

	PÁGS.
Na hipótese <i>sub judice</i> , deve ainda o processo ser apreciado pela ACCC para o efeito de readaptação dos recorrentes no cargo de Controlador de Seguros	436
— Enquadramento readaptativo. — Provado o desvio de função por absoluta necessidade do serviço, desde que o servidor ainda se mantenha no exercício desviado, não há como se negar o interesse da Administração	443
— Certidão. O pedido de certidão para instruir ação judicial deve ser feito através da autoridade judicial, mediante requisição. — O mandamento constitucional que garante o direito à certidão se há de entender, nos termos do item III do § 36 do artigo 141 da Carta Magna, em harmonia com a lei, no caso, os dispositivos do Código de Processo Civil relativos à espécie....	446
— Servidor sob o regime de remuneração previsto no art. 233 da Lei n.º 880, de 1956. — Direito a opção pelo vencimento do cargo efetivo. — É lícito ao servidor, sob o regime de remuneração previsto no art. 233 da Lei n.º 880, de 1956, renunciar a tal direito e optar pelo vencimento do cargo efetivo, quando o uso do benefício redunde em prejuízo	450
— Nível educacional. Interpretação legal e prova. — O que a lei determina, em casos de enquadramento, readaptação ou semelhantes, é a prova evidente do nível educacional exigido, mediante ou não a apresentação de diplomas, certificados ou comprovantes de cursos. — Para esse efeito, é válido o documento expedido por estabelecimento idôneo de ensino livre posteriormente oficializado, comprobatório de curso terminado antes da reforma do ensino, de 1932 — Os exames e testes na ESPEG constituem prova de caráter supletivo, a ser produzida somente nas hipóteses de ausência de prova idônea de nível educacional	455
 ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL	
A cidade do Rio de Janeiro — Sua fundação e seu termo — MAURÍCIO A. T. DE CASTRO	463
Taxa estadual de proteção contra incêndio — Memorial do Dr. M. SERRA FAGUNDES e Pareceres dos Professores ALIOMAR BALEEIRO e CAIO TÁCITO	557
Processo administrativo-fiscal	598
Seminário para o fomento da pequena indústria — JOSIO DE SALLES ...	665
Homenagem ao Presidente do Tribunal de Justiça	685

CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

JOÃO DE OLIVEIRA FILHO

Advogado no Estado da Guanabara
Ex-Presidente do Instituto dos Advogados
Brasileiros

1. *Controvérsia em torno do conceito de Direito Administrativo.* — A controvérsia entre os juristas sobre o conceito do Direito Administrativo se manifesta nas definições, dadas por cada um, desse ramo do direito positivo dos Estados modernos.

Admitido como parte do Direito Público, ensinado nas Escolas de Direito, ainda não adquiriu em nosso país a categoria especial de direito, como o civil, o comercial, o penal, o processual, o eleitoral, o aeronáutico, o do trabalho (1), o agrário (2). Nem foi incluído no rol da legislação sobre normas gerais, como as do direito financeiro, do seguro e previdência, de defesa e proteção da saúde, do regime penitenciário (3).

À primeira vista, considerado como o ramo do Direito que rege a Administração Pública, tem-se entendido que seria necessário definir o que seja Administração Pública e analisar as relações entre a administração e o Direito (4).

Na realidade, porém, o que se está verificando é que uma entidade está cada vez mais se acentuando com o nome de Administração Pública, com direitos e obrigações concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações. Não é o Estado, mas participa de suas prerrogativas de soberania para o conceito desta dar ao direito respectivo a tônica que o diferencia dos outros ramos do direito positivo.

(1) Constituição de 1946, art. 5.º, XV, letra a.

(2) Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964.

(3) Constituição de 1946, art. 5.º, XV, letra b.

(4) JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 7.

2. *Definições de Direito Administrativo.* — Passando em revista os autores de Direito Administrativo, podemos colhêr em suas obras os diversos conceitos que vieram dando dêsse ramo do direito.

Sem a menor preocupação de classificação sob o ponto de vista em que os juristas se colocam para darem os respectivos conceitos dêsse ramo do Direito cada dia mais em evolução, vamos transcrever as definições dadas em suas obras, cujas denominações também deixamos de dar, por conhecidas.

Notaremos nelas mais a preocupação de serem arrolados os aspectos da vida governamental e social em que êsse direito se torna específico, do que a visão da entidade Administração Pública como capaz de direitos e obrigações na ordem pública, qual a acentuada por JELLINEK — “O Direito Administrativo compreende a doutrina do direito objetivo que rege a Administração, as relações jurídicas da Administração e os recíprocos direitos e deveres entre o Estado, que administra, e os administrados”.

3. *As definições dadas pelos juristas do Direito Administrativo.* — Passamos a transcrevê-las, sem têrmos a pretensão de ser esgotado o seu elenco.

É o direito político especial da função administrativa do Estado (POSADA HERRERA).

É o sistema de princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado, para a realização dos seus fins (ORLANDO).

Ramo do Direito Público que regula a atividade do Estado e dos organismos públicos, para cumprimento dos fins administrativos (GARCIA OVIEDO).

Ramo do Direito Público que regula a organização, quer jurídica, quer técnica, das administrações públicas, inclusive o exercício de suas prerrogativas (HAURIOU).

Conjunto de normas positivas e de princípios de direito público concernentes à instituição e funcionamento dos serviços públicos e ao conseqüente contrôlo jurisdicional (BIELSA).

Conjunto de regras que presidem à organização e funcionamento dos serviços públicos (LAFERRIÈRE).

Conjunto de regras que governam a atividade dos agentes públicos, salvo os legisladores e os juizes; fixam a extensão e os limites dos seus poderes, seja nas suas relações recíprocas, seja nas que mantêm com os administrados (WALINE).

É o condicionamento jurídico da gestão administrativa do Estado, considerada em si mesma, nas relações jurídicas que produz, e nos recursos criados para contrastar sua legalidade (VELASCO).

Parte do Direito Público que regula a estrutura e o funcionamento da administração e o exercício da função administrativa (SAYAGUEZ LASO).

É o conjunto de normas que disciplinam as relações entre os cidadãos e o Estado em quanto êste age como autoridade, nos casos concretos, para a realização dos seus escopos de ordem, civilização e bem-estar social (CAMMEO).

É a parte da normação jurídica que atende à administração pública (GIANNINI).

Direito administrativo é o complexo de normas jurídicas que regula a atividade concreta do Estado (administração) para o conseguimento dos fins nacionais (RISPOLI).

Direito administrativo compreende as normas jurídicas que se referem à organização do poder executivo ou regulam a atividade que o poder público desenvolve com caráter de atividade concreta, dirigida ao conseguimento dos fins do Estado (UGO FORTI).

Complexo de normas tendo por objeto a disciplina da função administrativa do Estado, e as suas relações que à realização de ditas funções se prendem (ALESSI).

Conjunto autônomo de normas que regulam a organização da administração pública, bem como a ação pela mesma desenvolvida com eficácia própria dos atos administrativos (SANDULLI).

O Direito Administrativo estuda o conjunto de normas ou regras jurídicas relativas à atividade encaminhada à realização dos fins de interêsse geral (GASCON Y MARIN).

O Direito Administrativo pròpriamente dito é a ciência da ação e da competência do Poder Executivo, das administrações gerais e locais, e dos Conselhos Administrativos, em suas relações com os interêsses ou direitos dos administrados, ou com o interêsse geral do Estado (VISCONDE DE URUGUAI).

Direito Administrativo é o ramo do direito público que regula a estrutura e o funcionamento da administração pública; regula também as relações entre a administração e terceiros, quando vinculadas às finalidades próprias dos serviços públicos (TEMÍSTOCLES B. CAVALCÂNTI).

O Direito Administrativo é o conjunto das regras jurídicas que se referem à organização dos agentes do poder administrativo e suas relações com os indivíduos, bem como às relações daqueles entre si (YORODZU ODA).

O Direito Administrativo é o conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica do Estado, exceto a judiciária, e a instituição dos meios e órgãos de sua ação em geral (MÁRIO MASAGÃO).

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público Interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR).

O Direito Administrativo juridicamente ordena a atividade do Estado, quanto à organização, ou seja, quanto aos modos ou aos meios da sua ação, e quanto à sua própria ação, ou seja, legislativa e executiva, através de atos jurídicos normativos ou concretos, na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, em que participa de maneira direta e imediata (OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO).

É o complexo das normas jurídicas que regulam o ordenamento da administração pública, a ação administrativa e as relações com as pessoas físicas e jurídicas viventes no Estado (SALANDRA).

O Direito Administrativo compreende e estuda o conjunto daquelas normas positivas emanadas dos poderes legislativo e executivo, que infundem no organismo da administração ativa e nas suas várias funções a força de direito vigente (STEIN).

Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras jurídicas que normam a organização e as relações do Estado nas diversas manifestações de sua atividade (ONOFRE MENDES JÚNIOR).

Direito Administrativo é um complexo de normas e de princípios de direito público interno que regulam as relações entre os entes públicos e os particulares ou entre aqueles entre si, para a satisfação concreta, direta e imediata das necessidades coletivas, debaixo da ordem jurídica estatal (VILLEGAS BASAVILBASO).

O Direito Administrativo se limita a normar o exercício das atribuições do Estado, quando dito exercício reveste a forma da função administrativa (GABINO FRAGA).

O Direito Administrativo é o sistema das normas jurídicas que disciplinam as relações pelas quais o Estado, ou a pessoa que com ele coopere, exerça a iniciativa de prosseguir interesses coletivos utilizando o privilégio da execução prévia (MARCELO CAETANO).

Direito Administrativo é o complexo de normas jurídicas que regulam a organização e a atividade da Administração Pública em sentido formal (DONATI).

O Direito Administrativo tem por objeto formular as regras especiais que convém para o bom funcionamento dos serviços públicos (GASTON JÉZE).

O complexo das normas jurídicas que regula a atividade da administração pública e exclusivamente tal atividade, constitui o direito administrativo (ENRICO PRESUTTI).

Definimos o Direito Administrativo como aquela parte do Direito público que determina a organização e comportamento da Administração direta ou indireta do Estado, disciplinando suas relações jurídicas com o administrado (FERNANDO GARRIDO FALLA).

Direito Administrativo, no sentido literal do termo, quer dizer direito relativo à administração; designa o direito que lhe é aplicável (OTTO MAYER).

Direito Administrativo é um complexo de normas jurídicas reguladoras das relações entre a administração pública e os outros sujeitos de direito (ZANOBINI).

Podemos definir o Direito Administrativo como o conjunto de princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado e a de todas aquelas entidades que e enquanto se propõem à realização dos fins de interesse público (ANTONIO ROYO-VILLANOVA).

É o Direito Administrativo a parte do ordenamento jurídico que tem por objeto a organização, os meios e as formas da atividade da administração pública e as conseqüentes relações jurídicas entre a mesma e os outros sujeitos de direito (ARTURO LENTINI).

O Direito Administrativo analisa o mecanismo da máquina governamental. Como o aparelho é construído, é o direito constitucional que nos ensina; como trabalha, como funciona cada uma de suas peças, é a matéria do direito administrativo (BERTHELEMY).

O Direito Administrativo é essencialmente a parte do direito que se ocupa diretamente do interesse geral, do interesse do público (PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE).

Direito Administrativo é a ciência jurídica que estuda os princípios que inspiram e as normas que regulam a organização, as funções e a jurisdição administrativas, compreendidas no último as garantias contencioso-administrativas (SABINO ALVAREZ-GENDIN).

Direito Administrativo é o direito que, na execução da Constituição, disciplina a atividade administrativa no seu modo de ser e de operar, os poderes jurídicos dos quais é expressão, nos sujeitos que deles são investidos, nas manifestações através das quais se desenvolvem, nas relações que delas derivam e nas situações às quais dá lugar (ALFONSO TESAURO).

Direito Administrativo é o ramo do direito público interno que compreende a organização e a atividade do que se chama correntemente a Administração, quer dizer o conjunto das autoridades, agentes e organismo, encarregados, sob a impulsão dos poderes políticos, de assegurar as múltiplas intervenções do Estado moderno (ANDRÉ DE LAUBADÈRE).

4. *A razão dessa diversidade de conceitos mais ou menos idênticos.* — A razão plausível dessa diversidade de conceitos, cada autor entendendo de dar o seu, deriva do fato de vir aparecendo o Direito Administrativo por efeito de necessidade social, à medida da evolução da concepção do Estado-social, do Estado-liberal ou do Estado-benemerência, ou do Estado-proteção, em substituição do Estado-patrimonial ou do Estado-polícia, conforme era entendido até o início do século XIX.

5. *O que era o Estado Patrimonial.* — Entre os Romanos o “Poder Público” era um direito pertencente a algum titular. Seu titular era o Povo Romano. Pela *lex regia* o povo transmitia êsse direito ao Príncipe. Era constituído do *imperium* e da *potestas*. “Quod principi placuit legis habet vigorem ut pote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populos ei et in eum omne suam imperium et potestatem comperat” (ULPIANO, *Dig. L. 4, L. 1, Pr.*).

Com o evoluir dos tempos, o Imperador passou a ter o direito pessoal do *imperium* e da *potestas*. Não lhe vinha mais por delegação ou por transmissão, mas como propriedade inerente ao título.

O Imperador era titular, por propriedade, do direito de poder — *imperium* e *potestas* — ou seja, de impor aos outros sua vontade pelo fato de ser sua vontade. A obediência do povo era atributo do poder público.

Mais tarde houve o desdobramento dos dois atributos do Poder Público, quando se formou o feudalismo.

No regime feudal, o senhor feudal não tinha o *imperium*. Tinha a *potestas*. Havia um contrato entre o senhor feudal e o vassalo. Era o senhor feudal um contratante que pedia ao vassalo a exe-

cução de obrigações que assumia em contraprestação daquelas que o senhor feudal se obrigava a lhe prestar. Êsse aspecto de obrigação mútua, de ação voluntária e de contrato implícito, veio se modificando, de tal sorte que nos Estados modernos ainda aparece na configuração dos impostos, que o contribuinte paga para o Estado lhe dar diversos serviços públicos.

A noção do *imperium*, entretanto, permanece e veio a ficar de propriedade do Rei. Da mesma forma que a propriedade das coisas se tornou um direito absoluto do indivíduo, assim pelo *imperium* se tornou o Rei proprietário do direito absoluto sobre seu reino. Ficou transmissível por herança.

Estado era o mesmo que direito patrimonial do Rei.

LOYSEAU, *Traité des Offices*, no Século XVII, dizia que o Rei era “perfeito senhor, tendo em perfeição a propriedade de todo poder público”.

6. *Relações entre os Chefes dos Estados patrimoniais e os seus súditos.* — Não se fazia diferença alguma entre as faculdades privadas e as públicas, de caráter jurídico, que as pessoas tivessem. Um e outras faculdades dimanavam de um Direito de igual natureza. Neste sistema jurídico único, uniforme, a ordem que a autoridade pública dava ao súdito em virtude de sua soberania e as ações do súdito contra o Poder público, fundadas no direito adquirido (*jus quaesitum*), eram pretensões equivalentes. Se alguém discutia a pretensão, tinha de provar o título aquisitivo. O Poder público consistia em um conjunto de direitos de soberania postos nas mãos do Príncipe, o qual, sem embargo, não podia exercitá-los senão para o bem comum (*iura regalia*). O centro de gravidade dêste desenvolvimento veio a se fixar no Território. Era sobre o território que se exercia a jurisdição. O Poder público tinha por fundamento a salvaguarda do Direito, a proteção jurídica. Pode-se considerar tôda esta época com o período dos direitos de soberania dos princípios territoriais (*Estado patrimonial*) (5).

Os direitos do Príncipe são denominados de supremacia territorial (6).

Êsse conceito de dominialidade se verifica perfeitamente quanto aos bens. Na concepção feudal, as coisas públicas eram de proprie-

(5) FRITZ FLEINER, *Derecho Administrativo*, trad. esp., pág. 25.

(6) OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. esp., volume I, pág. 30.

dade dos reis ou dos senhores, segundo as regras da propriedade feudal, quer dizer da propriedade privada. O uso dessas coisas repousava em permissão do proprietário (7).

Contra a extensão dessas prerrogativas foram aparecendo os *direitos naturais do homem*. Contrabalançariam o aumento dos direitos patrimoniais do príncipe ou dos reis.

A concepção patrimonial do Estado — escreve Kelsen — que vê no monarca o proprietário de todo o território estatal e dos homens que nêle habitam, é um aspecto da teoria teocrático-patriarcalista, influenciada pela idéia da propriedade privada. A imagem e semelhança de Deus, proprietário do mundo, e do pai, que possui em propriedade todos os bens da família, o rei é proprietário de tudo aquilo a que se refere o poder real, isto é, a ordem estatal (8).

7. *O que veio a ser denominado Estado-proteção ou Estado-providência ou Estado-social*. — No momento histórico em que os direitos naturais do homem passaram a exigir que o Príncipe ou o Rei cuidasse do bem comum, começou a se diluir a sua função capital de defesa do território contra a conquista de outros povos e de manutenção da ordem entre os habitantes desse território.

Era o Estado-polícia ou o Estado-liberal. A coerção era a mínima. O grau de liberdade, o máximo.

No Estado-providência, no Estado-socialista, no Estado-proteção, o grau de coerção pode chegar ao máximo, para a liberdade abaixar ao mínimo.

8. *O “Estado-Polícia” e o “Estado-Providência”*. — A atividade do Estado foi se tornando cada vez mais envolvente das atividades dos indivíduos. O Estado chamado “polícia”, para a manutenção da ordem pública entre os cidadãos, passou a ser Estado de “justiça social”, para conciliar a liberdade de iniciativa dos indivíduos com a repressão de todos os seus abusos.

Sob o ponto de vista de “escolas”, o Estado seria individualista ou socialista. Pela primeira o Estado deve limitar-se a garantir as relações jurídicas, deixando a máxima liberdade para os indivíduos; o Estado intervém para garantir o direito subjetivo violado (justiça), ou a sua existência em frente dos outros cidadãos ou do Estado (fôrça pública e fôrça armada). Pela segunda, o Estado deve

(7) MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, pág. 24.

(8) HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. esp., pág. 422.

intervir nas relações físicas, econômicas, intelectuais, morais, educacionais, familiares, etc., contribuindo para o bem-estar social.

Todos êsses aspectos passaram a ser de interêsse do Estado. Assim como a administração particular consiste em cuidar a pessoa dos seus próprios interêsses, assim a administração pública passou a cuidar desses interêsses que lhe ficaram próprios, pela invasão do Estado no campo da iniciativa privada.

9. *Desnecessidade de um Direito Administrativo, para regular a Administração Pública*. — Se é exato que a administração é a atividade do govêrno cumprindo os deveres do Estado, seguia-se a idéia de que, por definição, a administração poderia perfeitamente se passar sem disposições jurídicas especiais. Podia-se, perfeitamente, imaginar o Estado se submetendo, no exercício dessa atividade, ao Direito geral em vigor para as outras pessoas jurídicas, sentindo-se satisfeito com êsse direito (9).

Ê, com efeito, o que acontece com relação a grupos importantes e complexos de trabalhos administrativos, tais como a administração dos bens dominiais, das florestas, das minas, das fábricas ou a exploração de outras emprêsas industriais ou comerciais. Podia-se perfeitamente representar, como a história ensina e como tal acontece de ordinário, que essa administração, qual a dos correios, do ensino e de outros serviços de interêsse da prosperidade pública, se submetesse às regras comuns do Direito geral. Seria exceção o caso em que a atividade administrativa do Estado tivesse de obedecer a disposições jurídicas especiais. Mas o contrário ficou evidenciado. Para cumprir suas funções administrativas, o Estado veio a ter necessidade de regras jurídicas especiais, que, se não fôssem necessárias, pelo menos seriam úteis (10).

Essas regras jurídicas particulares se dividem em duas categorias, de caracteres diferentes. O Estado faz uso, por vêzes, a fim de realizar suas obrigações, de seu direito soberano sôbre o país e sôbre os seus habitantes. Exige certas prestações, ordena certos atos e limita, por meio de interdições, a liberdade de ação dos indivíduos.

Por vêzes, porém, ao contrário, renuncia a fazer valer seu *imperium* e se coloca no mesmo nível que outras pessoas jurídicas.

(9) PAUL LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, 1901, tomo II, pág. 525.

(10) LABAND, *op. cit.*, pág. 525.

O *imperium* não é, no Estado moderno civilizado, um poder arbitrário. É regular, segundo regras jurídicas. É a característica do “Estado de direito”. O Estado não poderá exigir de seus súditos um ato positivo ou negativo, impor-lhe ou lhes interdizer o que quer que seja, senão em virtude de um princípio jurídico. Podem provir essas regras do Direito costumeiro; mas, ordinariamente, no Estado moderno, são incluídas em leis. Essas leis têm por fim uma restrição do poder do Estado (11).

Mas o Estado cria máximas jurídicas mais vantajosas para si próprio, máximas jurídicas especiais, que modificam o Direito privado, o Direito Penal ou o processo. As próprias leis comuns trazem modificações em benefício do Estado (12).

Essas disposições vieram a constituir a característica do Direito Administrativo.

O Direito transmitido pela Idade Média foi dando lugar a um Direito modificado e desenvolvido sobre todos os seus pontos por ordenação administrativa dos conselhos das cidades, por instituições e ordenanças administrativas que os soberanos dirigiam a seus *baillis*, a seus contadores, a seus juízes áulicos, a seus presidentes de câmaras, em uma palavra, a seus funcionários (13).

10. *A figura do “Fisco” para ressaltar a situação do soberano.* — Submetido o Príncipe aos tribunais na mesma situação em que estavam os súditos, foi procurando aquêle criar privilégios, como o de *non apellando*, o de *non evocando*, ou então usando da violência, e afinal, isentando-se dos julgamentos, e criando a figura do “Fisco”. O patrimônio público não pertencia nem ao Príncipe, nem ao Estado soberano, mas a uma pessoa jurídica distinta de ambos. O Fisco poderia, como um particular qualquer, submeter-se às normas jurídicas e aos Tribunais, regendo-se pelo Direito Civil (14).

Em virtude dessa mesma teoria, os Tribunais civis obtiveram a faculdade de condenar o Fisco ao pagamento de uma soma como indenização em favor do súdito cujo direito particular adquirido tivesse sido lesado por uma disposição da autoridade. A indenização por lesão de direitos adquiridos assumiu, assim, o caráter de uma instituição de proteção jurídica na esfera do Direito público,

que não tinha seu fundamento em distinguir se o Estado tinha agido legal ou ilegalmente. Basta recordar o ponto de partida de toda a teoria: a expropriação forçada (15).

11. *A formação do Direito Administrativo.* — Assim começou a formação do Direito Administrativo, como se não fôsse Direito público. Aplicava as fórmulas do Direito comum. Ainda hoje tem que lutar para seu reconhecimento frente ao predomínio do Direito privado, que encontra seu apoio em completa codificação. O Direito civil passou a ser aplicado pela Administração pública, pois para numerosas relações dessa Administração pública faltavam normas jurídicas aplicáveis a cada suposto caso (16).

12. *A prevalência do Direito público para reger a administração do Estado.* — A evolução foi dando ao Direito público a supremacia nos grandes setores da atividade pública do Governo, eliminando dela o Direito civil. Esta exclusão do Direito civil tem sua justificação na circunstância de que este Direito parte da igualdade jurídica dos indivíduos e está concebido para equilibrar os interesses igualmente legítimos dos particulares. Porém, à medida que foi aumentando o círculo dos interesses do Estado, a Administração pública se viu na impossibilidade de tratar seus assuntos, frente aos cidadãos, com os meios do Direito privado. Só com o auxílio do poder de soberania e autoridade, o Estado seria capaz de realizar seus últimos e mais altos fins. Desde o momento em que a Administração pública se colocou em frente dos cidadãos de um modo soberano e autoritário, tornou-se inaplicável o Direito civil, que coloca as partes em um mesmo nível (17).

13. *As modificações do Direito privado.* — Ao aplicar os institutos do Direito Privado nas suas relações de Direito público, o Estado sentiu-se na necessidade de usar do seu poder eminente, da mesma forma que os indivíduos usavam da autonomia da sua vontade. Se a autonomia da vontade do indivíduo ficava restringida pela regra da cláusula potestativa, isto é, da cláusula unilateral em benefício de uma das partes, achou o Estado, porém, que essa limitação não se coadunava com o conceito de soberania, ou de poder eminente, de que era detentor.

(11) LABAND, *op. cit.*, *ead. loc.*, pág. 526.

(12) LABAND, *op. cit.*, *ead. loc.*, pág. 526.

(13) LABAND, *op. cit.*, *ead. loc.*, pág. 529.

(14) FLEINER, *op. cit.*, pág. 28/9.

(15) FLEINER, *op. cit.*, pág. 29/30.

(16) FLEINER, *op. cit.*, pág. 36.

(17) FLEINER, *op. cit.*, pág. 35.

14. *O aparecimento da cláusula exorbitante.* — Essa exigência do Estado nas suas relações com os indivíduos passou a se denominar “cláusula exorbitante”, ou seja exorbitante do Direito comum.

15. *Conceito de cláusula exorbitante.* — Cláusula exorbitante ou extraordinária é a estipulação derogatória do direito comum. Quando o Estado era patrimonial, propriedade do Rei ou do Príncipe, e a sua vontade era o que se tinha por direito a ser obedecido, a ação administrativa se exercia sem aparência de qualquer exceção do direito comum. Depois que o Poder Público deixou de ser propriedade do seu detentor, transmissível por qualquer meio de direito, para ser propriedade da soberania nacional, passando o Estado com domínio eminente a ser Estado de Direito, pessoa jurídica submetida às mesmas regras de direito comum aplicáveis aos cidadãos, veio se insinuando a prática de que, em certas circunstâncias, era permitido ao Estado exorbitar do direito comum, reconhecendo-se-lhe legitimidade para êsse benefício.

No fundo, porém, a cláusula exorbitante nada mais era que reminiscência da primitiva liberdade do Poder Público de administrar os seus bens, os seus interesses, as suas obrigações e as suas relações com os cidadãos ou com as demais pessoas ou entidades atuantes na vida social do país.

Apareceria, agora, como derogatória do direito comum, como direito extraordinário do Poder Público, como característico diferencial dos contratos administrativos com relação aos contratos de direito privado.

Dir-se-ia ser matéria de direito público, ou questão de direito público, de poder tal cláusula ser imposta e não admitida por acôrdo entre partes. Teria o caráter de prerrogativa do Poder Público, por ser inabitual ou ilícita nos negócios entre pessoas de direito comum, ou seja por trazer a marca do direito público.

16. *Exemplos de cláusulas exorbitantes.* — Imposição de medidas unilaterais, rescisão unilateral de acordos, penalidades impostas por simples fiscais, penalidades impostas por superiores hierárquicos, exonerações, demissões, multa, extinção de cargos, intervenção nos serviços, contrôle, supervisão, contratos obrigatórios, como p. ex. os seguros de mercadorias, de trabalho, o direito de requisição, de desapropriação, etc.

17. *A cláusula exorbitante como característico da administração pública e do Direito Administrativo.* — O que se denomina cláusula exorbitante ou derogatória do direito comum tem sido considerado como elemento central dos contratos administrativos. Na realidade, porém, é o caráter diferencial da Administração Pública com relação à Administração Privada, como é a diferença específica entre o Direito Comum e o Direito Administrativo.

O Direito Administrativo agora não passa de ser o Direito Comercial, Criminal, Processual — com as disposições legislativas ou jurisprudenciais baseadas nas chamadas cláusulas exorbitantes.

A Administração Pública reivindica, e lhe é reconhecido, o privilégio de concluir contratos ou praticar atos jurídicos exorbitantes do Direito Comum, regidos pelo Direito Público.

18. *O Estado como técnica do bem social e o Direito Administrativo como regulador dessa técnica.* — O Estado evoluiu do Estado-polícia para o Estado-proteção social por meio de uma técnica semelhante à usada pelos indivíduos nas suas relações privadas. Da mesma forma como os indivíduos exerciam e exercem a administração privada dos seus bens e negócios, o Estado passou a exercer a administração pública de tudo quanto vai chamando para o âmbito da sua ação social. Em nosso tempo chegou a ser uma máquina formidável que funciona prodigiosamente, de uma maravilhosa eficiência pela quantidade e precisão dos seus meios, plantada no meio da sociedade, bastando tocar um botão para que suas enormes alavancas operem fulminantemente sobre qualquer parte do corpo social (JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La Rebelión de las Masas*, décima edición, pág. 128).

O direito que regula o funcionamento e os efeitos dessa máquina, que é a Administração Pública, é o Direito Administrativo.

Para coibir os excessos dessa máquina, há o Poder Legislativo, que estabelece em leis os princípios para o seu trabalho, e há o Poder Judiciário, para exercer o contrôle jurisdicional quanto a tais excessos, desvios e ausências.

19. *Conceito atual de Direito Administrativo.* — O conceito atual de Direito Administrativo é o de Direito comum aplicado pelo Estado nas suas relações de Poder público com os seus cidadãos e pessoas jurídicas que aquêle ou êstes formem, com a predominância das cláusulas exorbitantes do Direito comum e que se tornam legítimas quando o Estado age como poder, ou como *potestas*.

20. *O conceito que virá a ter o Direito Administrativo.* — Direito Administrativo será o que regula os direitos e obrigações de ordem da Administração Pública concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

21. *Administração Pública.* — O importante será considerar tudo quanto é e passará a ser objeto da Administração Pública.

22. *A intervenção do Estado nas diversas ordens da vida social.* — A intervenção do Estado na ordem econômica, para organizá-la conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, colocando o uso da propriedade sob condição do bem-estar social, reprimindo toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, organizando o regime das empresas concessionárias do serviço público, regulando o trabalho, considerado como obrigação social e como direito à existência digna, pondo a família sob a proteção especial do Estado, colocando a educação como direito de todos e como obrigação dos poderes públicos e de empresas de caráter privado, colocando as Forças Armadas como instituições permanentes para defenderem a Pátria e garantirem os Poderes Constitucionais, a lei e a ordem, e as prescrições relativas aos funcionários públicos, tudo vem a dar ao Estado função administrativa que não tinha mesmo até as duas primeiras décadas do século XX.

Até essa época o Estado tinha função unicamente política. Limitava-se à organização do Estado na ordem interna e à sua subsistência na ordem externa. Na ordem interna fazia as leis, dava a justiça entre os seus súditos, e mantinha a ordem pela punição dos crimes. Na ordem externa, defendia sua situação de país independente e soberano.

Com a evolução acentuada depois da Primeira Grande Guerra Mundial, com o mundo dos Ditadores, quer os socialistas, quer os comunistas, o Estado começou a entender que o uso do seu poder não se deveria limitar à iniciativa dos seus cidadãos, mas que poderia e deveria intervir diretamente na vida econômica e social dos seus súditos, até chegar ao atual período das planificações.

Já não se trata mais de simplesmente organizar, mas de planejar. Os planos são feitos com relação à indústria, ao comércio, ao transporte, com repercussão e efeitos na vida econômica e financeira do país.

Tôdas as leis atinentes à planificação são de Direito Administrativo.

Com relação ao uso dos bens públicos, as necessidades do trânsito impõem medidas que repercutem nos vários setores da vida das cidades.

As leis orgânicas atinentes aos assuntos de intervenção do Estado na vida social e econômica do país são leis de Direito Administrativo, para sua aplicação e para a sua inteligência se devendo ter em vista os princípios desse ramo do Direito.

23. *Administração Pública e planejamento.* — Essa evolução está bem fixada por CELSO FURTADO em um artigo publicado sobre *O Planejamento e o Estado* (18). Diz esse publicista:

“Na época do desenvolvimento capitalista clássico, as responsabilidades dos governos centrais, com jurisdição sobre extensos territórios, eram principalmente de índole política, e a prestação de serviços de interesse imediato para as coletividades estava sob a responsabilidade das autoridades locais, de fácil orientação e controle. As burocracias, na sua qualidade de maquinaria para o exercício de um poder impessoal, e articuladas em escalas hierárquicas, existiriam apenas como caso especial onde se formaram estados multinacionais, sob regime autocrático, ou nos impérios coloniais. Essas estruturas burocráticas atuavam essencialmente em apoio de sistemas de dominação estrangeira, orientando-se por critérios de racionalidade formal, similares aos que prevalecem nas organizações militares.

Nos países subdesenvolvidos de hoje, este problema apresenta aspectos inteiramente novos. Em primeiro lugar, as responsabilidades do Estado como agência prestadora de serviços se anteciparam ao desenvolvimento das bases materiais da sociedade. Em segundo lugar, as próprias funções políticas do Estado sofreram evolução significativa, quando a sociedade lhe atribuiu um papel reitor em seu próprio processo de desenvolvimento econômico e social. Desta forma, o crescimento do aparelho administrativo do Estado não deriva do desenvolvimento das

(18) *Correio da Manhã*, de 1.º de maio de 1965.

bases materiais da sociedade e do incremento mais do que proporcional da demanda daqueles serviços que, por sua natureza, devem ser prestados por instituições públicas. Seu crescimento resulta de decisões de índole política e reflete o despertar da coletividade para a natureza de seu problema de desenvolvimento”.

24. A palavra “administração”. — De longa data a ação do governo vem se denominando “administração”. Desde os egípcios, passando pela antiguidade clássica, a seguir pelo sistema feudal, depois pelas monarquias absolutas até a era dos Estados democráticos, tem sido sempre necessário cuidar das coletividades politicamente organizadas. Administrar é cuidar do que é seu, como do que é alheio. A atividade que uma pessoa física ou jurídica consagra à gestão de seus negócios, bens e interesses se denomina administração. Não é preciso que os bens sejam alheios para que haja administração. Originariamente, administrar é dirigir, ordenar, gestionar os seus próprios bens. Passou a significar ajudar, servir. É que a administração era feita por servidores, ou seja trabalhadores de baixo de ordem. Já em CÍCERO, “*administratio*” era “governo, manejo, direção”. Era ação e efeito de cuidar de bens, de direitos, de interesses. “*Administrare provinciam*” era expressão usada por CÍCERO. “*Minister*” era o assistente, o ajudante, “*Administrare*” era dar assistência, ajuda, auxílio.

Administração do Príncipe era gerir, cuidar, dirigir os bens e interesses do Príncipe.

No dia em que os bens e interesses do Príncipe passaram a ser do público — bens e dinheiros —, a administração do Príncipe passou a se denominar “administração pública”. Deixou o Estado de ser patrimonial, propriedade do Príncipe ou do Rei, para ser o Estado da soberania nacional.

25. Conceito de “Administração Pública”. — O Estado deixou de ser propriedade do Rei. Deixou de ser propriedade dos governantes. Passou a ser propriedade da soberania nacional. Os bens que eram do Rei passaram a ser do Estado. A administração dos bens dos Reis, que era administração pública, passou a ser administração dos bens do Estado, com a mesma denominação de “administração pública”.

A administração pública é, por isso, definida como a arte e a ciência da gestão aplicada nos bens, negócios e interesses do Estado.

Sua história é coextensiva da história da organização do governo. Cada forma de governo através dos séculos vem mais altamente desenvolvendo os sistemas de administração pública, a tomarem mais altos aspectos nos Estados industrializados.

A moderna administração emerge do sistema feudal para o Estado nacional e o seu escopo tem sido profundamente afetado pelas prevalecentes teorias das funções dos Estados. O mercantilismo, no século XVIII, deu origem a determinado sistema de administração pública. A revolução industrial operada na Inglaterra depois da primeira metade do século XIX deu outra direção à administração pública. Depois da Primeira Guerra Mundial (1914-1919) as funções do Estado foram aumentadas e a administração pública veio a se estender extraordinariamente com o emprêgo de todos os meios para a atender.

A intensidade da administração aumenta dia por dia e pode ser esperada em contínuo desenvolvimento por um indefinido tempo. Filosofia socializante do governo invade todos os sistemas de governo, quer os baseados no respeito à iniciativa privada, quer nos baseados nos diversos aspectos do socialismo.

26. *Administração Pública sob Direito*. — A administração pública era arbitrária nos tempos anteriores à instituição do Estado de Direito. Quando surgiu essa doutrina a administração pública passou a ser feita nos termos do direito. Mas, com a sua evolução, de nôvo se voltou à concepção de certos entraves jurídicos não prevalecerem contra o Governo na sua ação administrativa. Praticando os atos admitidos pelos institutos do direito ordinário, foram-se admitindo para a administração pública disposições extraordinárias que fazem a diferença específica entre a administração pública e a administração privada.

A moderna realidade social, determinada decisivamente pela técnica, a economia e — como consequência delas — pela massa do povo, impõem ao Estado o dever de planificar e dirigir em ampla medida, de reprimir aqui e fomentar ali, de unir em ordens duradouras os elementos poderosos e débeis, de criar e manter possibilidades de existência para milhões de seres, de repartir, de atuar como força conformadora, estabilizadora e conciliadora em meio de

um mundo de máxima vulnerabilidade. Tudo isso acarreta a faculdade que a Administração de épocas anteriores não conhecia nessa proporção.

Uma função de tão extraordinária influência não pode guiar-se tão-somente por critérios funcionais, senão também que tem de se orientar por cânones superiores, sob pena de deixar de reconhecer que a ordem social não é tão-somente uma estrutura funcional, senão também um complexo dirigido à realização da Justiça social.

Nessa feição a ação social do Estado é controlada pelo Poder Judiciário, para a defesa dos direitos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas que entram em contacto com a Administração.

27. *Conceito de Direito Administrativo.* — Pode-se, pois, dizer que assim como o Direito Civil é o conjunto de regras e institutos que regulam os direitos e as obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações, assim o Direito Administrativo vem a ser o conjunto das regras e institutos que regulam os direitos e as obrigações de ordem da Administração Pública concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

A INDEXAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS ASSISTENCIAIS

AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO

Professor das Faculdades de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e da Universidade do Brasil

1 — *A inflação e os contratos.* 2 — *Cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica.* 3 — *Cláusula de escala móvel.* 4 — *Proibição da cláusula-ouro.* 5 — *Legitimidade da cláusula escalar.* 6 e 7 — *A indexação no direito brasileiro.* 8 — *Conclusão.* 9 — *Indexação e usura.* 10 — *Promessa de compra e venda.* 11 — *A garantia hipotecária.* 12 — *Poder regulamentar estadual* (1).

A inflação e os contratos

1. A inflação e as conseqüências que dela decorrem sobre a estabilidade da moeda influem sobre os contratos em geral, chegando ao ponto de impedir ou, pelo menos, dificultar essencialmente a prática dos chamados contratos de execução diferida e contratos de duração ou de trato sucessivo.

Essa influência inibitória da instabilidade da moeda atua exatamente sobre o estímulo nuclear dos contratos onerosos, a sua causa segundo alguns, ou seja, o princípio do equilíbrio ou da equivalência das prestações.

Daí decorre uma atitude de resistência. Elimina-se a possibilidade de realizar contratos de prestação sucessiva, continuada ou diferida, a menos que se encontre uma fórmula de reajustamento das prestações.

(1) O presente trabalho foi escrito em abril de 1964. Por essa razão, nele não está mencionada a legislação ulterior, relativa à cláusula de escala móvel.