o interesse geral sobre o interesse particular. É o fim que determina a espécie de contratação. Não há propriamente uma categoria reservada de princípios jurídicos de Direito Público ou de Direito Privado*» (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *ob. cit.* — página 29).

(19) Nunca é demais repetir: com o contrato administrativo existem dois atos que se correspondem: o ato do Estado, que é puramente administrativo, sujeito às leis e aos regulamentos da administração; e o ato do indivíduo, de caráter privado, colocando em evidência a *jus privatista*.

(20) Ver LUDWIG SPIEGEL no seu citado trabalho científico de esforço.

- (21) Ver *Derecho Processual Civil*.
- (22) *Derecho Processual Civil*, de GOLDSCHMIDT.
- (23) *Ob. cit.*: «o Direito Administrativo subordina os indivíduos à administração» (Spiegel — *ob. cit.* — pág. 15).
- (24) Ver opinião de MERKL (*Teoria General Del Derecho Administrativo*); e LOUIS ROLLAND (*Précis de Droit Administratif*).
- (25) Ver *Derecho Processual Civil*.
- (26) A predominância do espírito político determinava ou não a conveniência da validade das ações de interposição de recurso junto às cortes de justiça, a marcha que deviam obedecer — tendo sempre em vista o interesse das classes privilegiadas. Dessa forma, só de longe em longe um ato de violência da administração, como por exemplo a tributação excessiva, era reformado em razão do recurso de protesto havido.
- (27) Ver *Derecho Processual Civil* e SPIEGEL — *ob. cit.* — parte final.
- (28) Escreve GOLDSCHMIDT: «A sentença podia ser impugnada como iníqua por *apelatio*, donde derivava, no grau mais avançado, a *querela nullitatis*, pela qual era exigida a anulação da sentença.»
- (29) Ver ROGER BONNARD e LOUIS ROLLAND (*ob. cit.*); ver LOUIS TROTABAS — *Elements de Droit Public e Administratif*.
- (30) SPIEGEL — *ob. cit.*; ainda é SPIEGEL quem escreve: — «Mas tão pouco existe um tipo normal de procedimento civil, a não ser que se identifique a jurisdição contenciosa com a jurisdição civil geral» (*ob. cit.* — página 95).
- (31) Ver os argumentos ligeiros de GABINO FRAGA JUNIOR no seu *Derecho Administrativo*, a propósito das funções do Estado. Veja-se, com referência a MAYER, o «*Le Droit Administratif Allemand*», de FRITZ FLEINER.
- (32) SPIEGEL e FLEINER expõem longamente os fundamentos da teoria de OTTO MAYER, nas obras referidas. Ver OTTO MAYER — *Le Droit Administratif Allemand*.
- (33) É a teoria aceita e consagrada pelo pensamento jurídico moderno (*ob. cit.*).
- (34) BERNATZIK, citado também por SPIEGEL. Ver mais nosso citado trabalho na parte referente ao contrato no *Direito Administrativo* (páginas 44 e seguintes).

NOÇÃO SOCIAL DE *AUTARQUIA*

«Les missions de l'administration peuvent être distinguées selon leur *but*. Certaines missions poursuivies par l'administration sont entreprises directement à l'intention.»

CHARLES DEBBASCH

O direito, como realidade positiva, em sua expressão máxima de vida, realiza-se por meio de entidades.

Essas entidades são aquilo a que chamamos, em linguagem técnica, pessoas jurídicas.

O caráter jurídico dessas pessoas varia em relação aos fins existenciais que lhes são próprios. Não há uma única finalidade. Isso, porque variam as direções do pensamento jurídico, no tempo e no espaço.

O direito como idéia de relação, em seus fundamentos, é resultante do aparecimento espontâneo de instituições que ampliam o seu quadro numa constante luta entre os conceitos tradicionais consagrados e a realidade cotidiana (1).

H. SINZHERMER, em perfeito estudo, analisa em traços rápidos o equilíbrio existente entre os dois elementos — o social e o jurídico (2). J. T. DELOS, em curto ensaio, aponta a estreita solidariedade que existe entre a sociologia e a filosofia do direito (3).

Em trabalho à parte, já revelamos esse fenômeno. Mostramos que o homem moderno caminha no sentido de crescente integração nos círculos de atividade humana. «As teorias jurídicas, sofrendo a influência de certas regras sociológicas, hoje já tomadas como verdades essenciais, abandonam a antiga base de justiça social, procurando fundamentos outros para uma idéia mais objetiva do direito, como vontade de fixamento do espírito capaz, de uma democracia atuante e orgânica» (4).

O movimento de uma consciência coletiva exprime e traduz necessidade de supressão de todo fundamento absoluto da idéia de direito. Todo processo jurídico de estratificação, de secularização da ordem jurídica, encontra no nascimento e no crescimento

das instituições contemporâneas completa oposição, elementos característicos de negação.

Esse contraste vem evidenciar que, para o direito se afirmar, é preciso no todo e sempre infiltrar nos princípios tradicionais os anseios dos grupos, as exigências sempre atuais das coletividades organizadas (5).

O que permanece é o elemento ideal integralizador, o núcleo central de onde a vida se irradia, o ponto convergente de atração de toda atividade humana, com seus elementos formais e materiais, a parte natural do direito, aquela que não sofre em contato com o tempo, nem transformações lentas nem mutações bruscas.

É o ponto centralizador de apoio de toda idéia jurídica (6). É o direito, no sentido de GROCIO, ligado a uma noção absoluta e eterna de justiça, emanção da natureza de Deus e provocado pela razão humana (7) na sábia distribuição gratuita de coisas, que são próprias a cada homem e a cada sociedade.

II

O Estado individualista da Revolução Francesa, orientado pelos Direitos do Homem e pelo Código Civil, preparando a absorção das entidades coletivas, não pôde impedir a multiplicação dos agrupamentos internos, numa inclinação cada vez maior para o aumento de funções estatais. A considerável transformação fisiômica do Estado individual em Estado social veio marcar as linhas mestras da mais profunda revolução registrada pela história dos nossos dias (8).

O aumento inesperado das funções do Estado revelou-se pelo aparecimento de pessoas jurídicas autônomas, de institutos de serviços públicos personalizados, de sociedades com atribuição do exercício de pedaços da soberania popular, traduzindo esse movimento subversivo do individual para o social, do elemento homem para o elemento sociedade, do microcosmos para o cosmos.

Depois de passada a estupefação no mundo jurídico, entre aqueles que nada podiam empreender fora das velhas bases indi-

vidualistas, o fenômeno foi aceito tal qual se apresentava, oferecendo, ao lado do estudo do organismo do Estado, o estudo de uma descentralização institucional e política instigada pela criação de órgãos de serviços especializados, uma vez que só ao Estado era impossível satisfazer todas as suas finalidades. Ninguém tirava do Estado a premência imediata, a necessidade vital, de cumprir os seus fins primários de vida.

Afastados os entraves de separação das forças individuais das forças coletivas, ao Estado coube ampliar a esfera das suas atribuições, substituindo a rigidez das formas políticas privadas por uma formalística menos rígida e mais consentânea com as manifestações e contingências dos meios sociais, com sacrifício mesmo de todas as mais louváveis conquistas políticas do passado.

Da necessidade foi que nasceram, lenta ou abruptamente, os novos problemas. Faltaria ao Estado sua razão de ser, caso fosse a muralha de reação para a organização dos quadros sociais sobre bases mais justas e harmônicas, até conciliatórias, de coordenar funções (9).

Nesse sentido, o denominado direito social (10), tentando atenuar as asperezas da vida, amenizando a luta de classes inevitável, firma-se no espírito de solidariedade entre os homens, criando a idéia de que toda norma jurídica ou tem caráter social ou é prejudicial à coletividade. A Revolução Francesa, da mesma forma, negava todo direito que não fosse individual.

Não permaneceu, porém, o critério do extremismo de funções. O que se denominou direito social ou direito individual, caracterizante de duas expressões diferentes do Estado, tornou-se elemento integrante na realização do bem comum, que é a finalidade última da sociedade e do direito que a representa.

Todo direito é, ao mesmo tempo, social e individual (11). O bem comum é o fim. O Estado, o meio capaz de atingir esse fim (12). O homem dentro do seu grupo, como ente social, não nega a sua própria natureza. Não havendo equilíbrio entre os dois elementos, o individual e o social, seria inútil querer atingir os fins para os quais existimos (13).

Como se vê, «não podemos nos deter, o que é verdade, nas fórmulas até ontem consideradas definitivas, que a ciência antiga nos oferece. A inteligência política desperta sob a ação de impulsos audaciosos. Na evolução gradativa do pensamento humano, os fenômenos se sucedem numa constância positiva, ameaçando às vezes a sorte da cultura» (14).

A nossa visão é de síntese panorâmica. Domina-nos um gosto de novidade. Os quadros em que a filosofia (ARISTÓTELES, SAINT-SIMON, FOURRIER, FICHTE, GIERKE, HAURIU, DUGUIT, BERGSON etc.) fixou os destinos do homem são insubsistentes. Vivemos dentro de círculos abertos, sujeitos a todas as penetrações, ameaçados de ver o nosso destino tomar rumos diferentes, negar nosso direito de aperfeiçoar pela educação jurídica os grupos e as populações, com um sentido de melhor igualdade dentro de maior âmbito de liberdade plena.

Veremos, mais para diante, a intenção social do direito pelo novo pensamento e, obedecendo aos imperativos das circunstâncias políticas, virado para as grandes possibilidades que nos oferta o mundo atual, de levantar uma civilização afeita à nossa formação e ao nosso espírito, forte naquilo em que aproveita os materiais históricos e sensível porque aceita como autênticos os dados de que a observação e a experiência nos provê, na luta incessante de todas as horas (15).

III

TRIEPEL, ao tomar posse da Reitoria da Universidade de Berlim, afirmou, como cultor que é do direito político, que o nosso anelo se limita a buscar a realidade do todo, isto é, concretizar um sentido unitário para a nossa vida (16).

Os movimentos do indivíduo dentro do campo de atividades privadas, ou mesmo na órbita político-pública, não se consubstanciam em uma fórmula única. Seriam precisas ao homem, para que na realidade da vida ele pudesse totalmente integrar-se, tantas leis quantos são os nossos movimentos, uma lei por assim dizer para cada uma das nossas idéias.

Sentimos hoje, e penosamente, os erros dos nossos avós, que renegaram a filosofia, tombando desaparecidos em um marasmo de artigos e parágrafos, em um tumulto de fragmentos desprovidos de todo sentido (17).

Não se nega à jurisprudência uma base filosófica pura. Podíamos traduzi-la como sendo a morfologia da sociedade, o ponto concreto de toda relação humana de caráter jurídico.

No momento que passa, porém, há uma série enorme de questões supervenientes, que não podem ser resolvidas tão somente dentro da verdade dos textos. A introdução das ciências sociais e econômicas no conjunto dos estudos de direito renovou a técnica jurídica. Não haverá um só jurista que não se preocupe em conjugar a interpretação com as necessidades atuais e as idéias ambientes (18).

É como que o retorno à metafísica na interpretação íntima dos novos fenômenos, no intuito científico sempre sagrado de desvendar as origens de nossas inquietações e aplicar os remédios que, por acaso, julgarem úteis contra os males profundos que nos afligem.

O conceito do direito não traduz dogmatismo nem ortodoxia. Surge espontaneamente da experiência histórica, do exame do maior número possível de fenômenos jurídicos realizados. O homem é digno de um *querer* e de um desejo, que se perfazem pela ação.

Cada choque de um desejo com a vida nos traz um fenômeno que, com a continuidade, vai obedecendo a um ritmo próprio e que mais tarde, por certo, se transformará em regra jurídica.

Essa regra jurídica, aceita de consciência, produto direto da conveniência do homem, reduz-se mais além em princípios jurídicos de lei para obrigar as coletividades e os grupos à obediência de um fato que se tornou realidade, na simultaneidade surpreendente de outros fatos iguais e que se sucederam.

Daqui nasce a lei, a regra jurídica, o princípio. Tantas são as ações e tão variáveis que sabemos quão difícil será ao jurista juntar em artigos de um Código tudo quanto se refira, de perto ou de longe, à totalidade imensa da existência humana.

STAMMLER crê, com certa razão, que a ordenação jurídica, após passar pela consciência, firma-se conforme os fins e meios de *querer*. Cada processo psíquico da vontade é já a amostra do ato-fato que se transformará em lei.

O direito, para STAMMLER, não pertence ao reino dos fenômenos externos, não é nenhum objeto que possamos perceber na vastidão inócua do espaço ⁽¹⁹⁾. É um modo de querer. Como superestrutura, está na origem da economia, da política, da educação, como base de ordenamento social ⁽²⁰⁾.

A sistemática jurídica não é mais que o ajuntamento de preceitos e instituições, de categorias fundamentais do pensamento jurídico integral.

DEL VECCHIO vê assim o direito constituindo um critério de valorização normativa das ações humanas ⁽²¹⁾, o direito como ciência normativa, no juízo feliz de KELSEN ⁽²²⁾.

IV

A realização do serviço público está dentro da finalidade do Estado. Cremos ser mesmo toda a atuação exterior do Estado até o alcance dos seus fins superiores de vida ⁽²³⁾.

O Estado, por si só, sem elementos de representação, como órgão administrativo, não satisfaz às exigências da administração pública, de coordenador de forças, ponderador de poderes ou executor de leis.

O conceito de serviço público, quer dizer, daqueles serviços que o Estado, não podendo concertar, convida particulares a fazer por ele, constitui questão primordial em todo esse complexo jurídico e social das funções do Estado ⁽²⁴⁾.

O fenômeno deve ser estudado bastante de perto, em vista das minúcias que apresenta. A delicadeza doutrinária, a sutileza do ponto político, obriga-nos a acurado tato. Variam os serviços públicos em razão dos regimens econômicos e sociais, em relação à maior ou menor intervenção do Estado no âmbito da propriedade privada. Daí a relatividade formal do conceito ⁽²⁵⁾,

a impossibilidade de o definirmos com precisão, de caracterizá-lo, de traçarmos regras ou princípios que reflitam, no seu aspecto social, econômico ou jurídico, o fenômeno em toda a sua extensão.

Por esse motivo, o serviço público, em sua relatividade científica, sujeito aos imperativos ambientes e às contingências políticas, traduz um conceito variável, incapaz de simbolizar-se por uma única fórmula.

Veremos que há diferença entre aquele serviço público atribuído ao Estado e aquele outro que o Estado concede aos particulares.

Não podendo realizar todos, principalmente agora que o Estado vai penetrando caminhos diferentes, sem dúvida o fato da concessão constitui no direito, no modo por que juridicamente vem a ser entendido, uma novidade interessante de se estudar em todos os seus aspectos, pela fisionomia variável que apresenta não poucas vezes (26).

O fato da concessão na sua simplicidade condiciona o exercício de atividades gerais ou especiais. Assim é que, segundo alguns, existe concessão sempre que, por um ato da administração, se criam direitos em favor de pessoas físicas ou jurídicas (27), donde nascem obrigações para os particulares (cessionários) e para o Estado (concedente).

Os serviços públicos compreendem: educação, higiene, transportes, vias férreas, correios e telégrafos, assistência, justiça, canais e rios etc. etc. Cada uma dessas modalidades traz consigo novas generalidades. Cada nova generalidade de serviço, um fenômeno distinto. Em todo serviço, por espécie, predomina um fim, fim esse que dá razão à concessão por parte da administração e à assinatura do contrato referente a essa mesma concessão (28).

Serviços, como por exemplo, da razão de ser do próprio Estado, por que estão integrados no seu organismo: a justiça, a polícia para a segurança geral etc. não podem ser facultados a empresas particulares, são da essência da administração pública (29).

Outros serviços, porém, existem, que não são da esfera de atividade do Estado e que no entanto o Estado não pode con-

ceder a particulares por incorporarem interesse já não público, mas social de maior monta ⁽³⁰⁾.

Segundo a legislação do Reich, está proibido aos particulares o transporte de correspondência, assim como a transmissão de telegramas. A Administração dos Correios e Telégrafos se acha em posição privilegiada especial para o exercício dessas atividades. As comunicações telefônicas ficaram também submetidas à legislação sobre telégrafos e também, no momento, estão sujeitas ao privilégio do Estado a telegrafia sem fios e a radiotelegrafia ⁽³¹⁾.

Tudo isso traduz a necessidade de segurança nacional, de defesa interna político-social. O que faz o serviço público ser da essência do direito administrativo, o que quer dizer: da administração pública geral. A idéia de soberania nos Estados modernos é aqui que assenta.

V

Assim, vemos que existem atividades que o Estado exerce com exclusão de toda competência privada. São os tais casos em que FLEINER enxerga um monopólio da administração pública ou uma regalia ⁽³²⁾.

Fora dessas atividades, entre nós, a lei de 28 de agosto de 1935 determina a regra pela qual são as sociedades declaradas de utilidade pública, a saber, quando satisfazem os seguintes requisitos legais: a) tenham personalidade jurídica; b) funcionem regularmente e sirvam desinteressadamente à coletividade; c) não sejam os cargos de sua diretoria remunerados ⁽³³⁾.

Essa lei, porém, não regula o caso em questão. A forma do contrato assinado pelo Estado e pela empresa concessionária do serviço público é que tem validade jurídica real e trata mesmo da organização da sociedade concessionária, sem com isso contrariar a legislação vigente.

Sem dúvida, não é possível ao Estado, como já dissemos, num regime de economia liberal como o nosso, viver da concorrência comercial. Para que se execute um serviço público, ele oferece às empresas concessionárias, facilitando a sua tarefa, isenções de

direitos e impostos, além de subvenções para que possam satisfazer às exigências do serviço para o qual se contrataram.

Chegamos, aqui, ao caso em forma de uma administração descentralizada, cuja descentralização se objetiva pela execução concreta de serviços públicos especializados (34).

Ao lado dessas espécies de serviços públicos, vamos encontrar os serviços públicos personificados, cuja vida pouco respeito diz ao Estado, porque refletem já em si um interesse. São as autarquias, entidades autônomas de direito público. Pessoas jurídicas a existir dos recursos próprios. Refletindo o modo pelo qual se opera a descentralização (35). E essa descentralização vigora na defesa dos interesses gerais de uma determinada organização.

Quando um governo faculta serviços descentralizando-os por espécies, cria uma personalidade da qual deve brotar livre e espontaneamente, dentro porém da soberania jurídica do Estado, uma corrente de força coletiva, de energia social, que não se pode prevenir nem calcular (36).

Dentro da soberania do Estado, essas entidades, autônomas pelas próprias características, pelos fins, objetivos e formação, realizam pessoas jurídicas *sui generis* e variam de espécie para espécie. São pedaços da soberania geral.

VI

As autarquias se revelam, assim, sujeitos de direito, sujeitos auxiliares da administração pública.

Até aqui, a teoria geral do direito não havia reconhecido outro sujeito para a administração que não o Estado.

Pela sua formação natural, espontânea, pelos seus elementos sociais intrínsecos, pelos seus caracteres especiais, como sujeito máximo de toda cogitação em torno do bem social, ao Estado, por certo, cabe essa relevante posição de predominância política.

Aos outros, os sujeitos auxiliares do Estado (37), aqueles que gravitam sua ação em torno do Estado, dele recebendo sugestões diretoras, chamamos entidades autárquicas. Cada uma exis-

tindo em esfera própria e diferente, conforme seu modo de ser ou objeto de vida, conforme o sentido finalista que as movimentam.

O fenômeno, sabemos, não é novo. Tem aparecido em todos os tempos da história. Principalmente nas etapas mais difíceis. Aparecido, no geral, por intermédio de delegações representativas. Porém, com esse caráter jurídico soberano, com essa autonomia pura, só o nosso século o conhece, pois corresponde à categoria mais importante dos denominados sujeitos auxiliares do Estado (38).

Praticam atos e têm fins do próprio Estado — pelo menos a semelhança de fins é expressiva, isso como entidades representativas da soberania popular, com forma especial de capacidade de direito público, a mesma capacidade que tem o Estado e a faculdade que é a de reger, por si mesmo, os interesses que lhe são peculiares e que são também os interesses do Estado, subentendendo, no que diz respeito ao fato, submissão relativa ao Estado como entidade superior imediata (39).

O que caracteriza a autarquia, dentro da atividade geral do Estado, é a função pública em espécie. «Não constituem, portanto, autarquias aquelas entidades privadas que, sem um interesse próprio, quando a isso obrigadas, ou por um interesse de lucro, ou outro de ordem particular, assumem a gestão de uma função pública» (40).

Alguns especialistas na matéria fazem empenho em enumerar aquelas entidades que são autárquicas.

Preferimos, no entanto, afastando o fato natural do fato jurídico, fixar nossa atenção na delegação de funções, atribuída às entidades autônomas, por parte do Estado. Isso implica dizer que, nos limites em que o Estado possa, sem ônus, realizar as suas íntimas finalidades, exercer as suas funções, as pessoas jurídicas que servirem de auxiliares em absoluto não são autárquicas, porque lhes faltam autonomia, funções específicas dentro das finalidades estatais.

Por exemplo, um município nosso, só por desfrutar incontestado autonomia política, que é a facultada pela Constituição, não

é pessoa autárquica (41). Há aquela distinção a que nos referimos no capítulo primeiro. Sutil, mas real e mesmo jurídica.

O regime autárquico, para vigorar, requer antes de tudo organização própria com autonomia não só política mas também jurídica, o que não é do federalismo. Ou, conforme explica BIELSA, é ente autárquico toda pessoa jurídica que dentro dos limites do direito objetivo, com capacidade para auto-administrar-se, é considerada em relação ao Estado como um dos seus órgãos, porque os fins a que se propõe são os mesmos do Estado (42).

Daí a confusão que provocou o aparecimento dessas *formações estatais* em um direito como o nosso, tradicional por excelência, firmado no critério independente do público e do privado (43).

Pelo que entendemos, o fenômeno exige uma situação jurídica não muito fácil de ser caracterizada. O aspecto diferencial, o ponto em que nada tem de comum com o Estado, é o que deve interessar, porque aqui é precisamente que aparecem o ente autárquico (44), os fins de ordem administrativa.

Não basta o que têm de comum as entidades jurídicas. A questão alcança maior profundidade. «A estrutura jurídica, a personalidade autônoma de nada valem para caracterizar a instituição, diante de sua composição, sua subordinação direta aos órgãos da administração pública, sua finalidade imediata para um serviço público realizado pelo Estado e que só pelo Estado poderia ser executado» (45).

VII

Permanecendo o unitarismo político e jurídico, verifica-se na simples enunciação dos problemas clara descentralização administrativa (46), descentralização administrativa por serviços que é o mais importante (47), nascida da impossibilidade de a administração pública geral centralizada atender satisfatoriamente a multiplicidade crescente dos serviços que aparecendo vão, exigindo proteção, leis, amparo técnico, eficiência de realização, no que diz à sua utilidade pública.

Além da incapacidade material e técnica, o Estado, centralizando os seus fins, sente-se à mão, com a complexa questão de dirigir esses serviços. Impedido de chegar ao ideal colimado do maior bem social, chama o indivíduo para colaborar e, usando das atribuições de entidade jurídica máxima, no que o indivíduo tem como útil ao seu próprio desenvolvimento, delega-lhe poderes e funções.

Colocado assim o problema, fica explicada a necessidade de, ao lado de uma capacidade política centralizadora para melhor e maior eficiência dos negócios públicos, caber ao Estado ordenar sua possibilidade descentralizadora, com que irá abranger, no terreno administrativo, as generalidades surgidas do exercício de suas próprias finalidades existenciais.

Esse é o traço mais evidente da evolução política do Estado como órgão superior de direção administrativa, a servir de contrapeso àquela outra tendência, tão importante quanto esta, a de centralização político-jurídica. Traço marcante, voltado para a boa vontade e capacidade de lograr para os homens a máxima satisfação dos seus desejos (48), realizando as suas funções com absoluta ausência de parcialidade (49).

A descentralização administrativa aparece e se prestigia nos grandes momentos críticos de inquietude em que o interesse do Estado está na maior colaboração individual plausível, para a boa marcha dos negócios públicos. Sintetiza nessas ocasiões pura expressão de equilíbrio entre o poder e o elemento maleável e governado, que é o indivíduo. Outorga, na forma jurídica por que é entendida, às empresas particulares os recursos úteis à feitura de um serviço público (50).

É da essência dos regimens descentralizados a criação de entidades orgânicas, de formação própria e especial, verdadeiras pessoas jurídicas de direito público, executoras, em menor esfera, da vontade do Estado.

BERNARD GENY (51) não desconhece a importância da organização legal de tipos de pessoas representativas em campos determinados de vida da soberania estatal. Afirma que aqui está consignada mais uma etapa da evolução social dos elementos que

constituem o Estado, elementos de toda ordem, principalmente o privado, pouco afeito às influências gerais.

Os propósitos de uma total centralização, com que se fazia ouvir o poder estatal absoluto na gestão soberana de serviços públicos, não pertence mais ao estudo da teoria do direito.

Um dos aspectos do Estado moderno está na contribuição dos indivíduos para o progresso da coisa pública, eliminando os entraves que afastavam as forças individuais do conhecimento dos próprios problemas.

A complexidade da vida atual trouxe para o Estado moderno a obrigação de sentir as próprias necessidades e realizar, na medida de suas possibilidades, tudo quanto a civilização, aliada ao avanço técnico, produziu para o bem-estar do homem.

As mutações do espírito político é que vêm recompondo o Estado no sentido de conhecimento dos grandes interesses do jogo. O poder que assim se estriba não tem fronteiras para a luta do pensamento livre. Quando o órgão Estado representa o poder público (52), o seu primeiro objetivo é provocar a felicidade social e com ela a do homem, lançando mão dos recursos que estão ao seu alcance.

A participação do indivíduo nos negócios públicos por intermédio de competências especializadas é, portanto, uma das grandes medidas adotadas pelo Estado moderno, da essência do regime descentralizador (53), uma vez que em assuntos administrativos, englobando numa só a necessidade pública e a necessidade privada, não se compreende mais o critério unitário da centralização absoluta.

VIII

O que se verifica pela existência das autarquias «é fenómeno da descentralização administrativa por serviço, descentralização que se realiza por meio de órgãos financeiramente autônomos, cuja vida interna depende dos seus dirigentes, mas que sofrem diretamente a superintendência do Estado, quer pela intervenção imediata dos membros do governo, quer pela subordinação dos diretores desses órgãos à administração pública» (54).

Essa autonomia importa em representação própria, na possibilidade de estritamente preencher suas finalidades pelos seus órgãos de direção, dentro dos limites dos seus estatutos, regulamentos etc. Tratando-se do bem público geral, não exclui em tempo algum a possibilidade de intervenção do Estado, que pode, por iniciativa própria, até modificar os estatutos e tirar-lhe a autonomia (55).

Ao Estado é que compete saber quando há ou quando não há interesse público, avaliar as proporções do interesse e tomar as iniciativas julgadas convenientes para o caso em questão, desde que não atente contra direitos individuais consagrados.

Certas legislações, como as da Itália e da Alemanha, subvencionam os serviços públicos de grande interesse do Estado. HAU-RIOU nota que em França já tem havido casos inúmeros em que o Estado intervém para auxiliar financeiramente (56). FLEINER mostra então que na Alemanha esse critério de subvenção só não toca os casos especiais (57).

No exemplo típico do direito soviético, onde a intervenção estatal assume processo mais violento, todo serviço público por sua natureza é subvencionado e dirigido pelo Estado, cuja doutrina jurídica, ao que informa MIRKINE (58), ignora toda idéia de limitação, pois a ditadura não pode acomodar-se em interesses estranhos à sua vida.

A Constituição da Lituânia, em seu capítulo VI, (59), organizou as províncias em forma autárquica, reconhecendo tão somente o Estado como sujeito geral de direito e as províncias como sujeitos auxiliares, a cujo encargo se acham os interesses econômicos e culturais das populações, velando o governo para que os organismos de autonomia local cumpram as suas funções e que os seus atos não sejam contrários às leis do Estado (60).

IX

O serviço público pertence, portanto, a uma das finalidades do Estado. «A finalidade do Estado como órgão administrativo e de execução das leis consiste, de modo geral, de acordo com a

doutrina moderna, em prover à manutenção e à execução dos serviços públicos» (61).

Entre a lei e o súdito, escreve FLEINER, se interpõe uma disposição de autoridade administrativa, daí o direito e o dever não derivarem diretamente da lei, mas do ato administrativo (62). Assim, é o ato administrativo, passado entre a autoridade e o indivíduo, que fixa a execução e a gestão de um negócio ou serviço público. A forma do ato acarreta a forma do negócio.

O caráter jurídico do serviço público está principalmente nesse ponto, na prática do ato administrativo que vem criar direitos e deveres (63). Isso porque o serviço público é próprio e exclusivo do Estado, e é este que o confia aos particulares. A delegação obedece a razões econômicas, sem desfigurar nem alterar a instituição. O fato da concessão, por exemplo, já de si, supõe um serviço público de conseqüências econômicas e que, portanto, permite ser distribuído entre a administração e o particular: quando público, pertence à administração; quando econômico, pode ser explorado por um particular (64).

O fato da existência de uma delegação, que é como que a faculdade legal que o Estado concede ao particular para a prática de determinados atos, traz a explicação jurídica do fenômeno. Tudo quanto depende da vontade do Estado, naturalmente, procura realizar-se de conformidade com as idéias sociais e jurídicas dominantes. Daí o caráter do serviço público, juridicamente falando, por seus elementos permanentes, ser procurado em cada país, em cada meio jurídico (65). Por outro lado, conforme a estrutura do Estado, de regime econômico liberal, socialista ou não, as contingências jurídicas estipulam o setor de atividade do poder público.

LEON DUGUIT, em certa passagem de sua obra, procura definir o Estado como ângulo de convergência de todos os serviços públicos organizados (66). Foge da verdade, porque o sistema de cooperação é o imposto pelo Estado e criado por lei. Como dissemos, nada mais é que conseqüência da ampliação das funções do Estado nos diferentes setores de atividade. O Estado é que

o regula. O ato administrativo que o cria não escapa à predominante influência do ambiente político.

X

Dos dois países que ocupam lugar de destaque real no desenvolvimento da ciência da administração — a França e a Alemanha —, nenhum deles se aparta muito do outro quando tratam de evidenciar os elementos jurídicos gerais que facultam, em termos, a existência de entidades particulares de direito público. Sobre o assunto, o pensamento é geral.

LABAND nunca descuidou, para as questões administrativas, do fundamento jurídico (67). FLEINER, modernamente, tem tido uma única preocupação, que é a de dar sentido social e jurídico aos grandes problemas administrativos (68).

Esses elementos jurídicos fundamentais, porém, são o ponto vulnerável de ataque de todos os quadrantes de observação. Existentes aqui ou ali, caracterizam aspectos diferentes de um mesmo fenômeno, tendências variadas, orientações distintas. «Não é possível estabelecer um critério único», escreve JÈZE (69). A vontade do Estado resulta de um conjunto de circunstâncias, de cuja análise detalhada é possível tomar caminho acertado (70).

O ato administrativo que concede o exercício de um serviço público traz o grau de utilidade do mesmo serviço, como o contrato que o legaliza expõe os modos de realização, que, não obedecidos, provocam necessariamente a rescisão do mesmo contrato.

Para cada caso, evidencia-se um regime especial. Esse regime traz consigo os elementos jurídicos atuantes. Os agentes públicos, dessa maneira, ficam sujeitos aos imperativos da lei. Um serviço público, em absoluto, não se constitui de simples iniciativa privada.

A idéia de serviço público, explica JÈZE (71), está ligada ao processo geral de Direito Público, em razão da teoria geral do Estado. Os princípios gerais, fundamentais, originais quase, é que o regulam. Caso exista contrato, está firmado também nos princípios gerais do direito.

O problema, como vemos, não oferece firmeza de exposição, devido à atitude do Estado na órbita privada. Tudo quanto o Estado realiza, no campo do Direito Privado ou do Direito Público, não exclui o interesse social que é sempre vigorante.

Prevenindo possíveis discrepâncias, MAURICE HAURIUO aponta como elementos do serviço público ⁽⁷²⁾: a) organização pública de poderes, de competências e de costumes; b) serviço regular e contínuo a ser prestado ao público; c) serviço prestado ao público, quer dizer, ao conjunto de habitantes de uma circunscrição territorial, considerados de um modo igual, em seus interesses comuns.

Portanto, ao que vemos, os elementos são: 1 — organização pública competente; 2 — serviço regular; 3 — com um fim de interesse público, isto é, na forma do interesse comum.

O aspecto jurídico da questão — devido ao aumento progressivo da ação do Estado nas questões sociais, provocando frequentemente a intervenção do poder público na vida privada, intervenção essa feita por intermédio de autarquias, que são como que a penetração do elemento geral nos círculos particulares — dificulta uma definição jurídica satisfatória do fenômeno.

Por meio das autarquias, alcançou o Estado maior efetivação, tornando possível o aumento de sua força social. Os elementos jurídicos do serviço público personalizado encontram-se na teoria geral do Estado, que os regulariza e orienta, colocando-os ao pé da lei.

Ninguém nega que o Estado caminha, hoje em dia, para completa interferência nos negócios sociais e econômicos. As instituições democráticas devem o abalo que as faz periclitarem a essa falta de meios de que até há pouco sofria o Estado, de realizar plenamente o direito|

O Estado, operando essa descentralização orgânica e institucional, criando, explica PRESSUTI, pessoas de direito público, às quais incumbe a prática de um serviço público ⁽⁷³⁾ sem grandes meios de recurso, direta ou indiretamente, trabalha pelo bem comum sem precisar apelar para suas reservas econômicas, o que não é fácil em um Estado constitucional como o nosso.

XI

O direito, segundo a concepção de JÈZE, é uma expressão da lei. O professor francês é, como LEIBNITZ, explicador da objetividade tradicional do direito (74), da permanência dos seus elementos básicos, dos seus processos de aplicação, de sua autonomia em face do Estado, no entretanto acreditando na vantagem da subordinação do direito individual ao direito social.

É a mais famosa e interessante das teorias, devido em parte ao seu espírito sobremaneira conservador. A premência do pensamento ambiente, o avantajamento das idéias revolucionárias, por outro lado, fazem de JÈZE grande inovador.

O que acontece é que o professor francês da Sorbonne, entre dois faróis marcantes de dois caminhos diferentes, provando incontestável maleabilidade de inteligência, procura, obedecendo à natureza das influências em cada caso surgidas, fazer do interesse unilateral o ponto de onde pode nascer uma obrigação jurídica de prestação de serviços, ainda que sobre base de remuneração especial e determinada (75).

A Teoria de JÈZE é uma tentativa de unificação de interesses, sem que o Estado, representante da vontade pública, abandone ou transforme a natureza dos seus atos. Continua permanecendo a vantagem da subordinação do direito individual ao direito social. Em casos de contratação, para não fugirmos à evidência dos exemplos, admite-se a existência de contratos ordinários regulados pelo Código Civil (76).

Escreve JÈZE (77) «que há necessidade de interesse geral que a administração, em dado momento, cuida de satisfazer, só ou com o concurso de particulares.

Para acudir essas necessidades, a administração emprega dois processos diversos: a) o processo de Direito Privado; b) o processo de Direito Público.

A distinção entre um e outro processo, segundo ROMIEU, é feita pela jurisprudência, em cada caso.

A idéia de serviço público, prossegue JÈZE, está intimamente ligada ao processo de Direito Público, isto é, a um regime jurídico

especial, de regras jurídicas especiais, tendo por escopo facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazer o mais rápido e completamente que seja possível exigências de interesses gerais» (78).

A materialização desse processo especial, dessas regras e teorias jurídicas especiais — processo de direito público —, reduz-se à idéia essencial de que o interesse particular deve inclinar-se diante do interesse público (79), onde encontramos a subordinação de que fala JÈZE, do direito individual ao direito social, do elemento privado ao elemento público (80).

Esse fenômeno, de que, expondo com clareza tão percuciente, julga JÈZE ser o criador, faz parte da filosofia jurídica de LEIBNITZ, conforme faz ver GURVITCH, outro professor francês, esse, porém, de BORDEAUX (81).

O processo de Direito Privado é comum, em direitos e deveres, às partes que nele estão integradas. Não há vantagem de um interesse sobre outro. O processo de Direito Público, segundo JÈZE, contraria essa igualdade, está dominado pela desigualdade dos interesses em jogo, a vontade do Estado é que é predominante, o interesse público é que é visado.

Ambos os processos, no entretanto, podem ser escolhidos. Tanto podemos lançar mão do contrato de locação de serviços, contrato ordinário dominado por regras expressas do Código Civil para a feitura de um serviço público, como podemos lançar mão dos princípios especiais|

Na esfera privada é impossível fugir do processo comum. No terreno de atividades sociais é que a escolha se faz, onde não haja prejuízo para o Estado. E, havendo serviço público, pressupõe-se sempre interesse geral.

Queira JÈZE ou não, marchamos para a sistematização. Os campos vão sendo delimitados com a distinção cada vez maior do que seja interesse público ou interesse privado. Não basta o espírito com que os governantes empreendem uma obra, com que se apegam a um serviço público ou publicizado.

XII

O pensamento de HAURIUO não é claro, peca pela falta de não conseguir situar nem caracterizar, ainda que em traços rápidos, o problema.

Procura não tomar conhecimento das tendências jurídicas, das idéias socialistas, de todo movimento que venha desviar a marcha dos processos comuns.

É de uma intransigência jurídica a toda prova, mesmo quando estuda os contratos de concessão de serviços ⁽⁸²⁾, onde não enxerga outra espécie que não o de fornecimento.

Para HAURIUO vale o elemento institucional ⁽⁸³⁾. A teoria da instituição de HAURIUO é das mais importantes ⁽⁸⁴⁾. Basta, para elevá-la, a aceitação de SANTI ROMANO, que a divulgou e ampliou ⁽⁸⁵⁾.

O serviço público, onde apareça, vem dominado pela idéia institucional. Uma definição de serviço público, no modo por que o entende HAURIUO, é perigosa por não sabermos nem sempre onde está a intenção da administração. Estudar essa intenção em sua subjetividade não é do jurista. Já é matéria de psicologia pura. Não nos atrai, portanto. Esse é, para o professor francês, o obstáculo mais perigoso a transpor.

Ainda há pouco, citamos os elementos que HAURIUO apresenta para a existência de um serviço público, elementos tais que procuram não contrariar os bons costumes ⁽⁸⁶⁾. A grande realidade do serviço público está em não negar esses bons costumes. Para HAURIUO, esse ponto é fundamental. O Estado nada deve conceder fora da moral dos nossos dias.

O Direito Público é o direito do Estado, e o Estado existe para o bem comum. Longe desse bem comum não há mais motivo superior de vida. E o direito, num sentido geral, não deve intervir.

Empresas particulares, companhias privadas, escreve ele, protegidas pelo Estado sem uma probabilidade de lucro ou remuneração, não constroem estradas ou ferrovias. No entretanto, poderiam até assegurar e manter a organização da policia, se nesse

empreendimento algum lucro vantajoso fosse vislumbrado ⁽⁸⁷⁾. As empresas privadas não agem onde possa haver *deficit*.

A administração pública, em todas as iniciativas próprias, trabalha com isenção de ânimo. «Isso, a administração pública faz, porque não parte da idéia de lucro, mas da intenção de satisfazer igualmente a coletividade inteira. Há mesmo, nos serviços públicos, um elemento de assistência, porque, sendo eles alimentados ordinariamente pelas verbas gerais dos impostos, os pequenos contribuintes sentem, neles, o concurso de contribuintes fortes» ⁽⁸⁸⁾.

Como vemos, a preocupação de HAURIUO é o lado moral do problema. Havendo organização pública de poderes, competências que não firam os bons costumes, serviço regular e contínuo prestado ao povo, aí está o que podemos tomar por serviço público.

XIII

BERNARD GENY não considera o serviço público uma noção moderna. Em largo sentido, o Estado, já de si, em sua função de polícia, é serviço público.

Tudo quanto diga respeito de perto ao bem comum é serviço público. A série de serviços administrativos anexos às funções do Estado também são serviços públicos, ou no sentido econômico, social, de previdência ou de saúde e assistência.

Não só o serviço público não é uma noção moderna como é tão antigo quanto a idéia de Estado. O poder público, pelo Estado, é realizador de interesses ⁽⁸⁹⁾. Os meios é que fazem da idéia de serviço público um conceito moderno.

RENARD exemplifica que, com a viação, as exigências aumentam com a transformação dos meios de locomoção ⁽⁹⁰⁾. Daí concluirmos com POSADA que é quando a necessidade alcança o seu ponto máximo, e a vontade se torna coletiva ou social, que a noção de serviço se apresenta como exigência de ordem pública ⁽⁹¹⁾.

A noção sempre atual com que se impõe o fenômeno é da própria essência das transformações, do progresso técnico, do

avanço das indústrias e das ciências, do aumento das funções do próprio Estado.

A definição de BERNARD GENY, escorada nesse pensamento, tornou-se uma das mais completas.

O tratadista francês assim define serviços públicos: «O conjunto de necessidades cuja satisfação, por meio de uma empresa de Estado, é considerada, em dada época, de utilidade pública» (92).

Vigora o *interesse*. É esse interesse que o poder administrativo, tentando satisfazer por intermédio de agentes ou administrados, na ampla gestão dos seus negócios, obriga à prática da descentralização administrativa.

O papel do Estado, junto ao interesse público, ao bem-estar das populações, levou-o, como o tem levado através da história, a conceder relativa autonomia às entidades capazes da organização de um serviço público em determinadas condições legais.

Nessa emergência, o elemento social transforma-se em elemento jurídico. As entidades, definindo sua própria situação jurídica, vão buscar na delegação estatal o material jurídico de organização e vida. O elemento jurídico por certo não surgiria, caso não houvesse intervenção da autoridade competente.

A teoria de BERNARD GENY (93) reconhece a colaboração do indivíduo em face do Estado, por descentralização. Geny vai até o trabalho do funcionário público com o fito de provar que o Estado não pode prescindir da ingerência organizada do indivíduo na vida pública. Todo funcionário é feitor de determinado serviço. Esse serviço não é desconhecido pela lei. Ao contrário, é serviço do Estado. Num serviço autônomo, de ordem pública, por delegação, o indivíduo nomeado ou não pelo Estado, que nele exerce funções próprias, pode com razão ser acimado de funcionário.

Para BERNARD GENY, o serviço público existe no limite entre o Direito Público e o Direito Privado. Aí é que se dá a interven-

ção do Estado na vida do indivíduo, e onde o indivíduo é chamado a colaborar nos negócios do Estado.

Esses serviços, realizados nesse espaço, não são bem administrativos, mas institucionais. Nesse ponto, GENY encaminha sua idéia paralela à de HAURIU (⁹⁴).

XIV

O que preocupa, em instituições que exercem por delegação parcelas da soberania estatal, é o elemento público. O sentido civilista, tradicional ou não, tem pouca importância. O Estado é a célula maior do organismo social, exprime a vontade coletiva e, como depositário da soberania popular, exerce situações de predominância frente ao indivíduo.

As relações de direito público são unilaterais. Ou elas partem de um ato administrativo ou de um contrato de direito público, onde as partes interessadas, reconhecendo a unilateralidade de obrigações e direitos, consentem na sua realização.

FLEINER sabe com razão que, fora o ponto de vista do Estado, onde quer que existam relações entre a administração e o particular, o interesse público não deve ficar adstrito ao exclusivismo individualista de lucro.

O serviço público, por exemplo, é uma atividade que o Estado exerce, com exclusão de toda competência privada (⁹⁵). É, portanto, sob certa garantia de ordem político-social que, obedecendo à necessidade vital do bem comum, o Estado faculta aos particulares competência especial para a prática de atos que dizem respeito a um serviço de utilidade geral.

FLEINER reconhece a existência de um monopólio da administração ou de uma regalia (⁹⁶). Assim é que só excepcionalmente se confere em medida limitada, ao indivíduo, o exercício do direito de soberania. A exploração do serviço público por empresas particulares, da parte do Estado, sofre invulgar fiscalização, porque o

que está em jogo não é a sorte da companhia exploradora, mas sim parte do patrimônio público.

Responsável pelo destino da coisa pública, o Estado faz penetrar sua atividade fiscalizadora até onde o indivíduo possa ser livre. Não se prescinde mais do controle absoluto do poder público (97). A sutilidade do papel do Estado está em saber agir sem violar a liberdade de propriedade de indústria, está em muitas vezes deixar que na ordem privada, em determinados casos, possa o indivíduo praticar naturalmente atos referentes a serviços públicos.

É fácil, como vemos, para FLEINER, justificar a necessidade do monopólio. O serviço público é uma regalia pertencente ao Estado, e dele só ao Estado cumpre dispor.

É com o monopólio do Estado que se protegem os interesses gerais (98). O Estado como poder exclusivo. Daí depender do arbítrio da autoridade competente (99) a outorga de uma concessão de serviço público (100).

XV

RECAREDO DE VELASCO é o sintetizador do pensamento espanhol: «Partindo do pressuposto do significado das palavras, chegaremos a estabelecer que serviço significa ação e efeito de servir; que servir é executar algo, exercer uma função, satisfazer uma necessidade (101).

A mesma é a opinião de SANTAMARIA DE PAREDES (102). «Basta agregar a palavra *serviço* à palavra *público*, expressando o sentido em que se toma esta, e eis a noção do que buscamos» (103).

Para VELASCO, o vocábulo *público* pode ser entendido de duas formas diferentes ou tomado em duas acepções: objetivamente ou subjetivamente.

Será tomado objetivamente quando a pessoa propulsora do serviço público é o Estado ou o poder público,

No segundo caso, qualquer pessoa é apta por lei a realizar um serviço dessa espécie.

«É, porém, deficiente o ponto-de-vista subjetivo, quando o órgão público, o Estado, pode exercer funções que, ainda que indiquem atividades públicas, nem por isso significam verdadeiramente serviços públicos».

VELASCO procura aclarar o aspecto administrativo.

Sentindo necessidade de comparar essa teoria às dos outros publicistas é que vemos quão difícil tornou o escritor espanhol o mecanismo do serviço.

Um empreendimento de utilidade geral, visto objetiva ou subjetivamente, oferece o mesmo interesse.

Citando PRESUTTI, assevera VELASCO: «todo serviço público é um serviço administrativo; porém, nem todo serviço administrativo constitui um serviço público» (104).

Uma noção puramente social do direito renegaria todo o emaranhado da teoria de VELASCO, bem como dos demais teóricos da península, como ZAMORA (105), CABALERO (106), POSADA (107) e outros.

A utilidade geral é que faz público o serviço. Para os espanhóis, o serviço será público quando se realiza por intermédio da administração, segundo regime jurídico de direito público, e com um propósito público também.

Basta que a administração, esteiada em regras de direito público, realize um propósito público. A intenção de VELASCO é evitar a intervenção do Estado, limitar a ação pública, determinando o círculo de suas atividades.

Todo ato partido da administração, na forma de um regime jurídico de direito público, com fins e propósitos públicos também, caracteriza o serviço público (108).

E mais ainda, conclui VELASCO, escorado em PRESUTTI, DUGUIT, e HAURIU: «encontramos três idéias fundamentais: 1ª) o serviço público deriva de uma organização pública; 2ª) é um

serviço técnico que se presta ao público; 3ª) funciona de maneira regular e contínua» (109). Não há novidade, ao que vemos.

XVI

O serviço público, para DUGUIT, está no centro de toda idéia jurídica.

Dominado pelo ideal *descentralizante*, oferece, em substituição à noção de soberania, a figura do serviço público.

A obra inteira de DUGUIT encontra fundamento no conceito de solidariedade. «Essa idéia de solidariedade é, precisamente, que constitui a base da grande reação anti-subjetivista» (110).

A nenhum outro escritor deve a teoria do direito tamanhas contribuições. LEON DUGUIT é um verdadeiro marco entre o mundo de hoje e a vida de ontem. E a sua obra, nas suas linhas gerais de funda penetração, representa a mais constante luta contra a soberania absoluta e o individualismo jurídico já dominante (111).

Na sua visão panorâmica dos fatos, nunca foi daqueles para os quais o direito ou era estudado pelo seu elemento privado ou não merecia sequer a atenção da filosofia jurídica.

A justaposição de todos os elementos atuantes na vida do homem foi sempre sua maior preocupação. Daí o explicar, indo buscar na realidade a aprovação expressa de suas afirmações, que «do direito público urge fazer desaparecer o conceito ideal de *soberania*, do mesmo modo que, do direito privado, o conceito de *direito individual*, para serem substituídos pelos conceitos mais reais e objetivos de *serviço público e função social*» (112).

O conceito de serviço público, para DUGUIT, está essencialmente nisto: incumbe aos governantes certas obrigações para com os governados, e o cumprimento desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e a justificação da maior força daqueles sobre estes. O objeto dos serviços públicos é constituído pelas atividades impostas como obrigação aos governantes (113).

Não podemos alcançar o bem público, o bem comum, que é a finalidade superior do direito, deixando-nos, em nossa análise da

realidade social, dominar por conceitos subjetivistas ou voluntaristas.

O individual não interessa ao jurista. O social isolado nada pode assegurar de duradouro. O que existe, e que não podemos desconhecer, é a interpenetração dos dois elementos: um sem o outro perde sua força original.

À medida que a civilização cresce, maior extensão vão tomando as atividades públicas. O desenvolvimento técnico provoca nos seus arraiais modalidades novas de satisfazer a exigência da coletividade ⁽¹¹⁴⁾. É toda a evolução humana em conseqüente sentido de adaptação social.

Assim define LEON DUGUIT o que seja serviço público: «é aquela atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes como indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de natureza tal que não possa ser senão assegurado pela intervenção da força governante» ⁽¹¹⁵⁾. Se procurássemos nessa definição os elementos da existência de um serviço público, claro está que não os encontraríamos. Vê o mestre de BORDEAUX em cada serviço público um caso especial. Portanto, serviço público define-se em espécie. Impossível é lançar mão de um critério formal de caracterização de um serviço público.

A volta à realidade, nos estudos de direito, foi o avanço mais real da teoria de DUGUIT. Quando o poder público concede ao particular capacidade do exercício de um pedaço de soberania por meio de serviço público, não quer dizer que o particular fique ao dispor da vontade livre dos governantes.

Há autonomia, enquanto se tratar do bem comum, do bem social. O eixo básico de toda a obra do filósofo francês está no seu empirismo metódico, na originalidade de observação dos fatos e da realidade.

Ofenômeno *descentralização* pertence às forças do mundo jurídico. Não é contrário à solidariedade, e isso porque toda regra de direito tem sua origem no mecanismo da solidariedade social. A lei de toda solidariedade é a lei social e, portanto, a regra de

direito ⁽¹¹⁶⁾. É um postulado que encontramos no fundo da consciência do homem e na origem dos fenômenos sociais.

XVII

VIVEIROS DE CASTRO ⁽¹¹⁷⁾ e ALCIDES CRUZ ⁽¹¹⁸⁾, em seus principais trabalhos, ainda se não haviam deixado dominar pelo espírito dos tempos modernos, ou melhor, por um sentido objetivo da realidade jurídica.

VIVEIROS DE CASTRO, por exemplo, jurista notável, orientado desde cedo por algumas idéias contratualistas, discípulo de LEROY-BEAULIEU, desconheceu o fenômeno serviço público tal como hoje o entendemos. Ao vocábulo em questão, denominava obras públicas, aquelas «realizadas com a intervenção do Estado e tendo-se em vista a utilidade pública» ⁽¹¹⁹⁾.

ALCIDES CRUZ, ao contrário, combateu em termos simplistas, desde o início, toda a idéia, já então universal, da existência de contratos públicos entre a administração e empresas concessionárias ⁽¹²⁰⁾. O Direito Administrativo, para ALCIDES CRUZ, era o ato administrativo do poder público, todo ato de autoridade competente. A descentralização por serviços, que em toda a Europa, após os estudos de JÈZE e DUGUIT, traçou nova fisionomia da atuação do poder público na vida social, não passou, para ALCIDES CRUZ, de atos administrativos do Estado, facultando ao indivíduo capacidade jurídica de empreender a realização de uma obra pública ⁽¹²¹⁾.

RIBAS ⁽¹²²⁾ e o VISCONDE DE URUGUAY ⁽¹²³⁾ não escreveram estudos de Direito Administrativo.

O trabalho de URUGUAY, do início ao fim, versa matéria puramente da organização constitucional.

RIBAS, pouco afeito à doutrina, desenvolve e explica, sem outra preocupação, o mecanismo administrativo por suas diferentes peças acessórias e mestras.

Após, TITO PRATES DA FONSECA ⁽¹²⁴⁾, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI ⁽¹²⁵⁾, MÁRIO MAZAGÃO ⁽¹²⁶⁾ e outros ⁽¹²⁷⁾, em estu-

dos especializados, vão adaptando a ciência da administração e o direito administrativo brasileiro à doutrina e às idéias correntes.

PONTES DE MIRANDA (128), em publicação recente, analisa com muita argúcia a existência do serviço público no direito brasileiro, bem como o fato da concessão (129).

XVIII

Os teóricos citados, como acabamos de ver, ensinam que a questão deve ser examinada e estudada sob duas faces: de um lado, a jurídica e, de outro lado, a social. Todo problema de Direito Público, ao lado da realidade jurídica ou técnica, não esquece a predominância do elemento social ativo.

Não seria possível, a todo o momento que o quiséssemos, segundo o ensinamento de JÈZE, pesquisar a vontade dos governantes para penetrar a intenção de uma obra ou serviço público. Por outra parte, não encontraríamos resultados satisfatórios se, em todo serviço público, procurássemos investigar a sua realidade sociológica.

Ambos os métodos analíticos são falhos. Não desconhecemos a impossibilidade de traduzir a vontade do poder público. Hoje pode ser uma, amanhã será necessariamente outra. Predominam os fatos sociais e a realidade dos princípios políticos orgânicos.

A realidade social, também, não deixa de sofrer mudanças. O único critério para sentir da validade ou da necessidade de um serviço público é aquele apontado por GENY e aceito por todos os teóricos, o critério da utilidade pública.

Esse conceito de utilidade pública vem ligado à noção do bem comum. Quanto mais aumentou a ação do Estado e o bem social foi se tornando fim do poder público, mais foram os governantes se preocupando com o bem-estar das populações.

Era preciso chegar a realidade jurídica à evidência dos novos valores da vida. Trata-se não mais de interpretar, mas de aproximar conceitos tradicionais, valores históricos, o Código Civil, de novo senso de vida, da realidade do momento que passa, sem deixar de aproveitar os elementos de equilíbrio oferecidos pelo

passado. Trata-se, como vemos, não de juntar conceitos diferentes, regras distantes, princípios obsoletos, mas de curvar a ciência aos imperativos capitais da existência.

Daqui partiu a primeira modificação jurídica da concepção do Estado. O autoritarismo do poder público foi substituído na vida social pela tendência de penetração do Estado em todas as esferas de vida, pela sua maleabilidade, que assim o fez apto a sentir no contato permanente as necessidades dos grupos sociais e podendo removê-las por simples atos da administração.

Aumentou o Estado sua capacidade social, aproximando o fator jurídico das lutas políticas. E a descentralização surgiu dessa vontade de penetração do Estado na órbita privada e da necessidade da colaboração do particular nos negócios públicos que lhe dizem respeito⁽¹³⁰⁾.

Cada vez que ao poder público se apresenta a utilidade de realizar um serviço do interesse do indivíduo, não podendo realizá-lo por acúmulo de atribuições, faculta ao indivíduo o exercício desse direito estatal, orgânico, condicional, próprio do Estado.

Veio assim a descentralização por serviços, com a inclinação por parte do Estado de atingir maior âmbito de vida em todos os setores de luta social. Muito antes, porém, a descentralização territorial, tal qual uma distribuição de atribuições administrativas, firmou-se para a boa marcha da coisa pública.

XIX

Agora, o problema mais em foco não é nem o da descentralização territorial nem o da descentralização por serviços: é o da concessão de personalidade jurídica às entidades concessionárias de serviço público, aos estabelecimentos de fins de utilidade pública, às autarquias, vamos dizer.

O caráter jurídico que desfrutam essas entidades segue do exercício de uma função supletiva. Está na delegação de soberania sobre um dado negócio, que o Estado outorga por concessão ao indivíduo. Essas entidades representam o interesse público do Estado, ainda que em outro aspecto evidenciem pura tendência

particularista. Os seus elementos jurídicos são aqueles mesmos constantes da expressa delegação estatal.

A intervenção de um ato de autoridade pública criando um direito integra o estabelecimento, na expressão de JÈZE, nos negócios do Estado. A autarquia, por exemplo, com sua personalidade de serviço público especial, provém da lei. Sem uma lei que dite sua organização, que trace suas finalidades materiais, em vista de uma necessidade reconhecidamente pública, não passará nunca de simples estabelecimento privado.

Aqui, mais uma vez, variam as opiniões. HAURIUO é de parecer que o Conselho do Estado é quem deve decretar a criação de entidades autárquicas⁽¹³¹⁾. JÈZE só ao Congresso reconhece competência para criar uma autarquia⁽¹³²⁾. BULLRICH já não vê necessidade do pronunciamento categórico do legislativo⁽¹³³⁾.

Quando há indecisão jurídica a respeito, como em nosso caso, à lei é dado regularizar, em termos, a situação. Assim, as autarquias só aparecem quando têm personalidade jurídica garantida por lei⁽¹³⁴⁾. O contrário não seria regular, pois viria confundir entidades de utilidade pública, de fins públicos, com empresas privadas, particulares, com sociedades comerciais.

À lei cumpre distinguir o que o direito não distingue. Já que o nosso Código Civil, isso por certo devido ao tempo em que foi elaborado, afasta as autarquias do que ele denomina pessoas jurídicas de direito público, cumpre aos órgãos estatais, dentro das atribuições especiais que lhes são próprias, criar pessoas desse jaez conferindo personalidade jurídica.

O que mais vale é, sem dúvida, a característica da delegação de poderes. Aqui é que vamos encontrar os elementos jurídicos formadores das entidades autárquicas. Principalmente, além dos demais, todos variáveis, os dois elementos orgânicos e gerais, o público e o privado.

XX

URUGUAY⁽¹³⁵⁾ via a necessidade de centralização, quando da confluência de interesses gerais e comuns de uma mesma sociedade. Para a execução, porém, de atividades reservadas,

próprias de determinado grupo social, eis de onde parte a utilidade de um bom regime de divisão do trabalho⁽¹³⁶⁾.

O nosso sistema unitário dificultou por muito tempo o desenvolvimento de serviços úteis ao nosso progresso. Contra essa situação jurídica foi que TAVARES BASTOS⁽¹³⁷⁾ se atirou, pois a tinha como violadora dos princípios liberais da nacionalidade.

O aspecto geográfico do Brasil determinou, no desenrolar de nossa história, grande inclinação natural pela descentralização. O fenômeno é da essência de nossa formação geo-social. A nossa divisão territorial, desde o início determinada pela distribuição do país em capitâneas, separados os interesses vitais, distinguidas as necessidades locais, impôs uma estrutura federativa ainda que fictícia e não aprovada, mas já aceita por ser da realidade de nossa vida de povo independente.

Depois, com o regime federal, é que vimos legalizada a natureza descentralizadora da nação, repartidos os serviços entre a União, os Estados e os Municípios⁽¹³⁸⁾.

O desmembramento da soberania, em um país como o Brasil, de largas extensões superficiais e de possível aumento fabuloso de uma população já nascida espalhada por vários cantos do território, só teria a dificultar a enérgica ação do governo, caso a soberania ficasse adstrita a um centro só, como a Corte, no tempo do Império.

A atrofia dos nossos recursos seria fatal. A incapacidade do governo far-se-ia sentir, no primeiro momento em que quisesse, longe de suas vistas, realizar um serviço público, onde difícil seria a fiscalização, mais difícil ainda a continuidade na execução controladora do serviço.

Não nos enganamos se afirmarmos que, «entre nós, a história da descentralização compreende toda a nossa vida política, desde o primeiro Reinado, de acordo com as exigências políticas e doutrinárias de cada época de nossa história, desde a reação descentralizadora que sucedeu ao 7 de abril e que teve a sua expressão maior, segundo URUGUAY, no Código de Processo de 29 de novembro de 1832, no Ato Adicional e na Lei de 8 de outubro de 1834, até a Constituição Republicana, que, criando

uma estrutura federativa, estabeleceu um regime de descentralização política e administrativa»⁽¹³⁹⁾.

XXI

A descentralização supõe, logo de início, sucessão hierárquica de poderes. O Ato Adicional, transformando os conselhos gerais em assembléias provinciais, veio estabelecer certa gradatividade da força governativa, em apoio aos que defendiam a idéia da descentralização⁽¹⁴⁰⁾.

No entretanto, o novo mecanismo que o Ato Adicional tentou colocar em marcha processou-se muito lentamente até aos nossos dias, sem que a intervenção da lei trouxesse vantagens a analisar.

Esse movimento chegou, entretanto, a um momento tal de intensificação que os três círculos concêntricos do federalismo — a União, os Estados e os Municípios —, ao redor de si, foram criando outros tantos círculos convergentes, de funções próprias, determinadas em lei: as autarquias⁽¹⁴¹⁾.

O critério descentralizativo está no realizar o interesse geral por intermédio dessas entidades menores, supletivas, pelo interesse particular ou local.

A repartição de competência para o fim exclusivo de serviço público está já na grande lei científica da divisão do trabalho.

A capacidade centralizadora do poder público, dentro do sistema federal, especifica a competência da União. E essa competência é dois terços política, pois a ela estão afetos os negócios gerais da nação, é como que normativa e coordenadora.

A vantagem de um sistema igual está em poder conseguir o Estado, sem grande esforço, evitando tentativas frustras, fazer trabalho próprio de penetração. É o que busca, noutra sentença, o regime de descentralização.

A aparelhagem administrativa, sem meios de se afirmar por seus diversos campos de ação, pelo poder público abraça esse processo de repartição da soberania, com que intervém nas menores células autônomas, onde realiza o Estado plena atividade social.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) Ver GEORGES GURVITCH — *L'Idée du Droit Social* — ed. 1932; e GEORGES RENARD — *Thomisme et Droit Social (À propos de l'Idée du Droit Social de M. GURVITCH)* — ed. 1934.

(2) H. SINZHEIMER — *L'Etat et la Société à Notre Époque* — *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* números 3-4 — pág. 129.

(3) J. T. DELOS — *Archives de Philosophie* etc. — números 1-2 — pág. 145.

(4) OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Da Capacidade Jurídica do Estado e do Fenômeno «Autarquia»* — *A Ordem* — Rio — 1937 — Setembro.

(5) «As revoluções sociais, julgando sempre criar um direito novo, não fazem senão pôr em prática a concepção jurídica que, em grande parte, as provocou. Assim é que na Revolução Francesa se criou o Código Napoleônico; nasceu essencialmente do individualismo jurídico do século XVIII, que refletiu no campo do direito a concepção filosófica racionalista desse século. E o mesmo vem suceder com a Revolução Russa, cujos juristas pretendem criar ou já ter criado um *Direito Soviético*, ao menos provisório, e que no entanto vem apenas realizar, em parte, o materialismo jurídico dos doutrinários que a prepararam». (TRISTÃO DE ATHAYDE — *Introdução ao Direito Moderno* — 1ª parte — *O Materialismo jurídico e suas fontes* — pág. 51).

(6) «O direito natural é comum a todas as nações. Para compreender isso, é preciso ver que o termo natureza pode ser tomado em várias acepções. Ora, diz-se natureza a força (vis) inata nas coisas pela qual o semelhante reproduz-se em outro semelhante. Em seguida diz-se natureza — o estímulo ou instinto (instintus) provenientes da sensualidade, no sentido de alimentar-se, procriar ou educar. Em terceiro sentido entende-se por instinto natural o que provém da razão (ratio), e o direito que dessa natureza deriva chama-se de equidade natural e segundo esse direito natural todas as coisas são comuns, isto é, comunicadas segundo as necessidades dos tempos. De quarto modo, enfim, se pode chamar direito natural aos preceitos naturais como seja: «Não furtarás» — (Lotin — *Dr. Nat.*, pág. 23 — *apud* TRISTÃO DE ATHAYDE — *ob. cit.* — pág. 132).

(7) Ver HUGONIS GROTII — *De Jure Belli ac Pacis* ou *Le Droit de La Guerre et de la Paix*.

(8) «O momento histórico atual exprime um movimento do individual para o social. Do Estado individualista liberal preconizado pelos arautos da Revolução Francesa, da interdição de entidades coletivas dentro do Estado, caminha a vida contemporânea para uma grande expansão das funções estatais, para a multiplicação dos agrupamentos internos». (TITO PRATES DA FONSECA — *Autarquias Administrativas* — pág. 7).

(9) É o que ensina MAXIME LEROY: «antigamente a idéia era ponderar poderes; hoje será coordenar funções». Para melhor elucidação, veja-se o estudo do escritor francês, publicado nos *Archives*, números C-D, sobre: *La Crise du Concept d'Avenir de Gouverner*.

(10) O direito, apesar de puramente social, não esquece as suas bases no elemento homem, para o qual foi criado e vive.

(11) Veja-se TITO PRATES DA FONSECA citando LOUIS LE FUR — *ob. cit.* — pág. 10.

(12) LOUIS LE FUR — *La Démocratie et la Crise de l'Etat* — Archives — números 3-4 — pág. 7.

(13) «O homem, ente social, pertence a vários grupos, cujo número aumenta com o crescer da civilização. Entretanto, o homem conserva uma atividade própria. O indivíduo isolado não pode ser objeto, nem sujeito de direito. O direito só aparece com a vida social. Entretanto, a meta, objetivo final de todo direito, mesmo internacional, é o homem. Sem homem não pode haver direito. Se, pois, todo direito é social, mas existe para assegurar ao homem o seu maior desenvolvimento — o que implica o reconhecimento de uma atividade própria, individual, enquanto não contraria ao interesse geral — é necessário um equilíbrio entre os dois elementos do direito: o individual e o social» (TITO PRATES DA FONSECA — *Ob. cit.* — pág. 10).

(14) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Da Capacidade Jurídica do Estado e do Fenômeno «Autarquia»* — A Ordem — Rio — Setembro, 1937.

(15) «Une Civilisation que aboutit à détruire la famille, la patrie, le métier, ou à n'en présenter qu'une image détournée ou odieuse, trahit les valeurs éternelles» (DANIEL ROPS — *Elements de Notre Destin* — pág. 251).

(16) LUIS RECASENS SICHES — *Direcciones Contemporaneas del Pensamento Juridico* — pág. 18.

(17) RECASENS SICHES — *ob. cit.* — pág. 18.

(18) PAUL DESCHANEL — *Les Méthodes Juridiques* — pág. 5.

(19) Ver RECASENS SICHES — *ob. cit.* — pág. 56.

(20) MARX, com o seu materialismo histórico, se propôs a explicar a economia como superestrutura do direito, mostrando que a posição inversa é a propriamente exata. «É o direito como forma das relações de produção» — MEDINA-ECHAVARRIA — *La Situacion Presente de la Filosofia Jurídica* (págs. 85-86).

(21) Ver GIORGIO DEL VECCHIO — *Sulla Teoria del Contratto Sociale*.

(22) Ver *Teoria General Del Estado*.

(23) A expressão é vaga, pouco concreta. No entanto, além de orientar o querer humano, de manter a ordem, o Estado cuida também com carinho da felicidade do homem e dos elementos que possam ajudar o crescimento moral e intelectual da civilização. Os empreendimentos materiais, toda coação ou restrição empregada no alcance de determinado objeto, têm um ideal, que longe de ser paradoxal é a aspiração da maior liberdade humana.

(24) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* — pág. 219.

(25) «Por outro lado, quando predominam as idéias socialistas, ou quando o regime econômico impõe uma deformação da estrutura política liberal, sob a pressão de contingências econômicas e sociais indisfarçáveis, o Estado passa a intervir em todos os setores da atividade pública e até particular, para impor a ordem econômica e os interesses sociais em jogo (THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 219).

(26) «O serviço público é uma porção nitidamente determinada da atividade administrativa e distingue-se da atividade administrativa geral, por sua autonomia» (PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição* — Vol. I — pág. 417).

(27) Esta é a teoria defendida por RANELLETTI, SANTI ROMANO, PRESUTTI, ROYO VILLANOVA e estudada pelo professor MARIO MAZAGÃO. Em síntese, diz esse escritor: «Para nós, da concessão decorrem direitos e obrigações cabentes ao particular, ao qual ela se refere, e também à administração» (MAZAGÃO — *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público* — págs. 14-15).

(28) As teorias sobre esses contratos administrativos ou públicos variam de autor para autor: «MAGNAM DE BORNIER vê, como aspecto indispensável, o contrato administrativo na Utilidade Geral. HAURIQU, no elemento Institucional dominante. E LENEL, menos acertado que BORNIER e HAURIQU, vê o contrato administrativo num simples equilíbrio de interesses» (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Do Conceito do Contrato Administrativo* — págs. 40-41).

(29) «Na concessão de estradas de ferro se patenteia que o concessionário constitui na realidade uma peça da administração pública» (FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — pág. 281).

(30) Diz o art. 6º, § 7º, da Constituição do Reich de 1918, que o Estado tem o direito exclusivo de legislar sobre o regime dos Correios, Telégrafos e Telefones.

(31) Ver FRITZ FLEINER — *ob. cit.* — pág. 277.

(32) FLEINER — *ob. cit.* — pág. 275.

(33) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 222.

(34) LEON DUGUIT — *Droit Constitutionnel* — Vol. II — pág. 66.

(35) «Na descentralização por serviços, não se objetiva unilateralmente a maior comodidade dos administrados, nem a maior vantagem dos administradores: é o serviço que se descentraliza» (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 18).

(36) ROYO VILLANOVA e SEGISMUNDO ROYO — *Elementos de Derecho Administrativo* — pág. 276.

(37) *Sujeitos Auxiliares do Estado* é uma expressão divulgada por SANTI ROMANO e aceita como própria por TITO PRATES DA FONSECA — (*ob. cit.* — pág. 13). Juristas espanhóis, italianos, e possivelmente, BIELSA.

(38) Ver SANTI ROMANO — *Corso di Diritto Administrativo*; TITO PRATES DA FONSECA — *Autarquias Administrativas*.

(39) O Estado não pode, absolutamente, ainda que pareça, ser considerado entidade autárquica, porque autarquia, onde há autonomia e não soberania real, implica subordinação a outra força maior superior, juridicamente falando. Ao Estado, não há pessoa jurídica que supere, capaz de direitos. É a entidade máxima.

(40) TITO PRATES DA FONSECA — *Ob. cit.* — pág. 14.

(41) Nem mesmo com a importância sócio-política-econômica que lhe deu a Constituição de 10 de novembro.

(42) BIELSA — *Derecho Administrativo* — vol. 1 — pág. 241.

(43) «A criação, dentro do nosso regime, de entidades coletivas com personalidade jurídica e autonomia administrativa veio criar grandes confusões em torno dos princípios do nosso direito, dominado pela divisão tradicional de público e privado, e pelos princípios civilista: dentro dos quais se procura enquadrar todas as relações jurídicas, mesmo aquelas em que intervém o Estado» (THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 49).

(44) «Estes são os traços diferenciais dos órgãos criados pelo Estado, com o fim de preencher, dentro de um regime de relativa autonomia de organização, um serviço público, controladores, ora do exercício de profissões, ora da própria economia, limitando e restringindo a produção e a venda dos produtos que servem de fundamento à riqueza do país» (THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 49).

(45) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 49.

(46) OTTO MAYER notou argutamente que a separação do direito administrativo do direito político devemos à «lei científica da divisão do trabalho» (Ver LUDWIG SPIEGEL — *Derecho Administrativo* — pág. 11). Parodiando MAYER, podíamos dizer que a essa lei devemos a formação um tanto espontânea e livre das entidades autárquicas.

(47) «A descentralização por serviço, ou por função, considera objetivamente o serviço público, procura lacear a sua dependência, em frente ao poder público, seja esse poder público Estado Federal, Estado federado ou município. E constrói esse serviço, assim considerado, com personalidade própria, com certa autonomia de gestão colimando o interesse geral e maior eficiência» (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 15).

(48) HAROLD J. LASKI — *El Estado en la Teoria y en la Prática* — *The State in Theory and Practice* — pág. 115.

(49) HAROLD J. LASKI — *ob. cit.* — pág. 115.

(50) Para HAURIUO, em seu mecanismo jurídico, a descentralização administrativa, ao contrário da descentralização política, cria pessoas jurídicas diversas para cada serviço especial personificado (Ver «*Précis de droit administratif et droit public*» e «*Décentralisation*»).

(51) BERNARD GENY — *Collaboration des Particuliers avec l'Administration* — (pág. 56).

(52) O poder público, sem uma força real que o afirmasse, que o garantisse, como o Estado, naturalmente deixaria de existir. No direito moderno, a expressão *poder público*, confunde-se com aquela outra palavra *Estado*.

(53) BERNARD GENY define a descentralização administrativa como a participação dos administrados na gestão dos seus próprios interesses (*ob. cit.* — pág. 167).

(54) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — págs. 49-50.

(55) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 50.

(56) Ver MAURICE HAURIUO — *Descentralisation*.

(57) Ver FRITZ FLEINER — *Droit Administratif Allemand*.

(58) B. MIRKINE-GUETZEVITCH — *Las Nuevas Constituciones del Mundo* — Estudo preliminar — pág. 48.

(59) Art. 71 e seguintes.

- (60) Constituição de 15 de maio de 1928.
- (61) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 219.
- (62) FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — pág. 147.
- (63) Do mesmo modo, «o caráter jurídico da concessão parte de, no primeiro plano, ser legítimo o direito do concessionário como emanção autêntica do direito do Estado» (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo* — pág. 18).
- (64) RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO — *Los contratos Administrativos* — pág. 256.
- (65) Os elementos jurídicos de existência dos serviços públicos devem ser procurados em cada país, em cada meio jurídico. No Brasil, as funções supletivas, anexas do Estado, aquelas que não se traduzem em justiça, guerra ou defesa armada ou policial, têm sido realizadas pelo Estado diretamente, ou se traduzem na forma jurídica das concessões de serviço público» (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 35).
- (66) Ver «*Droit Constitutionnel*».
- (67) Em qualquer das obras do clássico escritor alemão encontramos escoro para a nossa afirmação.
- (68) Ver *Droit Administratif Allemand e Instituciones de Derecho Administrativo*.
- (69) GASTON JÈZE — *Droit Administratif* — tomo I — pág. 18.
- (70) Ver TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 36.
- (71) Ver GASTON JÈZE, no *Contrats Administratifs*.
- (72) Ver TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 83.
- (73) Ver PRESUTTI — *Instituzione di Diritto Amministrativo Italiano ou Principii Fondamentali di Scienza dell'Amministrazione*.
- (74) Ver GEORGES GURVITCH — traduzindo o pensamento de LEIBNITZ — *L'Idée du Droit Social* — pág. 19.
- (75) Ver *Les Contrats Administratifs*.
- (76) Ver THEMISTOCLES CAVALCANTI — interpretando na matéria a teoria contratualista de JÈZE (*ob. cit.* — págs. 180-181). Ver também os nossos trabalhos já citados, nos capítulos referentes à teoria de JÈZE (*Concessão de Serviços* — pág. 25 — *Contratos Administrativos* — págs. 34 e seguintes).
- (77) TITO PRATES DA FONSECA (*Ob. cit.* — págs. 24 e seguintes), à margem da obra *Les Principes Generaux du Droit Administratif*, estuda com penetração o pensamento do publicista francês.
- (79) TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 24.
- (80) Ver *Les Principes Generaux du Droit Administratif* ou *Les Contrats Administratifs*.
- (81) GEORGES GURVITCH — *L'Idée du Droit Social* — pág. 197.
- (82) Ver *Précis du Droit Administratif*.

- (83) FERNANDEZ DE VELASCO — *ob. cit.* — pág. 175.
- (84) VELASCO aconselha, especialmente, os *Principes de Droit Public*, de HAURIUO, onde a célebre teoria sobre a Instituição vem interessantemente explicada.
- (85) Ver SANTI ROMANO — na sua obra «*L'Ordinamento Giuridico*».
- (86) Ver *Précis du Droit Administratif*.
- (87) HAURIUO — *Précis* — pág. 65.
- (88) Esse trecho de HAURIUO está transcrito por TITO PRATES em sua *Autarquias Administrativas* — pág. 27.
- (89) «A história mostra — escreveu o professor JÈZE na *Revue Politique et Parlementaire* (1919 — pág. 264) — que toda classe social, quando chega a ser possuidora do poder público, se apressa a utilizá-lo para favorecer os seus interesses especiais. E o que faz, sem dúvida, de boa fé, chamando o seu interesse de interesse geral da comunidade» (*apud* HAROLD J. LASKI — *ob. cit.* — pág. 370).
- (90) GEORGE RENARD — *La Theorie de L'Institution — Essai d'ontologie juridique* — 1930 — 1º volume — pág. 555 (*apud* TITO PRATES — *ob. cit.* — pág. 29).
- (91) Ver POSADA no seu *Tratado de Derecho Administrativo*.
- (92) BERNARD GENY — *ob. cit.* — pág. 50.
- (93) *Collaboration des Particuliers avec L'Administration*.
- (94) «Os serviços coletivos, diz BERNARD GENY, não são, por essência, administrativos, mas institucionais. Nada impede aos particulares agrupados em instituições de somarem os seus esforços aos do Estado, de coordenar as suas iniciativas à do poder público para colaborar na obra comum» (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 143).
- (95) FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo* — pág. 275.
- (96) FLEINER — *ob. cit.* — pág. 275.
- (97) Ver *Droit Administratif Allemand*.
- (98) FLEINER — *Instituciones* — pág. 278.
- (99) As legislações estudadas pelo professor berlinense assim dizem.
- (100) «A concessão é um ato administrativo que origina direitos. O concedente outorga ao concessionário um direito público subjetivo para estabelecer e explorar uma determinada empresa» (FLEINER — *Instituciones* — pág. 279).
- (101) RICARDO FERNANDEZ DE VELASCO — *Los Contratos Administrativos* — pág. 336.
- (102) Ver SANTAMARIA DE PAREDES — *Derecho Administrativo*.
- (103) VELASCO — *ob. cit.* — pág. 337.
- (104) VELASCO — *ob. cit.* — pág. 337.
- (105) Ver ALCALÁ ZAMORA — *La Concession como Contrato y como Derecho Real*.
- (106) Ver CABALERO — *Lo Contencioso Administrativo*.

- (107) Ver POSADA — *Derecho Administrativo*.
- (108) VELASCO — *ob. cit.* — pág. 337.
- (109) VELASCO — *ob. cit.* — pág. 338.
- (110) J. MEDINA ECHAVARRIA — *La Situacion Presente de la Filosofia Juridica* — pág. 98.
- (111) Aconselhamos a leitura das obras do eminente professor francês.
- (112) ECHAVARRIA — *Ob. cit.* — pág. 29.
- (113) TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — págs. 21-22.
- (114) Ver *Les Transformations du Droit Public*.
- (115) DUGUIT nunca procurou apegar-se a um só conceito. Adota definições variadas. Uma para cada caso, o que torna bastante dispensável uma análise minuciosa do seu pensamento.
- (116) ECHAVARRIA — *ob. cit.* — pág. 99.
- (117) *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*.
- (118) *Direito Administrativo Brasileiro*.
- (119) VIVEIROS DE CASTRO — *ob. cit.* — pág. 197.
- (120) ALCIDES CRUZ — *ob. cit.* — pág. 232.
- (121) A preocupação de todo jurista de há um quarto de século estava na elevação de obras, ou por empreitada ou por concessão, que terminava logo após a sua feitura. O elemento social de utilidade, a conveniência pública, o bem comum, não eram levados em conta. Foi AARÃO REIS, entre nós, quem iniciou estudos mais subjetivos.
- (122) Ver ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS — *Direito Administrativo Brasileiro*.
- (123) *Ensaio sobre o Direito Administrativo*.
- (124) *Autarquias Administrativas*.
- (125) *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*.
- (126) Ver *Natureza Jurídica da Concessão de Serviços Públicos e Conceito do Direito Administrativo*.
- (127) O fenômeno tem chamado a atenção de juristas de renome como JORGE AMERICANO (Conferência sobre o *Instituto das Autarquias* pronunciada no Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo); CARDOSO DE MELLO NETO (*Preleções de Direito Administrativo*); e dos publicistas EURICO SODRÉ (*Autarquias Administrativas* — conferência do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo); ANTÃO DE MORAIS (*A Natureza das Concessões Administrativas* — Revista dos Tribunais — vol. 24); MAGALHÃES COLLAÇO (*Concessões de Serviço Público*); etc. etc. É bom ainda notar o brilhante parecer de WALDEMAR FERREIRA sobre as Caixas Econômicas como sendo Autarquias, na Câmara dos Deputados, e o trabalho de ODILON C. ANDRADE sobre *Serviços públicos e de utilidade pública*.
- (128) PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição* — págs. 83 e seguintes.
-

(129) A nossa intenção aqui não é outra que citar de passagem. A nossa finalidade não comporta exame mais detalhado. Ultimamente, podemos apontar também o aparecimento dos dois volumes do *Direito Administrativo* do professor JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, e o *Direito Administrativo* de TITO PRATES, já estudados, e o de T. GUIMARÃES MENEGALE: *Direito Administrativo e ciência da Administração* — tomo I.

(130) «A concepção de serviço público prende-se à descentralização. O crescer da extensão do conceito traz, como consequência prática, a disseminação das competências. Veio primeiramente a descentralização territorial. Depois, outra evolução menos característica: a descentralização por serviços, que BERNARD GENY conceitua como «outorga de uma certa autonomia jurídica, não a uma circunscrição territorial determinada, mas a um serviço especial, em cujo interior os agentes gozam de certos poderes de decisão própria. «Alargando-se ainda o movimento, veio a concessão da personalidade jurídica aos estabelecimentos e, depois, a outorga de poderes de decisão, sempre mais importantes, aos agentes superiores do serviço (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — págs. 34-35).

(131) Isso, no direito francês. Em parte, no belga e polonês.

(132) Ver *Droit Administratif*.

(133) *Curso de Derecho Administrativo* (apud TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 38).

(134) «Entre nós, dado o caráter de todo excepcional com que se apresentam as autarquias, que se vem introduzindo de há pouco em nosso direito, penso que essas entidades só aparecem quando lhes é expressamente concedida personalidade jurídica por uma lei» (TITO PRATES DA FONSECA — *ob. cit.* — pág. 39).

(135) Ensaio sobre o Direito Administrativo.

(136) «Para a execução dos serviços públicos têm sido preconizados diversos sistemas administrativos, fundados principalmente em um regime de divisão do trabalho, subordinado à estrutura política de cada país e ao princípio da hierarquia. A discussão em torno das vantagens e inconvenientes de descentralização e da centralização administrativas é das mais antigas, principalmente no que concerne às vantagens políticas dos dois sistemas» (THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 28).

(137) Ver a *Província* (Nova Edição).

(138) «O regime federativo é, por definição, um regime de descentralização» (THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 29).

(139) THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 29.

(140) «O Ato Adicional não satisfaz inteiramente a ninguém, porque não consubstanciava nem as idéias dos que pugnavam pela descentralização nem as daqueles que combatiam em sentido contrário. Constituiu uma transação de aspirações opostas» (ARAÚJO CASTRO — *A Nova Constituição Brasileira* — pág. 16).

(141) «Nota com muita propriedade LLORENZ, ao estudar a questão da autonomia, que o termo *autarquia* não se contrapõe ao princípio da hierarquia, havendo entre ambos contradição apenas aparente» (EDUARDO LLORENZ — *La Autonomia en la Integracion Política* — pág. 71 — apud THEMISTOCLES CAVALCANTI — *ob. cit.* — pág. 30).

DA CAPACIDADE JURÍDICA DO ESTADO E
DO FENÓMENO *AUTARQUIA*

«Dizer pessoa jurídica é dizer capacidade de direito. A autarquia, escrevi, é uma forma específica da capacidade de direito público, capacidade de reger por si os próprios interesses, embora estes também respeitem ao Estado.»

TITO PRATES DA FONSECA

A história dos nossos dias exprime em traços rápidos e incisivos uma espécie característica de desindividualização.

Caminha o homem moderno no sentido de crescente integração nos círculos da atividade humana.

O Estado, alargando sensivelmente a ação dos seus próprios elementos intrínsecos de vitalidade, cria para si em meio ao conflito do século, afastando as idéias julgadas incompatíveis com a realidade incontrastável do momento, uma situação diretora privilegiada, abolindo a formalística intransigente e suprimindo as velhas formas de encarar os grandes problemas da existência do homem.

A necessidade forçou novas atitudes relacionais, ordenando sistematicamente mutações contínuas do espírito político.

As organizações coletivas, em virtude de cada vez maior descentralização política e territorial, autêntica descentralização institucional, se vêem obrigadas a recorrer a outros processos de direito, isso para que se permita ao Estado realizar os seus fins, por fórmulas jurídicas definidas e impessoais.

As teorias jurídicas, sofrendo a influência de certas regras sociológicas hoje já tomadas como verdades essenciais, abandonam a antiga base de justiça social, procurando outros fundamentos para uma idéia mais objetiva do direito, como vontade de fixamento do espírito capaz de uma democracia atuante e orgânica.

O Estado, em vista desse movimento do individual para o social, tocando de perto as raízes da civilização, que se estruturou à luz da cultura do século passado, estende as suas funções tentando com maior atividade chamar a si a responsabilidade do controle social, mesmo de serviços públicos especializados. Aumenta o possível de capacidade jurídica. A sua ingerência na

vida privada, procurando orientar o indivíduo, traçar linhas decisivas de conduta, com o aparecimento de pessoas jurídicas autônomas, revela em começo a tendência política da época, que é ver a ascendência de um puro direito público, dominado pela necessidade que tem o Estado de afirmar fins que lhe são indispensáveis, ou então cumprir os seus objetivos elementares de coordenação e orientação. O que quer dizer que os dois elementos estáveis do direito, o público e o privado, se interpenetram, com pequena predominância do elemento público sobre o privado, com uma predominância exclusiva de fim, em relação ao interesse geral, ao bem comum individual.

O direito, como fenômeno social, não prescinde da atividade isolada do homem. O erro do Estado individualista liberal da revolução francesa foi acreditar no indivíduo como objeto e sujeito de direito ao mesmo tempo.

A preocupação racionalista de um máximo de expansão e aproveitamento individual, o que fez foi afastar o Estado de sua órbita existencial, descuidando daquela pluralidade de vontades que se harmonizam entre si, com prejuízo de completo ordenamento jurídico capaz de manter esse mesmo Estado e focalizar mesmo a sua fisionomia política.

II

Há como que, nesse aspecto do Estado em ampliar o seu campo normal de ação, valorização intensiva da vida, limitando as aspirações e os anseios do homem moderno, limite esse de conveniência social, está claro.

O indivíduo reage violentamente contra o meio e, numa constante revolta de idéias contra fatos, busca na proletarização política das massas a força de permanência vital que lhe escasseia na vida privada.

Qualquer gênero de coletivismo, mesmo o mais feroz, violento ou bárbaro, satisfaz ao homem nesses momentos supremos de fadiga. Necessita de apoio, de escora para as suas ambições, de uma ajuda que o eleve às complexidades de uma civilização sur-

gida do choque com as passadas concepções filosóficas, contra os princípios tradicionais de uma economia liberalista.

O homem do nosso tempo não está à altura das riquezas materiais que ele próprio inventou num esforço considerável de superação humana.

O advento das massas à supremacia do mundo, ao pleno poderio consciente das atividades universais, iniciando assim a sublevação contra um destino marcado em letras de fogo, traça a colossal fisionomia do homem inquieto ante a angústia dos seus semelhantes, em posição máxima de rígida rebeldia. E o mais significativo é a formação crescente de agrupamentos coletivos, o desenvolvimento das associações profissionais com estrutura jurídica definida e natureza jurídica própria à defesa dos seus interesses.

Está em jogo o problema da soberania das nacionalidades, dentro da autoridade do Estado.

PAUL SCHOLTEN, em trabalho erudito sobre *L'Autorité de l'Etat*, salienta que, antes da Grande Guerra, os juristas e publicistas acreditavam mais em *Le Droit, La Volonté du Législateur* que, no *L'Etat Souverain*, matéria exclusiva da teoria do direito, das concepções jurídicas de todas as idades (1).

Não podemos nos deter, é verdade, nas fórmulas até ontem consideradas definitivas, que a ciência antiga nos oferece. A inteligência política desperta sob a ação dos impulsos audaciosos. Na evolução gradativa do pensamento humano, os fenômenos se sucedem numa constância positiva, ameaçando às vezes a sorte da cultura.

É a necessidade elevando sistematicamente, como já vimos, sucessivas formas de fixação dos problemas que afetam a vida de uma civilização. A evolução da idéia de Estado vem acompanhando *pari passu* as transformações do espírito jurídico, em dada fase autônoma da história da humanidade.

HAROLD J. LASKI, em trabalho intitulado *Le Toutnant de la Démocratie* (2), bem como em seu notável ensaio *The State in Theory and Practice* (3), faz notar, tal como Scholten, que o

problema da democracia representativa, no tocante à autoridade do Estado, modificou-se totalmente após o advento da Guerra Européia.

A humanidade saiu de um impasse verdadeiramente catastrófico, para encontrar diante de si outra humanidade, insuficiente de energias despertadas para carregar com os compromissos assumidos, no término da hecatombe memorável.

O prestígio da democracia no século dezenove, e logicamente o prestígio do Estado, foi resultante da abolição dos privilégios da nobreza dominante. No presente, a autoridade do Estado, bem como o prestígio da democracia, depende da abolição dos mesmos privilégios ontem pertencentes à aristocracia e hoje à burguesia, classe essa que sucedeu à primeira nas vantagens de dispor ao seu prazer da coisa pública.

No *Les Problemes de la Democratie*, MASARIK (4) aponta os diferentes tons de uma democracia afeita às tendências do tempo, e conclui que o problema político atual está sem dúvida na luta pela imposição de uma nova autoridade.

O mesmo escreve LOUIS LE FUR, em *La Democratie et la Crise de L'Etat*, mostrando que, em sua estrutura atual, o fenómeno democracia aparece como noção moderna, de afirmação autoritária (5).

É falso, portanto, hoje em dia, o conceito de Nitti, Luan ou Kelsen (6), fazendo repousar a persistência do fenómeno democrático sobre a liberdade. É um erro do individualismo liberal, como ensina Le Fur, em que o individuo vive para si só, tendo a liberdade como bem supremo. A liberdade não é fim, é meio de atingir um ideal universal de grandeza e perfeição.

O Estado, em última análise, se vê obrigado a intervir direta ou indiretamente nas questões sociais suscitadas. E essa intervenção é feita por meio do direito, pelos meios jurídicos convenientes, favorecidos pelo espírito democrático, através das entidades particulares autônomas, de caráter privado especial e determinado, pela própria auto-organização, já realizada anteriormente.

Essas organizações são o que denominamos em linguagem técnica autarquias, onde, por intermédio delas, o Estado efetiva de maneira satisfatória a sua soberania como figura autárquica suprema. Por meio delas chegamos necessariamente ao Estado jurídico.

O Estado, ainda como realizador da ordem jurídica, não se detém absolutamente na tutela do direito. Ao lado de uma ação jurídica, cabe certamente uma ação social. Explica-se pelo desenvolvimento do direito, mas a esfera de sua atividade se determina pelo ângulo das necessidades humanas.

Daqui parte a idéia do Estado político-social-jurídico ao mesmo tempo. Se tem por objeto de lei conservar os direitos naturais do homem, como a liberdade e a propriedade, tem, para assumir sumariamente o objetivo em vista, o seu núcleo ativo de autoridade eficiente, parte móvel em todas as concepções de Estado e que facilita a sua intromissão real no domínio dos negócios públicos ou privados.

O princípio da soberania das nações depende naturalmente da autoridade intransferível do Estado na tutela do bem e do interesse coletivo. Ao mesmo tempo que aparece, o Estado, como força imanente do direito, sofre no desenrolar de sua vida a influência muitas vezes decisiva de uma pluralidade constante de vontades enérgicas, que o tornam uma palpitante realidade positiva, mesmo nas suas origens.

GEORG FISCHBACH corrobora a nossa opinião (7) de que «o cidadão dentro do Estado tem duas personalidades; como parte da sociedade é elemento integrante do povo e, também, objeto do poder público». Donde se conclui que, considerado o povo como medida finalista do poder público, os indivíduos só têm obrigação dentro do Estado. Daqui parte a noção de direitos subjetivos, no entender de OTTO MAYER (8), daqueles direitos que o indivíduo conquista do Estado, que limitam em certo sentido o poder público e compõem, por assim dizer, fragmentos políticos de gestão independente a favor dos cidadãos. É o Estado conferindo ao indivíduo a capacidade de reter consigo pedaços de soberania

coletiva e dando origem ao que mais adiante definimos por *autarquia*.

Existem direitos determinados que mais interessam a *particulares* em espécie que ao Estado que os exercita e os *faculta*. Daí a vantagem de cada nação, orientada logicamente no *espírito* de boa divisão do trabalho, facilitar às entidades particulares a competência de gerirem os próprios negócios.

O trabalho da administração está no ceder aos indivíduos privilégios de a exercerem, no que tocar de perto o interesse que lhes é próprio. Visa a preencher o exercício de um serviço público, caracterizando o fenômeno já conhecido da descentralização por serviço.

Essas entidades particulares nascem da concessão da personalidade jurídica por parte do poder público, consubstanciando como que uma delegação do poder público, isto é, do Estado, expressão vital da sociedade que as afirma.

A autonomia está nos princípios da concessão e no reconhecimento por parte das autoridades competentes. Evidencia, por meio da delegação existente, a vontade do Estado em executar os serviços em questão. Não livra, porém, a necessidade da intervenção do mesmo Estado, que pode, na forma dos interesse totais, modificar até a organização intrínseca dessas pessoas jurídicas, dando-lhes novo feitio que mais convenha à vontade da administração pública geral.

É de grande precisão para o caso em apreço a definição de SANTI ROMANO ⁽⁹⁾, traduzindo o espírito dessas entidades e a posição real do Estado que as dirige: «uma forma específica da capacidade de direito público, capacidade de dirigir os seus próprios interesses, não obstante a intervenção do Estado».

IV

Pelo exposto, o que se deduz é que a capacidade do Estado aumenta na razão direta das suas relações de ordem jurídica. «Na maioria das vezes, a relação jurídica se apresenta complicada

de tal maneira que de ambas as partes se encontram obrigações e direitos correlativos», é o que escreve THEODOR STERNBERG (10).

A fixação exata de todo direito subjetivo, ensina Sternberg, exige imperiosamente que se perceba com clareza a obrigação correlativa. Toda obrigação impõe conforme sua finalidade. Fora de um sentido finalista que se explica como norma jurídica obrigatória e coativante, não encontra um motivo sério sequer de permanência social.

No entender de SAVIGNY, nada mais orgânico que a relação jurídica entre partes. A sociologia atual, experimentando a consciência de uma situação, tende a estudar e a prestar conta dos movimentos exteriores espontaneamente surgidos, forçando em reconhecer os germens da transformação da estrutura social imperante (11). Isso, estabelecendo relativa possibilidade de o Estado afirmar a absorção e a dominação das forças em pugna dentro do seu âmbito nacional (12).

A possibilidade, como escreve ECHAVARRIA, de eliminar lentamente a luta violenta de classes opostas mediante a cooperação de todos os elementos intermediários realmente existentes, de modo que se constitua a sociedade como elemento ponderado dos mais distintos grupos sociais, é o que pleiteamos. «O problema está, pois, na articulação social dos grupos autônomos e na manutenção da autoridade do Estado, como reação a uma estrutura social pluralista» (13).

O Estado alarga a sua tendência expansionista natural, desvendando perspectivas novas dentro da órbita do direito, do direito em si, como um sistema orgânico de ordenação categórica positiva, e nunca residual.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) PAUL SCHOLTEN — *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique* — III-IV — pág. 141.

(2) Publicado nos *Archives de Philosophie du Droit* — III-IV — página 156.

(3) Edição espanhola de 1936 da Editorial Revista de Derecho Privado.

- (4) Edição de 1924 — pág. 58.
- (5) Nos *Archives* — III-IV — pág. 7.
- (6) Ver FRANCESCO NITTI (*Democracia*); LAUN (*Democracia*).
- (7) GEORG FISCHBACH — *Derecho Político General Y Constitucional Comparado* — pág. 309.
- (8) Ver OTTO MAYER — *Droit Administratif*.
- (9) SANTI ROMANO — *Corso di Diritto Amministrativo* — pág. 86.
- (10) THEODOR STERNBERG — *Introducción a la Ciencia del Derecho* — pág. 261.
- (11) J. MEDINA ECHAVARRIA — *La Situación Presente de la Filosofía Jurídica* — pág. 166.
- (12) J. MEDINA ECHAVARRIA — *ob. cit.* — pág. 68.
- (13) J. MEDINA ECHAVARRIA — *ob. cit.* — pág. 169.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NOS PRESSUPOSTOS DE POSITIVIDADE JURÍDICA

«O proceder nas ações administrativas não constitui simplesmente uma aplicação dos princípios do procedimento civil. Ele vem dominado por regras que lhe são próprias e que garantem a equidade nas decisões.»

H. BERTHÉLEMY

O que é preciso focar, no estudo do processo administrativo, na análise da doutrina e das práticas administrativas, são aqueles pressupostos relacionais de finalidade, indispensáveis à figuração do fenômeno no mundo do direito. Não é porque seja *público* que o direito não tenha diante dos fins a atingir elementos consolidados ou mesmo materializados.

Embora o primeiro ponto a determinar se circunscreva à natureza do procedimento-processual, não há como negar que no processo administrativo haja, exprimindo tangível verdade na relação jurídica, «atos, fatos e operações que se agrupam segundo certa ordem para atingir um fim» (1).

Todavia, reparos se façam à doutrina tradicional. Não cabe mais a exaustiva distinção histórica entre *processo* como ele é na realidade jurídica e *procedimento* como um aspecto apenas do fenômeno processual (2). Já que o *processo* constitui uma forma especial de lide, o *procedimento* integra-se nele nas diferentes fases preparatórias, de instrução e de julgamento.

Considerando o *procedimento*, no dizer de ALBERTO XAVIER «um particular aspecto do fenômeno processual», ou do *processo* na sua concepção de gênero na espécie, o procedimento ou os procedimentos estão dentro do processo, ou seja, marcando na unidade do processo a sucessão de atos peculiares, formalidades e trâmites.

II

Importa, para o observador sensível à realidade, buscar nos fenômenos diferenciados uma noção ampla de processo. Onde a finalidade diga com a natureza processual. Na qual os *fins* jurídicos justifiquem os *meios* e as formas várias de procedimento.

De certa maneira, processo é *unidade*, é conceito de *formação* em procura da verdade nos conflitos. Judicial, ou administrativo, tem em SANDULLI, quanto aos efeitos, aquele que na doutrina com realismo entendeu os chamados *atos interligados* e a evidência de uma *unidade composta* (4).

O que interessa, sem dúvida, é a natureza do feito processual. Um conceito que, na expressão fática apropriada, venha corresponder a fins definidos e qualificados. E a vontades que se conjugam na busca de meios que ofereçam soluções jurídicas possíveis.

A idéia assim de processo, na lição em tese de AGUSTIN A. GORDILLO, deve ser concebida em sentido objetivo e amplo, «*como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado*» (5).

O problema, como se vê, no aberto entendimento doutrinário, é tão sómente de *conceito de unidade*, de atos-formalidades que se integram a um mesmo fim de interesse público-legal. Não aparece, portanto, como um conceito restrito, mas sim como um conceito geral e regrado sujeito a princípios básicos e finalísticos.

III

A inteligência da posição que aprecia o fenômeno *processo* pela tônica unitária ou da unidade é a mesma que domina o *processo* civil na extensão dos seus meios e fins específicos. Por isso, partindo-se de um sentido amplo, não persistem motivos para razões ou equívocos de orientação fundamental.

Não se trata, por certo, de ampliar a noção de processo, mas simplesmente de dar ao fenômeno a conceituação que ele merece no quadro das mais puras atividades públicas e jurídicas. Quanto à expressão *procedimento*, não se faz generalizante porque imprecisa na adequação ou imprópria pelo que evidencia nos limites da jurisdição.

Numa operação de lógica jurídica programática, o *procedimento administrativo* resulta de elementos heterogêneos que podem ou não constituir-se no *processo administrativo*. Deriva, ou pode

derivar, de comportamentos isolados, sucessivos ou não, como não acontece com a figura do *processo*, em que há o direito na sua unidade substancial.

Na problemática da relação jurídica, o direito se fazendo relação processual (6), não é possível confundir duas situações que, não sendo antagônicas, não surgem senão distintas nos mínimos aspectos, quer conceituais, quer na exegese. *Procedimento* é uma coisa. *Processo* é bem outra. Embora um, o primeiro, possa se integrar no outro.

Na distinção entre procedimento e processo assentam duas premissas de valor jurídico-administrativo:

a) no *procedimento* as manifestações-atos aparecem unilaterais e não se revestem necessariamente de expressão exterior ou de motivos que não sejam aqueles *no momento* de interesse peculiar ou mesmo exclusivo da Administração;

b) no *processo* há o confronto, o litígio, o antimanifestações-atos, o desentendimento quanto a efeitos, a não concordância e a abertura recursal, colocando em choque discutidos interesses ou direitos que envolvem a Administração.

Na primeira hipótese, a atuação administrativa deve acontecer dentro da normalidade que as leis e os regulamentos prevêem. Na segunda, acusa-se na ordem normativa a violação de uma regra de conduta, de um princípio, de um interesse ou de um direito.

Tanto isso é correto que os procedimentos ou os atos que deles fluem podem não gerar contestação nem provocar contendas. Conquanto, estabelecido o confronto, no processo instruído até final decisão, os trâmites exigem para o esclarecimento da verdade razões e provas que levam a julgamento de justiça.

IV

A questão que se propõe, para a distinção entre fenômenos reais, não reflete simples tomada de posição teórica. Muito pelo contrário, atende realidades que são de todos os instantes na atividade de administração, isto é, do Estado em movimento, a perseguir fins de serviço público.

Como mais adiante se procura explicitar, as normas de jurídico comportamento administrativo, quando ordenadas (7), melhor protegem os regimes político-administrativos, dando-lhes caráter de obrigação nas relações que se estabelecem ou propiciando às partes interessadas participação direta na revisão de atos lesivos ou assim denunciados.

No entender de GORDILLO, partindo-se do geral para o particular, do processo em geral para o processo específico, em razão da projeção da *função estatal*, indispensável se torna considerar:

a) o processo judicial, civil, penal, comercial e contencioso administrativo;

b) o processo legislativo, atos congressuais de poder que têm por objeto editar leis;

c) o processo administrativo, conjunto de atos de administração que trazem por objeto o ato administrativo (8).

Todavia, o esquema acima não se completa, perde o sentido da relação jurídica e o conteúdo, caso não se atendam os regimes contenciosos de justiça-administrativa (9), por onde se descortina um *processo administrativo* na sucessão de inúmeros atos, atos que na figuração constituem *soma* (trâmites) de providências instrumentais.

Muito mais acertada, porque mais integrada na realidade, a posição de BENVENUTI diante da prática, associando os conceitos de ato, função e procedimento, correlacionando o poder e o ato, isto é, a sucessividade de atos que *precisam* o processo e não o *simples* procedimento, separando o *ato preparador* do conceito de processo na sua unidade (10).

Guardadas as devidas reservas doutrinárias, admita-se que é no Direito Público que o fenômeno processual tem a sua real expressão de vida jurídica, não só pelos interesses que protege e regula, mas também pelos direitos que ampara, define e qualifica.

V

Se há um *fato processual* reconhecido por uma teoria processual bastante ampla e muito rica, esse *fato* leva forçosamente a

uma evidente conclusão que se insere na ordem jurídica positiva: a conclusão de que o *processo administrativo* é parte do Direito Processual Civil, embora não sejam os mesmos elementos informadores nem os mesmos os fatores que atuam na relação ou na formação processual.

Obviamente, portanto, já na teoria processual, não subsistem argumentos que pareçam válidos, não distinguindo processo e procedimento, identificando falsamente fenômenos que se bastam a si mesmos, e isso em virtude de contextos marcados por manifesta objetividade.

Na lição de GUSTAVO BACACORZO:

a) «por proceso entendemos la secuencia de actos destinados a lograr una decisión inobjetable de autoridad judicial»;

b) «los elementos que lo condicionan y definen serán entonces la utilización de todos los medios de prueba existentes»;

c) «procedimiento es también la secuencia de actos que se ejecutan progresivamente dentro de la poliforme actividad del Estado, pero que se resuelve mediante acto administrativo»;

d) «el procedimiento es, pues, un discurrir tranquilo, sin los altibajos de la contienda, que opera dentro de una inspiración ejecutiva, y no de composición de litis» (11).

Não é porque haja certa similitude entre processo e procedimento pela seqüência de alguns atos que se possa deixar de avaliar, esquecendo-as, finalidades que são diferentes — e não só as finalidades, mas também as causas motivantes de um conflito de interesses ou de direitos.

Sem embargo, querer hoje em dia — num regime assegurado de garantias, tal como vingou nos sistemas contemporâneos — que só a Administração se veja livre na sua extensa atuação volitiva é admitir simplesmente premissas opostas à conquista políticas inscritas nas Cartas que dão organização aos Estados modernos.

Quando, em matéria de processo, sobretudo do *administrativo*, sujeito a certos princípios constitucionais básicos, se fala de prova preconstituída ou a constituir, em que as normas aplicáveis apare-

cem nas jurisdições (judiciais propriamente e legislativas), estabelecer a unidade passa a condição efetiva de respeito à verdade nas relações entre pessoas, partes e órgãos, na atividade de governo.

VI

Com o avanço progressivo do pensamento doutrinário harmonizado com a vida dos direitos, deixou de ser supérflua a separação de fato, existente e realística, entre os institutos do processo e do procedimento.

Na sua oportunidade, aceitando a idéia de *processo sem litígio*, CARNELUTTI, a seu modo e penetrando especialidade alheia (12), estava a visualizar na costumeira prática administrativa o fenômeno do procedimento.

Transposta a idéia para as relações de Direito Administrativo, surpreende a figura do fenômeno *processo* a preservar em vastas áreas públicas de ação jurídica princípios e garantias destinados à proteção *formal* na ordem constituída, positiva e constitucional.

Toda vez que encontramos referência ao Direito Processual Administrativo e ao seu alcance como ramo que relaciona Administração, agentes e administrados (13), estamos a conhecer situações que envolvem a função-ato manifestamente hostil na jurisdição, isto é, no plano dividido e partilhado da organização constitucional.

O que vale no Direito Civil vale no Direito Administrativo. Embora caiba ao Estado direitos de supremacia, segundo informa BANDEIRA DE MELLO, «num Estado de Direito, esses direitos encontram seus limites nos direitos públicos ou privados dos particulares» (14), porque o Estado-poder jamais deve assumir atividades fora ou acima dos direitos que edita, assegura, tutela e protege.

Aliás, na manifestação da sua capacidade, o Estado só se detém diante de outros poderes, *poderes* que bem valorados decorrem dos comuns instrumentos processuais ou, com melhor pre-

cisão, de dois atos-fatos, como a competência exercitada e o direito-pessoal de procurar pelo processo o controle da legalidade.

VII

Estando no papel-missão-função fundamental do Estado, ou do Estado-político-administrativo, reconhecer um direito, reparar um direito ou proteger um interesse, evidente que pelo simples procedimento pode adequadamente não fazê-lo.

Reside a questão na inexistência da *litís* no procedimento, não sendo exigíveis embora indispensáveis *tipos de provas* que conduzam ao esclarecimento da verdade, diante do conhecimento de um direito ou da proteção de um interesse.

Por isso, a figura do *processo* faz-se importante nos regimes administrativos, fixando numa síntese, num mesmo corpo de normas, competência e jurisdição, atos a serem praticados, termos e prazos, garantia de defesa, provas e documentos, tramitação e fins, recursos e meios viáveis de interposição.

Com respeito às provas, são elas condição de garantia de defesa, principalmente quando a Administração tenha por incertos os fatos denunciados na alegação pelos interessados e a natureza do processo as exija.

Aponta, portanto, a matéria probante, relativamente à exação funcional, uma realidade sensível, inseparável do processo, correspondendo, pelos aspectos formal e substancial, à apreciação ou à possível apreciação do mérito na contenda administrativa.

Tanto devem incidir no processo instruído o princípio da verdade *material* quanto o princípio da verdade *formal* ⁽¹⁵⁾, ambos coadjuvantes nos fatos alegados e contrários que tendem a um ajustamento legal decisório, prevalecendo por força das provas o equilíbrio que obriga a soluções independentes da vontade das partes.

No processo, e só por ele, a intervenção do interessado favorece a impugnação da vontade administrativa. E não somente a impugnação, mas também a revisão da posição assumida anteriormente tendo em conta questões de fato, de ordem e de direito.

VIII

Acontece, no entanto, que o processo, na prática e no entendimento da teoria científica processual, tem na responsabilidade o motivo da proteção jurídico-pública e jurisdicional.

Embora o sentido na tradição possa ser dado pelo Direito Civil, a responsabilidade, quando *administrativa*, decorre, no processo, da atuação estatal pelo exercício de atos denunciados como lesivos de interesses ou direitos (16).

Via de regra, mesmo nos regimes de processo administrativo fundado em normas não codificadas (17), a responsabilidade administrativa por atos ou fatos impõe-se direta e indiretamente sempre que o Estado (Administração) atua fora dos critérios obrigacionais, dando causa a danos que produzam lesões definidas ou por definir no exame da controvérsia.

No seu plano estrito, a responsabilidade administrativa está ligada ao princípio da legalidade administrativa, pois toda a atividade que a Administração desenvolve deve necessariamente encontrar suporte em normas jurídicas pré-estabelecidas (18).

Toda a problemática, sem dúvida, pressupõe-se em face de uma conduta subjetiva, diante porém da norma legal. É problema jurídico, no Direito Administrativo, na extensão em que o Estado, desviando-se das garantias asseguradas aos administrados, assume posição duvidosa por meio de atos que não correspondem à sua atividade permitida.

Na verdade, considerando o princípio da responsabilidade administrativa, em virtude de as regras serem de Direito Público no tocante à matéria probante, o administrado no processo, não obstante seja *parte*, chega ao litígio para colaborar com a Administração, a fim de que não se viole a lei nem se vulnerem direitos reconhecidos.

IX

No conteúdo e nas formas, pela ~~lição~~ *lição* que nos chega de KELSEN, não há qualquer distinção ~~essencial~~ entre a Administração e

o direito, pois todo ato de administração é ao mesmo tempo *jurídico*, na sua expressão *compulsória*. O Estado que não conheça limites no seu poder-de-fins constitui a antítese do direito (19).

Todavia, só pelo processo (direito processual) é possível, no mundo dos direitos, submeter a Administração às suas obrigações legais e de adequado comportamento administrativo. Pelo *processo administrativo* não se quer apenas indicar os trâmites legais e formalidades para a realização de um ato de governo, mas também definir regras que no seu conjunto contenham todos os elementos de interesse substancial.

Com respeito às obrigações legais e ao comportamento da Administração, no processo administrativo (de conhecimento) há a considerar a natureza dos atos processuais, as medidas que levam à admissibilidade ou não do pedido, e sobretudo que no início da instrução fixem os pontos controvertidos *dependentes de provas* (20).

O direito em si, como ele se apresenta na relação, não diz apenas com o Estado para *internamente* disciplinar de maneira formal a atividade dos agentes ou dos órgãos da Administração. No litígio, ou na contenda, atinge *externamente* o administrado e o particular, categorizando o processo administrativo pela razão da necessidade de postular.

Formado o processo, as partes se compõem explicitando direitos, obrigações e responsabilidades. Ficando porém as *partes-participantes*, pelo seu legítimo interesse na lide, vinculadas ao dever de atender aos requisitos formais e oferecer provas do direito atingindo ou lesionando.

X

Os meios de prova, como recomenda TENTOLINI, são todos aqueles admissíveis no processo civil (21), ainda que, pelo menos por enquanto, como no exemplo do Brasil, a relação administrativa nos conflitos não esteja formalmente ordenada mediante regras positivas de valor jurídico demonstrativo (22).

Contudo, não resta a menor dúvida de que o processo administrativo, *in genere*, é processo essencialmente jurídico, pelo conjunto sistemático de princípios que tende a agasalhar. Tais princípios, por certo, atendida a relação existente, decorrem da atuação administrativa e do que compete ao Estado respeitar na prática de atos de administração pública.

Por sua própria natureza e forma, o processo administrativo é categoria especial do gênero processo, alcançando autonomia diante do Direito Processual, aparecendo como típico e inconfundível, porque marcado por ritos e fins que o singularizam.

Não surge propriamente como um problema de função, mas de exação legal no exercício da função administrativa. Quando falha exação legal, abrem-se as perspectivas de conflito afetando a posição da Administração e afetando também os direitos dos administrados e particulares.

Evidente que não são as leis que provocam a responsabilidade administrativa estatal. A responsabilidade reside na má aplicação delas, no uso inadequado delas, no ato administrativo vicioso produzindo efeitos dos quais decorrem as situações lesivas.

Dai a importância do processo administrativo como categoria autônoma, ressaltando-se que, pelo exercício do poder público, o Estado, como pessoa jurídica (Administração), não carrega consigo as graças da infalibilidade na aplicação das próprias leis, sejam de funcionamento na organização interna ou de execução de serviços públicos.

Entretanto, em razão da autonomia, quem fala de processo pensa logo em codificação. Quem lembra codificação traz em mente a necessidade de uma mecânica processual, indispensável ao exercício e à defesa plena dos direitos (23). Textos que, harmonizados no contexto, ofereçam na controvérsia reais elementos demonstrativos probantes.

De resto, compreenda-se que grande número dos princípios informadores do Direito Administrativo «são perfeitamente codificáveis, como o são os de quaisquer outros ramos do direito» (24). Compete no entanto ao legislador, ao dar sistema às normas perti-

centes, reunir em conceitual unidade orgânica regras de conteúdo tão somente jurídico.

A justa tendência à codificação corresponde à natureza peculiar do processo administrativo, reduzindo o arbítrio na ação pública-governamental e oferecendo às partes no contencioso condições de igual sujeição ao direito discutido ou contestado.

XI

Apreciando a verdade na problemática da organização administrativa, J. CRETELLA JÚNIOR, com bastante penetração temática, apelando para o pensamento comparado, trouxe valiosa contribuição, hoje de importância inestimável à pesquisa, em torno da codificação processual administrativa (25).

A indagação sobre se pode ou não ser codificado o Direito Administrativo (???) não mais pertence ao domínio da especulação doutrinária, e isso por causa de inúmeras experiências em áreas que se integram nesse ramo do Direito, regrido atividades onde as normas das disposições estabelecem efetiva relação de administração.

Nesse campo, embora as conquistas não tivessem alcançado definitiva consagração, os resultados obtidos levam a crer que os objetivos procurados se marcam de positividade, tal como nos Estados Unidos (26) e sobretudo na Itália (27).

Na posição adotada por THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI apontam-se argumentos ponderados e ponderáveis, a considerar:

a) «a finalidade do processo é o esclarecimento da verdade, tem ele por fim regular e disciplinar o funcionamento do mecanismo administrativo, para a boa e segura aplicação das leis»;

b) «ao poder regularmente cabe provar a maneira de executar a lei, de atender aos casos particulares, às peculiaridades das diferentes organizações administrativas» (28).

Também semelhante é a posição de HELY LOPES MEIRELLES, na inteligente determinação das características processuais, quando enumera argumentos realísticos, a observar:

a) «processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo»;

b) «o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia»;

c) «o processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, o da legitimidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa» (29).

Dentro desse escopo, aliás assentado não apenas em premissas teóricas, mas em pressupostos que promanam da realidade-relação-jurídico-administrativa, o Estado se torna orgânico e menos conceitual, a Administração se apresenta ordenada e menos discricionária nos objetivos.

XII

Os anunciados princípios, principalmente os da verdade material e da garantia de defesa, têm suporte na prova e nos meios de provar, em tudo quanto formalmente possa manter a legalidade posta em dúvida e a oficialidade responsável por trâmites e decisões.

Segundo GORDILLO, a questão, como se apresenta na doutrina, impõe o princípio da oficialidade como conseqüência do princípio da legalidade (30), num posicionamento em que as partes conflitantes procuram a certeza jurídica e a segurança na continuidade do processo.

Ponto de importância é aquele lembrado por GARRIDO FALLA, de respeito pelos atos de defesa (31), os quais resultam necessariamente da possibilidade probante e dos meios postos à disposição do administrado para efeito de impugnação, resposta ou contestação.

Já que não é absoluto o princípio das instâncias (32), ocorrendo situações que levem a decisões civis ou penais, além da administrativa, a matéria de prova, como as circunstâncias que atuam na relação processual, fica pertinente à natureza do processo (33).

Não considerando a noção-fato-processo inerente à função jurisdicional (34), o conjunto de regras que interessa ao Direito Administrativo, submetendo a Administração e o administrado, são regras que se obrigam a partir do ato acusado de lesivo.

Portanto, o ato administrativo, como expressão e figura jurídica, diante de direitos lesados, é que se pretende atingir. Quanto ao processo, nos seus trâmites, atuações e formalidades ordenadas, é o instrumento único capaz de dar garantias às partes até decisão final.

Precisamente a variedade das matérias a regular, sobretudo a diversidade dos princípios a ordenar, justifica a presença de um Código Administrativo (35). O problema é de resguardo da Administração e de proteção do administrado. De direitos em litígio, mas de direitos tutelados pelo Estado.

XIII

A formação originária, bem como a organização dos poderes, é questão que não mais se discute nas Constituições dos Estados contemporâneos e modernos. Cada poder, via de regra, tem a sua própria organização. Atua em razão de potestades implícitas diante da existência de funções decisórias.

Por esse motivo, na feliz intervenção de ANIBITARTE, a organização estatal não é senão «derecho administrativo público» (36), muito embora se procure restringir o conceito para apenas atender poderes, órgãos e agentes nas suas distintas relações. Mas a realidade está, sem dúvida, no administrado e nos seus direitos protegidos.

Em que pese às possíveis dificuldades conceituais que não raras vezes desorientam a doutrina, a organização *constitucional* e a organização *administrativa* se identificam harmoniosamente, exigindo, tanto uma quanto outra, disposições básicas e fundamentais regradas ou sistematizadas.

Convém não esquecer, porque altamente conclusiva, principalmente após a evolução estatal e a ampliação dos instrumentais administrativos de gestão governamental, a velha lição de ADOLFO

POSADA (³⁷), que há muito sensibilizou o pensamento doutrinário, dando-lhe autêntico cunho de verdade jurídica nas relações administrativas.

Nem também a colocação dada por VELASCO CALVO (³⁸), sensível e prática, objetiva e desafiante, quando pondera que nada parece demonstrar a impossibilidade de que o Direito Administrativo se veja codificado onde as vantagens superam as desvantagens, já que as suas instituições se agigantaram diante das de Direito Privado.

O Estado-administrativo de hoje, conseqüente da organização político-constitucional e por si mesmo *organização-própria*, técnico nos seus instrumentos operacionais, materializado nos seus modos de gestão de serviços, está a reclamar disciplinação da maneira de ser da sua permitida atividade, racionalizando o processo e as já existentes medidas recursais.

E isso se espera que aconteça em sua unidade corpórea, estabelecendo regime processual que reflita a extensão e os limites de uma jurisdição contenciosa-administrativa, ou seja, construindo sistema de ordenamento jurídico capaz de acolher conflitos e litígios, pretensões que numa ação oficial ou voluntária igualem as partes demandante e demandada.

XIV

O que se pretende não é mais que tomar conhecimento, *pela ação própria*, de uma situação jurídica individualizada, em que o interesse venha legitimado no momento em que se formula a pretensão, *interesse* que vise ao restabelecimento de um direito ou à impugnação direta de disposições gerais.

Ao que se sabe, todo ato administrativo, tenha ou não caráter normativo, é suscetível de ser impugnado (³⁹). As condições no processo que motivam a ação apenas recomendam que o ato seja definitivo e que se hajam esgotado as vias recursais hierárquicas.

A hipótese de que a Administração revise de ofício seus próprios atos é admissível, muito embora bastante reduzida. De

acordo com a sistemática tradicional, a iniciação processual deve caber ao sujeito legítimo para impugnar o ato. Nesse ponto, a regra pertence à teoria geral do processo.

Ganha importância a prova sobretudo quando a obrigação de indenizar surge no processo como resultante de uma atividade lícita ou ilícita, *atividade-ato* que exige na demanda apreciação de fato e de direito, a fim de que o alegado assumira virtual certeza jurídica.

Desde que, em virtude das provas oferecidas, se imponha uma relação de causa e efeito quanto à lesão que se denuncia, a Administração passa a responder pela sua conduta anterior, e isso em termos de responsabilidade avaliada e nunca simplesmente presumida.

Torna-se dessarte passível, na demanda processual, de ver o seu ato impugnado, atacado como lesivo. Como a reparação que resulta do direito de reclamar é quase sempre de valor econômico, na prova oferecida tem o elemento de conteúdo substancial, o elemento-medida dos prejuízos que o ato impôs ao demandante.

XV

Observada a atividade administrativa, a Administração na sua dinâmica de movimento, verificamos que *tudo é processo* na amplitude dos propósitos públicos governamentais. Aliás, numa análise de profundidade, A. MERKL, com precisão que o fenômeno processual merece, ponderou inclusive que os atos administrativos são resultantes de processo administrativo (40).

Todavia, as generalizações, quando não integradas num sistema de síntese, agravam as situações jurídicas. Não correspondem ao interesse público nem ao menos conseguem preordenar os elementos indispensáveis à fixação de normas-regras de desenvolvimento processual.

Entretanto, não é apenas o ato administrativo que aqui se discute. Também os seus efeitos e as situações por ele criadas. Dois importantes e velhos estudos, um de GASTON JÈZE e outro de LÉON DUGUIT, já aconselhavam à doutrina não se perder por

caminhos obscuros, abandonando os elementos voluntários essenciais e os aspectos de tipicidade legal (41).

Compreende-se, pois, que, na codificação do processo administrativo, as operações apareçam na amplitude da relação administrativa providas de rigor exegético, predominando nelas regras declaratórias dispostas para assegurar a defesa do administrado e a posição da Administração na determinação da certeza do direito no litígio.

Por esse motivo, de razão fundamental, a natureza da jurisdição está a exigir sistema processual de estrutura assemelhada, mas não igual à das jurisdições comuns. No regime do processo administrativo, sem dúvida, os administrados, como sujeitos de relações jurídico-administrativas, passam a titulares de direitos na ação e pela ação.

Isso, embora tais direitos — ao início discutíveis, não amparados pela certeza jurídica, uma pretensão apenas contra a Administração — procurem buscar no contraditório elementos probantes de convicção legal, de certo modo impossíveis antes de terminado o processo.

XVI

Há que haver, portanto, no processo administrativo, uma série de trâmites ligados, na unidade substancial, a uma sucessão lógica e legalmente necessária, com os atos isolados produzindo efeitos parciais até o ato final de decisão.

Tal se impõe, além disso, atendendo à realidade da relação jurídica, para bem definir, na espécie e diante do ato anterior chamado *lesivo*, o fato que na sua qualidade gerou responsabilidade, ou então que, em face de circunstâncias esclarecidas, imponha outros efeitos jurídicos.

Não aceitamos, pelo irrealismo jurídico, aquelas teorias que tentam explicar o processo como um único ato jurídico, porque em parte a verdade está com SANDULLI quando admite o processo como um fenômeno dinâmico de caráter formal (42). Tal fenô-

meno, no entanto, só pode ser concebido mediante uma série de atos conexos.

Na estrutura, por força da sucessão de momentos-atos, reside precisamente o seu conceito unitário. Constitui-se, destarte, por meio de operações que, não obstante separadas, condicionam-se a determinados ritos perfeitamente harmônicos com respeito à finalidade perseguida.

Será uma conquista do Estado de Direito, em favor das garantias constitucionais asseguradas, aceitar o processo administrativo como um conjunto de formalidades que se integram obedecendo a determinada ordem de trâmites (momentos-atos), *ordem* orientada conforme a natureza dos fins especificamente declarados.

Tão somente pela codificação, em virtude da variedade dos feitos que fazem litígios, é possível saber quais as formalidades obrigatórias ou não, os atos a praticar que em determinado processo específico são juridicamente relevantes. Não entendido assim o ato final e conclusivo (decisão), ele se desmerece como de real valor jurídico.

Ademais, o que na estrutura dá caráter processual a um ato ou fato é a sua função preparatória da decisão final. Pelos elementos preordenados (trâmites), faculta-se às partes liberdade na apresentação de razões, alegações e provas, diligências instrutórias ou outras quaisquer medidas necessárias ao esclarecimento da verdade.

XVII

No tocante ao processo administrativo, devemos considerar uma noção mais ampla do que a geralmente admitida pela doutrina, e isso em consonância com a jurisdição ou com a natureza da verdade legal que se procura na relação contestável ou mesmo já contestada.

Importam, e muito, no enfoque, as premissas levantadas por DUGUIT, com assento na ordem jurídica constitucional:

a) da existência de uma pretensão no sentido de avaliar um ato ou uma situação contrária ao direito;

- b) da presença de uma questão de direito a resolver na jurisdição;
- c) da possibilidade de que a solução que se pretende à questão de direito venha com força de verdade legal;
- d) da possibilidade de que da solução, apreciada a questão de direito, venha o ato capaz de por termo ao litígio, afirmando o direito (43).

Ao Estado, considerando o processo, interessa que o direito seja reconhecido coativamente, declarado no seu conteúdo e no seu aspecto de valor material, de sorte que, antes do contraditório, os modos processuais já assegurem preventivamente garantias para as partes.

Composta a lide, também no processo administrativo, na controvérsia entre litigantes, o que se quer nos resultados constatar, pela tutela do direito subjetivo, é o alcance da lesão ou se ato lesivo aconteceu exigindo reparação.

Conhecendo o complexo de normas fragmentárias, no sábio dizer de BROCCOLI, a sistematização pela codificação não é uma aspiração abstrata nem artificial, mas o caminho histórico pelo qual o direito se desenvolve menos caótico nas suas relações e se articula racionalmente num todo orgânico (44).

A esta altura da evolução jurídico-administrativa, o conhecimento das áreas em que a Administração atua basta para convencer da necessidade de um processo ordenado e codificado, perceptível de fatos e disciplinado nos seus aspectos peculiares, consolidando as leis administrativas e sintetizando as disposições aplicáveis.

XVIII

Todo o instituto da prova, não preexistindo exatas e capituladas ordenanças processuais, desfaz-se até pelo silêncio da Administração, deixando à margem da tutela direitos assegurados e interesses protegidos (45).

Ad argumentandum, não existindo processo administrativo adequado, à falta de decisão-despacho ou demora na apreciação

dos recursos hierárquicos, no indeferimento ou na confirmação de decisão recorrida, apresenta-se desigual a posição das partes e se tornam inseguros os direitos diante de situações administrativas unilateralizadas.

A clareza na solução dos litígios emergentes tem nos sistemas administrativos que amparam os conflitos as mesmas condições que no processo civil conduzem aos fins de certeza jurídica. Embora a função da prova seja a apuração da verdade, não se destina ela aos litigantes, mas ao poder que as aprecia e julga (46).

Para que a Administração não se feche no *silêncio*, no Direito Administrativo a contribuição probante se constitui, por motivo de fatos e circunstâncias, em *fonte informadora* que antecede ao processo e possibilita a apuração das origens da contenda e do que alegam as partes.

No processo administrativo, tipo ou não de processo especial, «todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa» (47). As implicações, sem dúvida, não são outras senão aquelas, marcadas no direito positivo pelas regras pertinentes, sobretudo de liberdade no julgamento (48).

Todavia, em se tratando de processo administrativo, em que uma das partes é a Administração, os meios de prova além dos consagrados se estendem aos motivos do ato, à justificação do interesse público ou às determinantes a apreciar de conveniência e oportunidade.

XIX

De maneira geral, nas diferentes formas codificadas ou não de processo, instrução e defesa aparecem no contexto das demandas como duas obrigatórias formalidades essenciais que se harmonizam e interpenetram perseguindo a verdade jurídico-legal.

Com isso, não se está negando à Administração, ao particular, ao agente administrativo ou ao administrado que:

a) na fase da *instrução* apresentem provas fundadas nos fatos argüidos e nas circunstâncias, de vez que em qualquer tipo

de processo há que se permitir o conhecimento dos elementos probantes, esclarecedores da verdade discutida e contestada;

b) na fase da *defesa* seja permitida junção de documentos, a inquirição, a realização de diligências e perícias, atendendo a garantias constitucionalizadas e a fim de que assim se complete a instrução contraditória, dentro do processo:

Embora (o que não é de prudência nos regimes de garantias jurídicas) haja sistemas administrativos em que a Administração se julga a si mesma, e ainda outros sistemas de justiça administrativa jurisdicionalizada, a influência da prova é um problema de processo na relação litigiosa, não obstante a relevância da posição estatal.

Nos sistemas, ou regimes, em que a Administração julga os próprios atos, mesmo aí a avaliação das provas colhidas num processo forma convicção, valorando o convencimento. Se a função da prova é a apuração da verdade, as chamadas presunções legais não se admitem como contra-prova a não ser quando justificado de plano o interesse público geral.

XX

Com a ordenação de inúmeras e conhecidas leis públicas que se tornaram positivas na tipicidade das relações jurídicas, já no atual momento da evolução das instituições de direito não se pode, como observa LENTINI, achar impossível a codificação administrativa (49). O que cabe é concluir, como o faz o mestre italiano, pela possível sistematização dos princípios gerais do Direito Administrativo.

É indiscutível que tais princípios, reduzidos das disposições fundamentais, embora dispersos na legislação, estão a recomendar a sistematização e, porque não dizer, a codificação como problema impositivo de direito e ordem processual, trazendo às relações de administração caráter programático e de sistema.

Evidente que transcende às especulações doutrinárias a necessidade de sistematização da matéria legal administrativa, pois, pela dinâmica da Administração e pela mobilidade variada da le-

gislação que lhe é pertinente, a *não codificação*, no sentido de que *legiferar é codificar* (50), contraria a ordem jurídica assentada na garantia dos direitos.

Não se fazendo a codificação, deprecia-se o processo administrativo e o Direito Processual no que ambos têm de substancial e fundamental, ficam indemarcadas as posições nos conflitos em que o Estado é parte, imprecisos os liames entre os litigantes na controvérsia, difícil a apuração da verdade jurídica ante o que se impõe na defesa e na contestação.

Realmente, no capítulo da prova, todo e qualquer tipo de processo se torna *jurídico* por excelência, igualando os legítimos interessados, os direitos adquiridos ou anteriormente consagrados. Processo e prova, nos sistemas positivos e codificados, embora as partes se desigualem no Direito Público, constituem-se como unidade orgânica.

Essa unidade, tomadas as pessoas jurídico-administrativas como forças diferenciadas das demais forças integrantes da relação, decorre do direito pré-existente e dos atos-fatos jurídicos, não obstante o Estado ou a Administração não perderem regalias ou prerrogativas de meios e de fins. Todavia, para finalizar, ante a lesão ou o ato lesivo, a prova é valor de juízo no processo.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) ALBERTO XAVIER — *Do Procedimento Administrativo* — São Paulo, 1976 — pág. 8.

(2) Na doutrina: José Frederico Marques — *Manual de Direito Processual Civil* — Vol. I — São Paulo, 1974; Eduardo Couture — *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil* — Buenos Aires, 1958; Jaime Guasp — *Derecho Procesal Civil* — Madrid, 1956.

(3) ALBERTO XAVIER — ob. cit. — págs. 9/13.

(4) ALDO M. SANDULLI — *Il Procedimento Amministrativo* — Milão, 1959 — págs. 7/16.

(5) V. *Trañado de Derecho Administrativo* — Vol. II — Buenos Aires, 1975 — pág.. XVII-1.

(6) Na doutrina, em tese: J. M. Auby — *La Procédure Administrative non Contentieuse* — Paris, 1956; Jesús González Pérez — *El Procedimiento Administrativo* — Madrid, 1964; Robert Roy — *The Administrative Process* — Baltimore, 1950; Bartolomé A. Fiorini — *Procedimiento Administrativo y Recurso Jerarquico* — Buenos Aires, 1971; Hector Escola — *Tratado General de Procedimiento Administrativo* — Buenos Aires, 1973.

(7) O exemplo válido do Peru: Gustavo Bacacorzo — *Reglamento de Procedimientos Administrativos — Normas Generales* — Lima, 1975.

(8) AGUSTIN A. GORDILLO — *Tratado* — Vol. II — página XVII-2.

(9) Não se pode esquecer, no tocante à *justiça administrativa* jurisdicionalizada, atendendo à especialização na distribuição da Justiça, as excepcionais experiências verificadas na França e na Itália.

(10) Feliciano Benvenuti — *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo* — in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* — ano 1952 — páginas 118/145. De Benvenuti, ainda: *L'Istruzioni Nel Processo Amministrativo* — Padova, 1953.

(11) V. *Reglamento...* ob. cit. — págs. 13/15.

(12) Francesco Carnelutti — *Instituciones del Proceso Civil* — trad. esp. — Vol. I — Buenos Aires, 1959 — págs. 21/25.

(13) N/livro: *Introdução ao Direito Processual Administrativo* — São Paulo, 1971.

(14) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO — *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — Vol. II — Rio de Janeiro, 1974 — página 106.

(15) W. R. Wade — *Towards Administrative Justice* — Ann Arbor (Oxford), 1963 — pág) 4; Rafael Entrena Cuesta — *Curso de Derecho Administrativo* — Madrid, 1965 — pág. 503.

(16) Na literatura: Renato Alessi — *La Responsabilità Della Amministrazione* — Milão, 1955; Maria Graciela Reiriz — *La Responsabilidad Del Estado* — Buenos Aires, 1969; René Chapus — *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée* — Paris, 1957; Julio Isidro Altamira Gigena — *La Responsabilidad Del Estado* — Buenos Aires, 1973.

(17) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *A Unificação das Normas do Processo Administrativo* — II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo — Rio de Janeiro, 1976.

(18) N/livro — *O Controle da Moralidade Administrativa* — São Paulo, 1974.

(19) V. *Teoria General Del Derecho y Del Estado (General Theory of Law And State* — pág. 114) — México, 1958.

(20) «Na legislação dos diversos países, o *processo administrativo*, que, antes de tudo, é *processo*, está regulamentado por uma série de regras características, típicas, que o distinguem de seus congêneres — processo penal, processo civil — também autônomos, com métodos próprios, normas próprias, princípios e objetos peculiares». (J. Cretella Júnior — *Curso de Direito Administrativo* — Rio de Janeiro, 1971 — pág. 455).

(21) OTTORINO TENTOLINI — *La Prova Amministrativa — Il procedimento probatorio amministrativo* — Milão, 1950 — págs. 84/118.

(22) Supletivamente: os arts. 324, 326, 327, 364, 396, 399, 400, 406, 407 e 420 do Código de Processo Civil, como orientação nos litígios que dependerem para esclarecimento, na controvérsia, de matéria probante qualificada e por lei específica já indicada.

(23) N/livro: *Introdução ao Direito Processual Administrativo* — São Paulo, 1971 — págs. 38/41.

- (24) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO — *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — Vol. I — Rio de Janeiro, 1969 — página 341.
- (25) V. *Da Codificação do Direito Administrativo* — São Paulo, 1951.
- (26) V. JORGE TRISTAN BOSCH — *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América — Administrative Act* — Montevideo 1953.
- (27) V. GEREMIA BROCCOLLI — *La Codificazione Del Diritto Amministrativo* — Nápoles, 1963.
- (28) V. *Unificação das Normas do Processo Administrativo* — cit. páginas 3/7.
- (29) V. *Processo Administrativo e em Especial o Tributário* — São Paulo, 1975 — págs. 10/24.
- (30) V. *Procedimiento y Recursos Administrativos* — Buenos Aires, 1971 — págs. 59/60.
- (31) V. *Régime de Impugnación de Los Actos Administrativos* — Madrid, 1956 — págs. 256/60.
- (32) J. CRETELLA JÚNIOR — *Tratado de Direito Administrativo* — Vol. VI — *Processo Administrativo* — Rio de Janeiro, 1969 — página 206.
- (33) CRETELLA JÚNIOR — *Tratado* — cit. — Vol. VI — *Autonomia do Direito Processual Administrativo — Fontes do Direito Processual Administrativo — Processo, Processo Administrativo e Direito Processual Administrativo* — págs. 53/55.
- (34) JEAN RIVERO — *Droit Administratif* — Paris, 1965 — página 192.
- (35) Anote-se a velha lição de Maurice Hauriou — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* — Paris, 1919 — pág. 92.
- (36) A. GALLEGOS ANIBITARTE — *Derecho General de Organización* — Madrid, 1972 — pág. 366.
- (37) V. *Tratado de Derecho Administrativo* — Vol. I — Madrid, 1923 — pág. 203.
- (38) V. *Resumen de Derecho Administrativo* — Madrid, 1920 — páginas 221/3.
- (39) RAFAEL ENTRENA CUESTA — *Curso de Derecho Administrativo* — Madrid, 1970 — pág. 586.
- (40) V. *Teoria General Del Derecho Administrativo* — trad. esp. — Madrid, 1935 — págs. 279.
- (41) Os lembrados estudos foram divulgados pela *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. O de Jèze (*Du Retrait des Actes Juridiques*, no ano XX, 1913) e o de Duguit (*La Fonction Juridictionnelle*, no ano XXXIX, 1922).
- (42) ALDO M. SANDULLI — ob. cit. — págs. 36/7.
- (43) LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel* — Vol. I — Paris, 1923 — págs. 36/30.
-

(44) GEREMIA BROCCOLLI — ob. cit. — pág. 11.

(45) «No direito administrativo brasileiro, ao qual é estranho o instituto do contencioso administrativo e, como conseqüência, ainda não se acham convenientemente compendiadas as normas processuais administrativas, praticamente inexistem estudos aprofundados sobre o valor do silêncio como expressão da vontade, no direito público». (J. Cretella Júnior — *Curso de Direito Administrativo* — São Paulo, 1971 — pág. 223). Quanto ao silêncio da administração, as colocações da doutrina italiana tradicional são as que melhor servem e explicam os fatos. Consulte-se: Guido Zanobini — *Corso Di Diritto Amministrativo* — Vol. II — Turim, 1935 — pág. 117; Oreste Raneletti — *La Garantie Della Giustizia Nella Pubblica Amministrazione* — Milão, 1946 — pág. 115; Ugo Forti — *Diritto Amministrativo* — Vol. II — Nápoles, 1931/34 — pág. 165.

(46) V. GILDO DOS SANTOS — *A Prova no Processo Civil* — São Paulo, 1975 — págs. 6/7. Também: Humberto Piragibe Magalhães — *A Prova em Processo Civil* — São Paulo, 1976.

(47) Código de Processo Civil, *Das Provas*, art. 332.

(48) Código de Processo Civil, Art. 131.

(49) ARTURO LENTINI — *Istituzioni di Diritto Amministrativo* — Milão, 1939 — págs. 17/8.

(50) MAURICE HAURIOLI — *Précis* — cit. — pág. 92.

AS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS E O CONTROLE DA MORALIDADE

«O ato jurídico, seja que ato for, tanto emana de um poder de vontade privada quanto também procede de uma vontade pública, levando em si conteúdo de moralidade interna que se traduz em diretivas de ordem subjetiva.»

MAURICE HAURIU

Na verdade, não há disciplina de conhecimento humano que não tenha a sua importância para a Administração. Como não há problema administrativo que não tenha importância para uma ou mais disciplinas científicas ou não científicas. De plano, e no geral, a vinculação que abrange a teoria do Estado busca a participação das ciências sociais, da Política, da História, da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia Social, da Economia, dos negócios privados e, sobretudo, da Moral.

Está o conceito de Administração tão ligado ao conceito de Estado ou de governo que o fenômeno real de *Administração pública* só pode ser entendido por meio de dois fatos definidores:

a) *Administração pública* é organização e direção de uma coletividade social, orientada para fins políticos de governo;

b) *Administração pública* é arte, ciência e técnica ao mesmo tempo, aplicada à solução de problemas de vida comunitária.

Observando bem, não é nada fácil, diante do fato *Administração*, definir o quase indefinível. O que se sabe é que onde há governos, Estado de direito, leis e regulamentos, normas jurídicas, convivência coletiva, há por certo *tipos de organização* capazes de aliviar os antagonismos, favorecer as igualdades, assegurar os direitos, proteger as liberdades.

II

Investigadores, juristas e administrativistas numa verdade se harmonizam: Administração, na sua forma substantiva, é *ordem constituída*, natural, jurídica, social, econômica e moral. Pouco importa, no entanto, a tônica das regras aceitas e consagradas. O que passa a ter relevo fundamental outra coisa não é que o fato da *organização-político-constitucional*.

Ainda que ambos os significados qualificadores sejam imprecisos, há a notar no Estado e, em consequência, na Administração condicionamentos que apontam implicações comuns, que trazem obrigações iguais, que limitam a livre manifestação da vontade, ou que estabelecem deveres de uma parte e de outra, entre os que governam e são governados. Essa linha separa o que é legal do que não é, o que deve ser moral do que não é.

É de perguntar-se: como entender a organização política sem organização de coordenação administrativa? Como explicar a coordenação na ordem jurídico-administrativa sem hierarquia de fins e de funções, sem um sistema estrutural e de atividades coerente? Como entender um sistema estrutural sem unidade de gestão administrativa? Como explicar a gestão administrativa sem uma atividade nominada de atos e de serviços? Como entender atos e serviços fora de regime de competência funcional ou sem meios que busquem os fins? Sem dúvida, cabe ao Estado entender as *regras*, sentir os *princípios* e dar ajustamento às *formas*.

Esse, precisamente, o momento em que o Estado organizado politicamente e coordenado administrativamente passa a *poder*, isto é, a ter atividades e funções, a ser o administrador de bens e coisas públicas, a tutelar nas relações particulares ou a exercer plenamente privilégios de soberania e prerrogativas primaciais de natureza constitucional.

III

Embora haja preeminência do princípio de *poder* sobre o princípio de *liberdade*, isso não quer dizer que as regras e as formas não conduzam a Administração no seu trabalho nem que a legalidade não se imponha entre o livre exercício administrativo e os direitos do indivíduo.

E legalidade aqui significa *direito* ou a lei na sua melhor, mais exata e correta expressão jurídica. O *direito*, todavia, como uma realidade concreta necessária, tanto do ponto de vista moral-espiritual como técnico. Harmonizando, como problema cardial, a relação entre a vontade e a norma legal. Integrando o poder político-administrativo pela sua base de legitimidade.

Como ocorre com todas as sociedades politicamente organizadas, da legitimação do poder decorrem na sua exteriorização os conceitos de justiça e de legalidade, de normatividade e de moralidade. Nada há de estranho no costume que é *moral*, na igualdade jurídica que se faz *moral*. É evidente, no entanto, que na ordem pública só interessa a moralidade como medida, não o amoral ou o imoral, que são pressupostos individuais e peculiares da pessoa humana.

IV

Não há propriamente uma teoria materializada para a figuração jurídica da moralidade administrativa. Os que pretendem construir algo de estável em torno do *fato-moral* falecem nos seus propósitos, pois na sua subjetividade as próprias leis se fazem morais. No plano da eficácia, também a forma da norma legal exige que o interesse público seja um interesse em substância moral.

Não se pode, contudo, afirmar que a noção de moralidade exceda ou pretenda exceder a noção de legalidade. Não é assim, na relação de vida social. O que se espera, no uso de uma faculdade maior, é que a Administração, ou o Estado, mediante manifestação da vontade administrativa, apesar de justificáveis motivos determinantes, não considere desiguais situações que devam ser iguais.

O interesse público não é de alguns, por ser de todos. Na afirmação, categórica por excelência, assenta uma regra coercitiva universal de conduta. O que se impõe, em face de limitação discricionária estatal, é que os casos particulares não se motivem apenas na legalidade, mas que ao menos se afirmem por meios que não firam a moralidade administrativa.

V

Certamente, torna-se difícil num ato de manifestação unilateral de vontade distinguir o valor jurídico positivo do valor moral abstrato. A fraude, como o desvio de finalidade, a competência,

como o exercício do arbítrio, são fatores ponderados ou imponderáveis que não permitem de imediato correta adequação para o problema legalidade *versus* moralidade.

Tantas são as operações administrativas, tão variadas se apresentam que, podendo atacar as situações jurídicas existentes ou criar outros direitos e novas obrigações, hão de merecer por isso o respaldo legal ou então, em alguns casos específicos, o *controle da moralidade*. Não se trata, possivelmente, de uma medida apriorística e não conforme ao que diz a lei.

Dirão alguns administrativistas menos avisados que não passa de utopia qualquer tipo de controle do ato administrativo no tocante ao exame da moralidade. Nossa posição é diferente, e basta lembrar a extensão do *poder* de polícia para se observar que, entre os meios de ação da Administração, o de *polícia* corresponde de direito a uma atitude pública fática e de natureza moral.

VI

Essa, no entanto, é uma matéria a ser estudada na ocasião oportuna. Há os que falam em *proteção da moralidade* confundindo os instrumentos preventivos com os repressivos. Mas para a temática a questão não muda nos seus aspectos de profundidade doutrinária. Pelo contrário, acentua a noção exata do dever administrativo nas esferas pública e privada.

São faculdades, as de polícia, que em muitas ocasiões extravazam até do fundamento legal. E qual será o motivo desse extravazamento? O *moral*, sem dúvida. Reprimindo-se tudo aquilo que contraria o critério ético, comum e social dominante, o que se está defendendo é a pacífica convivência humana. E não é só isso, mas também os valores que afetam o patrimônio social e moral.

Subtrair de análise a moralidade do ato administrativo jamais será o método mais fácil para o exame da sua legalidade. Quanto ao controle, dadas as condições legislativas, o critério moral torna-se hábil no que diz com a boa gestão dos bens patrimoniais públicos. Da orientação se depreende que, aqui, a Administração não pode fugir dos justos critérios de *boa gestão*.

VII

Não há por que não entender o controle da moralidade na área jurisdicional adequada. Já que se exige da Administração obediência à lei, preciso se faz que a norma legal aplicada sofra as correções necessárias quando chega para prejudicar, distinguir, distorcer, inovando situações pouco condizentes com a vida dos direitos ou, então, com a ordem jurídica. É esse também o papel da jurisprudência nos Tribunais.

Qualquer aproximação mais íntima do direito e da lei com a moral apenas fortalece a ordem jurídica. Num sistema de garantias, como o são todos os sistemas jurídicos, não obstante as ponderáveis políticas, os valores se confundem quando se trata do Estado em função de governo. E nisso o pensamento doutrinário e a realidade social se identificam na ação administrativa.

Afastar um valor do outro, o jurídico do moral, é tarefa porém das mais complexas. Já na sua origem, o conceito de lei é um conceito natural e moral. No entanto, o que se quer é a preservação da norma legal quando aplicada. Disso depende a ordem pública, o respeito social pelas instituições. A verdadeira sabedoria consiste em procurar saber até onde a lei pode chegar, até aonde o administrador pode ir.

VIII

Ninguém ousa defender o simples desaparecimento da discricionariedade administrativa. Sabe-se que os órgãos administrativos não podem, de modo algum, elaborar rigoroso código de conduta não discricionário, específico e sempre adequado aos fatos. Mas sem dúvida que a proteção fundamental dos direitos repousa tanto em processos formais quanto nos padrões éticos da Administração e dos agentes públicos, na sua concepção de interesse público e do uso do poder a eles confiado.

O que se quer defender, contudo, é a lisura ou a exação nas práticas administrativas. O policiamento *moral* na aplicação das leis. As maneiras formais de controlar o uso, quando aceitável, do poder discricionário. O direito de se provocar o exame judi-

cial fundado na *não moralidade* do ato prejudicial. Dirimindo litígios entre particulares e a Administração. Amortecendo os conflitos que, pela independência dos poderes, podem escapar à tutela jurisdicional.

Se a matéria é de prova, os chamados motivos determinantes im procedem a passam a discutíveis. Não existem de fato. Ou acontecem ser ilícitos e não morais. Legal um ato, mas não de interesse provado, a legalidade, só, não basta. Eis que no *mérito* apresenta negativo conteúdo substancial. A importância do elemento *fim* transcende a simples teoria dos motivos. Não porque esse *fim* não seja permitido em lei, mas porque não se legitima pelo que pretende atingir.

Até agora a doutrina se manteve alheia a explicações que possam contrariar algumas teses rotineiras consagradas. Com o avanço jurídico, científico e técnico do Direito Administrativo, as situações são outras, bem diferentes daquelas que só atendiam aos reclamos dos *direitos estatais*.

IX

O Direito Administrativo de hoje guarda, pelo seu desenvolvimento, enorme distância daquele direito da Revolução Francesa. Portanto, não está aí para observar e apenas disciplinar as observações. É relacional por excelência, dinâmico por natureza, ativo por necessidade.

Há heranças, porém, que ficaram estreitas nas teorias e no pensamento doutrinário. Heranças de *atos* que se fizeram *institutos* e que ficaram na história. Plenamente justificadas no século dezoito. E que passaram a ser uma tendência dominante na evolução do Direito Público e Político. Tendência que se conflita com outros fatos nos tempos modernos.

A liberdade administrativa de gestão para melhor execução de serviços permitiu ao Estado inserir no contexto de *política de administração* algumas figuras que se tornaram clássicas e não discutidas, figuras que com o tempo assumiram enormes proporções no amplo conceito da função de governar.

Integradas nos sistemas e na ordem jurídica, impondo-se ao comportamento administrativo, a influência que passaram a ter, desvinculando certos tipos de atividade, não se limitou conseqüentemente a âmbitos determinados, mas abrangeu extensos campos de auto-iniciativa, ou de livre decisão.

X

Observe-se que o ato administrativo, protegido pela discricionariedade, não poucas vezes agride situações jurídicas relacionais estáveis. Sobretudo quando se exterioriza em espírito legislativo, passando à intocabilidade, fora que fica de qualquer intervenção revisora corretiva.

Quando atinge, no entanto, características disciplinadoras do interesse público, ainda que imperfeito formalmente, dele não se esperam soluções que não as da conveniência geral. Não se trata aqui, por certo, das exceções que ocorrem nos regimes de legalidade revolucionária.

O que se quer, com a interferência da moral no direito, principalmente nos casos concretos, é que a regra discricionária na sua operação de ação administrativa, corresponda à providência pública ou esteja firmada em motivos superiores coincidentes com real situação de fato.

Discricionariedade e arbitrariedade, poder discricionário e poder administrativo, desvio de poder e matéria de fato, vícios do ato administrativo e moralidade, juridicidade e legalidade, são alguns pressupostos que se materializam após conhecidas as indispensáveis *razões de causa*.

XI

Todas essas noções, apesar de correspondentes, não são noções equivalentes. No entanto, quase sempre sem o caso concreto, é difícil exata distinção conceitual. Em certos atos de natureza evidentemente pública, não é fácil dizer onde há o arbítrio ou a discricionariedade, onde o poder se faz discricionário ou arbitrário, tão somente porque a necessidade atua de maneira coersiva.

Na questão da *moralidade*, os equívocos de há muito foram superados pela boa doutrina. O que se procura não é desconhecer *realidades excepcionais* que obriguem a mais enérgica ação governamental, mas que os atos administrativos não se subtraíam às imposições naturais dos *direitos*, à forma da norma, aos objetivos sociais comuns.

Nada tão simplista, em face das dificuldades que se encontram, quanto qualificar um ato sem tentar classificá-lo na ordem jurídica, sem nenhuma análise da condição de sua aplicabilidade, deixando a Administração livre para baixar ordens ou proibições, alienar ou adquirir funções não previstas, apossando-se de privilégios não compatíveis com o interesse público geral.

XII

Correção dos excessos não motivados, eis a questão. Qualquer que seja a forma por que se exteriorize a discricção administrativa, deseja-se que a faculdade assumida diante do fato dois aspectos: de imprevisível *dever* e de imposição *pública*.

Entenda-se por *dever imprevisível* uma obrigação imediata não esperada, mas com suporte na exação administrativa. Compreenda-se por *pública imposição* o fato inesperado que atinge áreas determinadas de interesse social, coletivo ou comunitário.

Nisso não vai o direito do particular, individual ou pessoal. Nem o interesse privado protegido. Nem a indevida aplicação do direito vigente, pois outros são os valores nas regras, nos princípios, nas normas. A omissão legal jamais será um critério administrativo, sobretudo em face de fatores impossíveis de previsão.

Também como artifício, a omissão legal, abstraindo o ato do fim da lei, é dos mais ruinosos para a ordem jurídica. Não é sequer discricção ou liberdade de aplicar a lei. Não fossem as funções devidamente limitadas e resguardadas, então poder-se-ia compreender o Estado criando privilégios no regime de legalidade.

XIII

De mais a mais, sem dúvida, conveniência e oportunidade não são condições que se desprezem. Aparecem para a Adminis-

tração num mesmo momento. No entanto, na ordem jurídico-pública, nem sempre a oportunidade recomenda a conveniência. Nem a conveniência passa a ser oportunidade. O problema é de apreciação do ato administrativo nos seus efeitos jurídicos.

Tantas são as sutilezas que a discricção se desvirtua constantemente nos excessos de atividade administrativa. Daí a insegurança jurídica criada com respeito à omissão legal. E omissão que não se resolve quando fere mesmo quando haja apelo permissível às instâncias decisórias de hierarquia superior.

Não é cabível, por certo, só na intimidade da esfera administrativa, avaliar objetivamente da conveniência ou da oportunidade. Isso leva não à discricionariedade, mas à arbitrariedade. Consiste a fórmula do equilíbrio apenas numa verdade: a do princípio da norma legal para dar fundamento a qualquer medida do poder público contra o indivíduo ou a favor de interesses gerais que justificam imperiosas exceções..

XIV

Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de *costume* aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão de legalidade a uma correspondente questão de fato. Nessa vasta área, quase sempre vazia de conteúdo jurídico, emerge a moralidade.

O círculo da moralidade, na figuração e na hipótese, resulta menor que o círculo da legalidade. Está dentro do direito e não fora dele, a se fazer sensível nos diferentes graus de ação administrativa, sensibilizando a ordem jurídica no que tem de comum com os atos de gestão ou de governo.

Dispensável, portanto, por imprudente num sistema de garantias, recorrer, para justificar a discricção, a uma noção mais ampla de legalidade. Pois legalidade é o que ela é. Mais uma questão de direito que uma questão de fato. Ao passo que a moralidade, quando aparece, impõe-se mais como uma questão marcante e de fato.

XV

No desvio de poder, por exemplo, a Administração utiliza seus poderes para perseguir um fim distinto do fim legal. Como tal, merece ser censurada em virtude dos princípios de boa administração? Sim, entendendo que o desvio de poder possa provocar uma ilegalidade ou então uma infração que conduz à *não moralidade* administrativa.

O terreno de estudo, ao que vemos, é demasiadamente movediço para soluções de prática objetiva. A discricionariedade permitida, quando se complementa pelo *abuso de poder*, passa a ser arbítrio bem caracterizado. E, assim, qualquer análise mais profunda leva ao princípio da moralidade, sem a apreciação do qual falham plenamente os controles jurisdicionais.

Ressalve-se que o fim do Direito Administrativo moderno, positivo, é o de conferir aos direitos individuais uma garantia bastante que não conflite com interesses que apareçam opostos. Para satisfazer essa complexa posição no sentido da experiência histórica, compete ao Estado assegurar de um lado os serviços e de outro os *direitos* do administrado.

XVI

Não há dúvida que existem velhas posições doutrinárias que urgem ser revistas. A tese verdadeira, coincidente com a harmonia orgânica dos sistemas jurídicos, equacionada em termos de impecável realismo, foi necessariamente a francesa, pela qual as regras legais aparecem dos fundamentos e princípios gerais de direito.

Corrigir certas distorções no princípio da legalidade é o trabalho do jurista. Marcar as diferenças entre a discricionariedade e o arbítrio, a missão do juiz. Não pode o Estado, em razão de diretrizes apenas políticas, sobrepor-se ao direito na sua relação de ordem jurídica administrativa.

Concretamente, na sua terminologia, a questão se apresenta da maneira mais simples, como no caso da violação ou do ferimento da lei na sua aplicabilidade. Ou, então, no tocante às condições em que

é exercido legitimamente o poder administrativo, distinguindo-se os limites, ou as limitações, que possam incidir sobre a norma administrativa, ou melhor, sobre o ato administrativo.

XVII

Dois pontos se fazem aqui importantes:

- a) aquele que diz com a competência e o vício de forma e que interessa à legalidade extrínseca do ato;
- b) aquele que aponta a violação legal e o desvio de poder e que interessa à legalidade intrínseca.

O que se iniciou com a orientação do pensamento francês está a exigir melhor acomodação jurídica com a realidade da Administração no plano das suas variadas atividades. É fácil, bastante fácil, para que se impeça a correção de qualquer ato, apelar para a competência discricionária. Não é exato, no entanto, que essa competência não seja delimitada na sua expressão de valor, isto é, nos efeitos impostos de manifestação exterior.

Quanto ao *fim*, como resultado último, já não envolve simples presunção, mas a própria moralidade administrativa.

E isso considerando que o ato executado, no seu *fim* portanto, não pode mais ser controlado pela Administração. Ao contrário do que se possa pensar, as regras internas que regulam o ordenamento administrativo são e devem ser regras de moralidade administrativa.

XVIII

Relembre-se que, para cumprir seus fins da maneira mais eficaz, institucionalizou-se a Administração. Essa *institucionalização* visa sobretudo à existência de um *poder*, o administrativo conseqüentemente, cuja obrigação é a de servir à coletividade e aos interesses gerais comuns.

Caracteriza-se, assim, o poder administrativo, pela disciplinação dos meios técnicos e legais, pela tutela e especificidade dos recursos e pela jurisdição administrativa. Onde essa *jurisdição*

não está plenamente manifesta, as questões não se apresentam fáceis de equacionar nem de resolver.

Em matéria de fim, portanto, a Administração não é simplesmente discricionária. A noção de moralidade administrativa alcança nesse passo uma importância que vai além do princípio da legalidade, para se estender, de plano, à deontologia vinculada a um controle superior.

XIX

Exato que não se deva dar um sentido único e generalizante à noção de moralidade administrativa. Ela muda conforme as estruturas e em razão da institucionalização da Administração. Ou conforme a organização do Estado e os seus princípios básicos de orientação política fundamental.

Assegurada a Administração, no entanto, como instituição figurada e distinta, a posição doutrinária é outra. São as regras e os princípios próprios que lhe dão existência orgânica, com autonomia. Generalizando, porém, ou particularizando se for o caso, valem as impositivas normas internas.

Desde que a lei não possa dar em certos casos às coisas senão indeterminada e vaga orientação, a tutela da moralidade aparece como princípio disciplinador, em oposição à liberdade sem freios de ação administrativa.

Mas se a lei diz com clareza o que pretende, essa tutela também é válida desde que se caracterize o desvio, o abuso ou o excesso de poder, levando a Administração à responsabilidade.

Apenas uma questão pode assumir importância transcendental: a de saber até onde pode chegar o exame da moralidade administrativa, e isso levando em conta nada ter ela com a moral comum.

XX

A legalidade, pela rigidez com que possa ser conceituada, ou pela rigidez de suas normas explícitas, não penetra obviamente no campo psicológico das boas ou más intenções do administrador.

Mas a moralidade, ou a moral, essa influi considerando o *fato-fim* no domínio da própria legalidade. De modo geral, aliás, a lesão produzida pelo ato só pode ser apreciada na oportunidade da sua execução e nos seus efeitos ajurídicos.

O ato lesivo, iminente de produzir lesão, ou a lesividade na apropriada terminologia legal, o direito violado ou ameaçado de violação, todos sabemos que leva a processo litigioso-contestatório, não importando para a filosofia da problemática as maneiras pelas quais funcionam ou se dividem as jurisdições.

XXI

Nos seus diferentes aspectos exteriores, a lesividade, ou o ato taxado de lesivo e que produza lesão, provoca atritos que conduzem a distintas situações, com respeito:

- a) ao direito vulnerado, objetivo ou subjetivo;
- b) ao prejuízo individual, particular e pessoal do administrado;
- c) à violação conjunta ou não de direitos ou interesses;
- d) à legitimação ou não de partes em face da natureza peculiar ou singular da vulneração do direito.

A vigência das normas de direito público ou de direito privado indicará em cada caso concreto a qual categoria pertence o direito ou o interesse protegido, na oportunidade violentado ou simplesmente ameaçado de iminente violação.

Pondere-se, no entanto, para melhor exatidão no conceito de lesividade, que a *ordem jurídica* ou tudo aquilo que ela garante aos indivíduos, aos grupos, às classes, às coletividades, *prima facie* é que é atingida com o ato lesivo na sua essência de caráter administrativo.

Definida a infração de disposições administrativas com força legal, abre-se de imediato a providência recursal. Quanto à Administração, há que demonstrar o seu direito subjetivo afirmado na lei. No tocante ao administrado, as dificuldades são as de prova.

XXII

Examinar os móveis, os motivos da Administração, por si própria ou pelos seus agentes, é uma tarefa complexa e difícil, praticamente impossível. Investigar o pensamento do administrador, outro esforço de convencimento extremamente complexo e delicado. Mas esse é um desafio que vale a pena enfrentar.

Para contestar, sem dúvida, intervém na medida legal permissível o elemento de capacidade probante, procurando-se, em cada caso nos recursos cabíveis de procedimento, indagar a intenção subjetiva da Administração ou quais os elementos intrínsecos que atuaram na formação da vontade.

Mas o melhor caminho para a revisão de certas idéias doutrinárias será a revisão dessas mesmas idéias. Ainda que a teoria da moralidade administrativa houvesse feito adversários, não conseguiu sensibilizar senão algumas opiniões de indubitosa expressão científica.

Mas a história do Direito Administrativo, e dos seus princípios elementares básicos, tem sido esta: uma procura constante de materialização, de normatização, de positividade, de sistematização, de ordenamentos jurídicos que submetam a Administração à ordem jurídica.

No domínio entre a legalidade e a moralidade, também as diretrizes se consubstanciam numa tendência à normatização de regras imperativas, categóricas. De tal modo que, nos possíveis conflitos contenciosos, possa o administrador *provar* o que realmente quis ou determinou a ação administrativa.

Assim sendo, essa é uma grande conquista. Conquista para a qual estão convocados todos aqueles que acreditam nos sistemas asseguradores de garantias jurídicas. É conquista para a qual espontaneamente eu me convoquei também.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

(1) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *O Controle da Moralidade Administrativa* — Edição Saraiva — São Paulo, 1974.

(2) Consulte-se: Dario Foligno — *L'Attività Amministrativa* — Milão, 1966; Luigi Galateria — *Teoria Giuridica Degli Ordini Amministrativi* —

Milão, 1950; Juan Ignacio Jimenez Nieto — *Política y Administración* — Madrid, 1970; Ariño Ortiz — *La Administración Institucional* — Madrid, 1972; W. F. Willoughby — *Principles of Public Administration* — Washington, 1972.

(3) N/livro — *Comentários à Reforma Administrativa Federal* — Hermenêutica do Decreto-lei nº 200 — Edição Saraiva — São Paulo, 1975.

(4) Ver: HENRI WELTER — *Le Contrôle Juridictionnel de La Moralité Administrative* — Paris, 1929.

(5) N/trabalho — *O Controle da Moralidade Administrativa* — cit. — Capítulo II — *As práticas administrativas e o controle da moralidade*.

(6) *As Fronteiras da moralidade no direito* — in *O Controle da Moralidade Administrativa* — Capítulo III — Primeira Parte.

(7) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *Introdução ao Direito Processual Administrativo* — Ed. Revista dos Tribunais — São Paulo, 1971.

(8) N/trabalhos: *Fundações e Empresas Públicas* — *Revista dos Tribunais* — São Paulo, 1972; *As Empresas Públicas no Brasil* — *Resenha Universitária* — São Paulo, 1975.

(9) OLIVEIRA FRANCO — *O Controle da Moralidade Administrativa* — cit. — *O elemento moral na formação do ato administrativo* — Capítulo II — Segunda Parte.

(10) Na doutrina: J. Cretella Júnior — *Do Desvio de Poder* — São Paulo, 1964; Júlio A. Prat — *De La Desviación de Poder* — Montevideo, 1957.

(11) MAURICE HAURIOU — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* — Paris, 1927; *Précis de Droit Administratif* — Paris 1938.

(12) FERNANDO GARRIDO FALLA — *Las Transformaciones Del Régimen Administrativo* — Madrid, 1962.

(13) N/livro — *O Controle da Moralidade Administrativa* — *A linha moral na ação administrativa* — Capítulo III — Segunda Parte.

(14) N/trabalho — *A Prova Administrativa* — Ed. Saraiva — São Paulo, 1973.

(15) No pensamento doutrinário: Carlos Cossio — *Teoria de La Verdad Jurídica* — Buenos Aires, 1954; Guido Falzone — *Il Dovere Di Buona Amministrazione* — Milão, 1953; Lon L. Fuller — *The Morality Of Law* — New Haven/Londres, 1964; André Gonçalves Pereira — *Erro e Ilegatidade no Acto Administrativo* — Lisboa, 1962.

DA DESISTÊNCIA NAS DESAPROPRIAÇÕES

«Este problema tiene gravedad cuando, después de haber sido despojado y cambiada la función de su patrimonio, se expresa el desistimiento».

BARTOLOME A. FIORINI

Problema que não deve gerar dúvidas é o da *desistência* nas desapropriações. Na doutrina, as indecisões de pensamento são constantes e marcadas de preconceitos diante dos privilégios de que goza a administração pública. Na jurisprudência, só pelo exame dos casos concretos se pode avaliar a posição das partes na relação processual.

Não acolhemos, sendo assim, que a vontade expropriatória, mediante expresso ato declaratório, possa ser revogada a qualquer tempo. A renúncia unilateral, de que fala SEABRA FAGUNDES (1), dando ao expropriante direito de desistência, violenta todo e qualquer regime de garantias constitucionalmente asseguradas.

Evidente que a desistência pode operar-se pela revogação do ato expropriatório, acarretando automaticamente a extinção do processo, se já houver ação ajuizada (2). Não obstante, a possibilidade de ressarcimento é matéria a ser discutida no juízo da demanda intentada ou em outra esfera de apreciação e proteção jurisdicional.

Na verdade, a ação expropriatória envolve condicionamentos jurídicos e processuais inafastáveis (3). Importa, diante da ação ajuizada, não propriamente apreciar motivações administrativas, os motivos pelos quais o interesse público se desfigurou, mas sobretudo a situação do processo de conhecimento.

II

A desistência da demanda vem ligada ao estado do processo e à relação jurídico-processual. Examinando a lei expropriatória, principalmente no tocante ao processo judicial (4), nada há nela que autorize a desistência, ou seja, a revogação do ato expropriatório.

A revogação pode dar-se, para efeito da extinção do processo, somente numa hipótese prevista, que é a nomeada na lei processual. Admitindo omissão do legislador, onde ela se verifique, torna-se aplicável a disposição contida no Código de Processo Civil (5).

Embora no Decreto-lei nº 3.365 a desistência não encontre suporte conceitual, como instituto não deve deixar de ser apreciada nos casos de desapropriação. Tudo, porém, em termos, pois o que está em análise é a permissibilidade em dado momento processual.

O momento ressalta de importância, obrigando às partes no litígio, vinculando a vontade do autor às condições do processo, tão somente porque na fase de tutela jurisdicional se torna impossível não conhecer de plano o porquê e o que o expropriante pretende.

III

A colocação histórica que se impõe ao instituto da desapropriação, embora no curso dos tempos sofresse mutações finalísticas, não permite reservas quanto ao exato e normado direito das partes no processo.

Nenhuma delas, expropriante e expropriados, ajuizada a ação, pode, fora das corretas regras processuais, ao sabor de intenções puramente subjetivas, mudar sem bem explicar a sua vontade, muito menos a administração pública.

O interesse público, no sentido da utilidade, social ou com outro fim, não é um conceito tão vulnerável que admita vários e variados entendimentos teóricos. Em desapropriação, é conceito capitulado, definido, juridicamente posicionado.

Principalmente nos regimes de assentadas garantias jurídicas, uma vez declarado o interesse público ou social, não é aceitável que se desista ou altere a intenção após os gravames sofridos pela propriedade, já agora na área da tutela jurisdicional.

IV

Para a desistência, há largo tempo administrativo desde o momento do ato declaratório até o ajuizamento da ação, desde a entrada da ação em juízo até a resposta contestatória.

Sujeitar, portanto, à vontade unilateral da Administração a orientação e o comando do litígio é o mesmo que atrelar a proteção jurisdicional às variações emocionais de administradores quase sempre movidos por causas sectárias.

Tanto assim é que nas legislações (6), inclusive na brasileira, no tocante ao processo judicial, não se fala em desistência. E por que? — é a indagação em busca do adequado posicionamento.

Sem dúvida, porque há um sistema de direito a resguardar, de modos de procedimento legal a partir do ato declaratório, não se confundindo nunca a fase propriamente administrativa com a fase processual.

V

Estudando os aspectos processuais, a universalidade do processo, A. WALTER VILLEGAS, também apreciando o direito à intervenção judicial, sobretudo com respeito à natureza do juízo, pondera que as «*formalidades rituales pueden determinarse en ley general de expropiaciones o ser remitidas a las previstas en otra ley especial o en el respectivo Código Procesal*» (7). Nada mais conclusivo.

Portanto, sem dúvida, no silêncio da lei expropriatória, há de vigir o Código Processual. A ausência, na lei expropriatória, de certas normas de proceder na verdade pode criar situações embaraçosas, muito embora tais situações não apareçam como de difícil adequação.

O importante diante do caso concreto acaso existente está naquele ponto em que os trâmites coincidam e não se conflitem diante e em razão da disposição que, expressa ou implicitamente, remete ao Código Processual (8).

Em princípio, é viável a desistência, enquanto não exista sentença definitiva, simplesmente porque esta põe fim ao proces-

so (9). Não obstante a propriedade privada ceder a utilidade pública, o Estado, desistindo da ação sem a concordância do expropriado, fica obrigado ao ressarcimento indenizatório.

VI

O que há a examinar, no entanto, é o caráter da desistência na mecânica processual. Normalmente, o processo expropriatório conclui-se por sentença definitiva. Mas pode finalizar-se por acordo, desistência ou preempção. O ponto de toque, na desistência, como aspecto de relevo a considerar, é o de momento-jurídico-processual.

O direito de desistir, se existe e se permite, embora medida unilateral de vontade, vincula-se à aquiescência do expropriado, a não ser que, desprezando-se regras processuais legais, se tenham em apreço apenas prerrogativas ou faculdades públicas. Com isso, porém, estaríamos violentando preceitos que são garantias na ordem jurídica processual.

Pacífico é o direito à indenização, na desistência, de custas e mais despesas decorrentes do processo. Contudo, não se pode, por motivo de simples mudança de intenção, dar por encerrado o litígio quando atos conclusivos já produziram os efeitos esperados, como o desapossamento e a perícia avaliatória técnica.

Daí por que, pelas implicações da lei processual, as partes interessadas hão de manifestar-se, principalmente a expropriada, dando o seu consentimento (10). A critério do Juiz fica, enquanto na direção do processo, dar por terminada a demanda ou simplesmente ordenar o prosseguimento do feito até final.

VII

Tome-se, pela objetiva lição de J. CRETILLA JÚNIOR (11), como formalmente indispensável o entendimento das partes interessadas, onde o pensamento doutrinário, aliado à rígida prática processual, aconselha premissas de rigorosa clareza exegética:

a) «a desistência aparecerá, como meio terminativo do processo, com as suas características peculiares, quando a ela prefe-

rirem os interessados, ou quando o acordo se der após a fase dentro da qual é possível levá-la ao conhecimento do Juiz e invocar a sua homologação, na própria ação expropriatória»;

b) «seja qual for a fase do processo (salvo se já proferida a sentença, porque neste caso a desistência consistirá em não promover a execução), podem os interessados desistir da demanda, mediante homologação judicial»;

c) «com isso (os interessados) porão termo à intervenção da Justiça, ficando a solução do negócio na dependência de ajuste entre eles, voltando a desapropriação a revestir caráter amigável, efetuando-se por escritura como se não tivesse sido ajuizada».

Com referência à correta posição jurídica de CRETELLA JÚNIOR (12), algumas claríssimas conclusões decorrem do fato processual e se destacam pelo relevo que exteriorizam:

a) na desistência, não prevalece só a vontade de uma das partes, pois é preciso que os interessados se entendam e postulem a homologação na própria ação expropriatória;

b) na desistência, com as suas características peculiares, somente os interessados podem desistir da demanda, mediante homologação judicial, pondo termo à intervenção da Justiça;

c) a desistência fica na dependência de ajuste entre as partes interessadas, expropriante e expropriados, sobretudo dependendo do «consentimento do réu».

VIII

A indenização nas desapropriações não é somente preço, pois compreende algo reparatório (13), um valor ou valores que venham a ressarcir danos produzidos pela privação da propriedade.

A simples desistência, se o bem já estiver na posse provisória ou real do expropriante, agrava, pelas conseqüências lesivas diretas, a posição da Administração, passando-se então a exigir reparação integral que restabeleça o equilíbrio entre os direitos.

Na própria desistência, há valores de reposição e reparação, avaliáveis diante da devida compensação e do dano provocado. Não pode o Estado (poder administrativo) enfaticamente dizer:

ontem eu queria, hoje eu não quero, ontem havia o interesse, hoje a utilidade desapareceu.

A alegação é de prova e só é possível fazer-se em razão do objeto. Como de igual maneira não procedem, ajuizada a ação, oferecido o preço, argumentos *a posteriori* de falta de recursos financeiros com que prover o inserto no mandamento constitucional.

Focando o bom entendimento de FIORINI ⁽¹⁴⁾, consideremos pela exata relação jurídica processual estabelecida:

- a) que a via administrativa não tem aceitação terminativa pela unilateralidade do atuar da Administração;
- b) que a desapropriação provém de leis, devendo o poder administrativo recorrer ao Judicial para obter o que pretende.

Quanto ao problema da desistência, para FIORINI «*este problema tiene gravedad cuando, después de haber sido despojado y cambiada la función de su patrimonio, se expresa el desistimiento*» ⁽¹⁵⁾.

Se a transferência ou a posse são verdades facilmente verificáveis, oferecido e consignado o preço, litigando-se exclusivamente o *quantum*, é muito difícil justificar prerrogativas de livre poder de «*hacer lo que quiera con el bien y el patrimonio ajenos*» ⁽¹⁶⁾.

IX

Os danos, na espécie da questão enfocada, não decorrem apenas de responsabilidade de origem convencional. Derivam da violação de vínculos jurídicos que impõem responsabilidade por ato ou fato administrativo.

A primeira grande indagação, na lição de SAYAGUÉS LASO ⁽¹⁷⁾, consiste em determinar sobre quem recairá a responsabilidade derivada da ação administrativa: se deve responder o funcionário, a Administração diretamente ou se coexistem ambas as responsabilidades.

Não há dúvida que, pelo menos na doutrina, «*el principio de la responsabilidad tiende a extenderse cada dia más, abarcando*

incluso aquellas zonas de la actividad estatal que se mantenian bajo el dogma de la irresponsabilidad» (18).

A rigor, destarte, na ausência de textos legais expressos que consagrem procedimentos pertinentes, aplicam-se as normas processuais gerais, não só no tocante à responsabilidade, mas também com respeito aos trâmites nos processos específicos.

X

Não é de agora, porque vem da lição de GUIDO ZANOBINI (19), que nas desapropriações mesmo os atos legítimos não escapam de serem apreciados, quando envolvem responsabilidade.

A declaração de utilidade pública (ato administrativo) é da maior importância e também de graves conseqüências. Não é coisa que se possa, sem responsabilização, fazer hoje e desmanchar amanhã. Compete, por isso, ao Judiciário a missão de verificar não apenas da oportunidade expropriatória, mas também da legalidade da atuação (20).

Estando o ato legal, perfeitas as condições de validade, a desistência, ainda que dependente de normas processuais, deve refletir sempre interesse público maior, devido a conseqüências que geram responsabilização e responsabilidade.

Há casos, para MARCELO CAETANO (21), de sacrifício total de direitos. Um desses é o da desapropriação ou da expropriação por utilidade pública. Só o efeito da declaração extingue o direito de disposição do imóvel ou coisa objeto da ação expropriatória.

Tal efeito, no dizer de CAETANO (22), «é da maior relevância, se tivermos em conta que o direito de disposição é o poder característico do direito de propriedade». Não há, assim, dúvida de que a declaração, como ato, extingue o direito de propriedade.

XI

A suspensão da executoriedade de ato expropriatório ou, melhor dizendo, a revogação da declaração de utilidade pública enquanto na área decisória administrativa, não encontra maior

complexidade e é possível de admitir-se diante de fatos demonstráveis.

Todavia, tratando-se da suspensão, ou da revogação, na área administrativa, do ato de declaração, quando já está a ação proposta e aberto o litígio, o problema não é tão simples, porque envolve o Judiciário no tocante à orientação do processo e à devida proteção jurisdicional.

Na falta de preceito legal-processual, ainda se entende ser possível ao expropriante suspender o ato e desistir da ação. Compreendendo-se que a competência vem sempre da lei e é exclusiva em razão da matéria, nada existe a fazer para inovar a relação jurídica.

Não há aqui, na hipótese da existência de ação expropriatória ajuizada, como formular conceitos que estejam em conflito com o direito positivo, ou seja, com o conjunto de regras em vigor e que se impõem às pessoas e às instituições, sob a coação judicial.

É o caso, *in concreto*, da desistência de qualquer ação, expropriatória ou não, regularmente ajuizada, «sem o consentimento do réu», após decorrido o prazo para a resposta.

XII

Na sábia lição de PONTES DE MIRANDA: «O processo extingue-se sem o julgamento do mérito se o autor desiste da ação (no sentido do direito processual); até a resposta do réu, pode o autor desistir da ação, a seu arbítrio; depois de decorrido o prazo, não: precisa do consentimento do réu» (23).

Para HÉLIO TORNAGHI, a desistência é «ato exclusivo do autor, enquanto o réu não oferece resposta». O problema se coloca na «manifestação do autor e assentimento do réu, a partir do momento em que esse responde ou perde o prazo para fazê-lo» (24).

No entender de E. D. MONIZ DE ARAGÃO, «a anuência do réu somente será necessária se este houver respondido à ação; se revel, evidentemente não terá o direito de se opor à desistência; o seu assentimento é necessário a partir do instante em que apresentada a resposta, mesmo que o prazo para a prática desse ato

ainda não esteja vencido; se o réu responder no primeiro dia, desde aí terá de ser ouvido sobre o pedido de desistência» (25).

Para SÉRGIO S. FADEL, a «limitação à manifestação unilateral de vontade do autor na desistência da ação ocorrerá se já houver fluído o prazo para a defesa do réu, com ou sem contestação; nessa hipótese a desistência está condicionada à concordância ou ao consentimento do réu» (26).

Quem desiste do processo, sem dúvida, «restringe a sua vontade exclusivamente ao processo» como informa ARRUDA ALVIM (27), ficando no nosso entender condicionado às regras processuais pertinentes, ou seja, à disposição impetrativa do § 4º, do Art. 267, do Código de Processo Civil.

Quanto ao inciso VIII do citado artigo, decorre de um enunciado-tese de caráter geral, entendendo-se na sua aplicabilidade em harmonia com o inciso XI da lei processual, conduzindo necessariamente ao § 4º, que só pode ser considerado pela autonomia do pensamento que nele se contém.

XIII

Na verdade, a desapropriação assume na área judicial, muito embora o processo seja peculiar, todas as características de uma ação. Dai, nos seus pressupostos, a válida lição de CRETELLA JÚNIOR (28), assentada na boa doutrina e no direito posto;

a) «a fase judicial ou contenciosa do procedimento expropriatório principia depois de encerrado o primeiro estágio da desapropriação, que é a fase administrativa;

b) «o processo civil expropriatório começa por iniciativa do Estado, desenvolvendo-se mediante impulso oficial;

c) «considera-se proposta a ação assim que a petição inicial for despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara».

Muito embora haja características essenciais à natureza do processo e consoante os diferentes atos a exercitar, é pacífico na doutrina comparada e no pensamento doutrinário que o pro-

cesso judicial expropriatório se *faz ação* no conceito jurídico exato da expressão (29).

Com respeito às normas legais ou processuais aplicáveis, aberta a fase judicial que corresponde à ação expropriatória propriamente dita, e feita a citação, a causa segue o rito ordinário, compreendendo o pedido, a resposta-contestação, o despacho saneador e a audiência de instrução e julgamento.

XIV

Para concluir, vale a pena insistir e repetir:

a) no tocante ao processo judicial (Arts. de 11 a 30 do Decreto-lei nº 3.365), a ação expropriatória, pelo seu rito ordinário, é uma ação qualificada e distinta como as demais ações apenas nos seus objetivos;

b) não capitulando a possibilidade da desistência sempre possível, quem sabe mesmo tenha ocorrido omissão voluntária, a omissão se resolve (Art. 42) determinativamente com a aplicação do Código de Processo Civil.

Na fase judicial, a mais importante, não havendo acordo, só antes do prazo para contestação se torna viável a desistência. Não se formalizando a concordância num único ponto essencial que se resume no entendimento sobre o preço, a *actio* prossegue no rito ordinário, declarando o Juiz saneado o processo.

Além de obediência ao princípio do mandamento constitucional, à decisão voluntária mediante normal processo administrativo preparador da expropriação, o direito positivo e o processual estão a aconselhar respeito pelas regras e pelos trâmites de procedimento judicial (30).

Quanto às cautelas processuais em juízo, provêm necessariamente da tutela jurisdicional, da proteção que se dá ao particular em igualdade de condições na relação jurídica estabelecida, para exigir o exato cumprimento das imposições positivas regradas e normadas.

ANOTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- (1) V. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro* — Rio de Janeiro, 1949 — pág. 282.
- (2) HELY LOPES MEIRELLES — *Direito Administrativo Brasileiro* — São Paulo, 1975 — pág. 559.
- (3) N/livro — *Do Mandado de Segurança nas Desapropriações* — São Paulo, 1976 — págs. 147/8.
- (4) Arts. de 11 a 42 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.
- (5) «No que esta lei for omissa, aplica-se o Código de Processo Civil» (Art. 42 do Decreto-lei nº 3.365).
- (6) *Expropriation in the Americas — A Comparative Law Study* — University Press of Cambridge — New York, 1971.
- (7) V. *Régimen Jurídico de La Expropiación* — Buenos Aires, 1973 — pág. 378.
- (8) No Direito Brasileiro, o art. 42 do Decreto-lei nº 3.365.
- (9) A. WALTER VILLEGAS — *ob. cit.* — págs. 416/17.
- (10) Art. 267 do Código de Processo Civil.
- (11) V. *Tratado de Direito Administrativo* — Vol. IX — *Desapropriação no Direito Brasileiro* — Rio de Janeiro, 1972 — pág. 275.
- (12) CRETELA — *ob. cit.* — Vol. IX — pág. 275.
- (13) BARTOLOMÉ A. FIORINI — *Manual de Derecho Administrativo* — Vol. II — Buenos Aires, 1968 — pág. 877.
- (14) V. *Manual* — *cit.* — Vol. II — pág. 892.
- (15) FIORINI — *ob. cit.* — Vol. II — pág. 892.
- (16) FIORINI — *ob. cit.* — Vol. II — págs. 892/7.
- (17) V. *Tratado de Derecho Administrativo* — Vol. I — Montevideo, 1953 — pág. 615.
- (18) SAYAGUÉS LASO — *ob. cit.* — Vol. I — pág. 619.
- (19) V. *Corso Di Diritto Amministrativo* — Vol. I — Milão, 1942/46 — pág. 313.
- (20) MARCEL WALINE — *Traité Élémentaire de Droit Administratif* — Paris, 1950 — págs. 443/5. Em tese consulte-se: Marcus Lefébure — *Le Pouvoir D'Action Unilaterale de L'Administration en Droit Anglais et Français* — Paris, 1971.
- (21) V. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo* — Rio de Janeiro, 1977 — pág. 462.
- (22) MARCELO CAETANO — *ob. cit.* — pág. 462.
- (23) V. *Comentários ao Código de Processo Civil* — Vol. III — Rio de Janeiro, 1974 — pág. 437.
- (24) V. *Comentários ao Código de Processo Civil* — Vol. II — São Paulo, 1975 — pág. 338.

(25) V. *Comentários ao Código de Processo Civil* — Vol. II — Rio de Janeiro, 1974 — pág. 444.

(26) V. *Código de Processo Civil Comentado* — Tomo II — Rio de Janeiro, 1975 — págs. 95/6.

(27) V. *Direito Processual Civil — Teoria Geral do Processo de Conhecimento* — Vol. I — São Paulo, 1972 — pág. 358.

(28) V. *Comentários às Leis de Desapropriação* — São Paulo, 1976 — pág. 231.

(29) Busque-se consultar: Bartolomei Franco — *L'Espropriazione Nel Diritto Pubblico* — Milão, 1965; J. M. Auby — *L'Expropriation* — Paris, 1967; J. Canasi — *Tratado Teorico e Practico de la Expropiación Pública* — Buenos Aires, 1967; Michele Rossano — *L'Espropriazione Per Pubblica Utilità* — Turim, 1964; Pietro Virga — *L'Espropriazione* — Palermo, 1962; Pasquale Carugno — *L'Espropriazione Per Pubblica Utilità* — Milão, 1967; Alain Le Tarnec — *Manuel de L'Expropriation* — Paris, 1960; Francisco Pera Verdaguer — *Expropiación Forzosa* — Barcelona, 1963; German J. Bidart Campos — *Régimen Constitucional de la Expropiación* — Buenos Aires, 1971.

(30) N/livro — *Desapropriação* — 2ª edição — *Legislação Comparada Sobre Desapropriações* — São Paulo, 1977.

