

NOTAS SOBRE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Vladimir da Rocha França¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo a identificação do conceito de função administrativa no direito positivo brasileiro. A função administrativa deve ser entendida como a atividade de expedição de comandos complementares aos comandos legislativos (a fim de lhes dar cumprimento) e sujeitos a controle jurisdicional, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por de quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), numa posição privilegiada e superior diante dos particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos constitucionais ou legalmente fixados.

Palavras-chave: *Direito administrativo; função administrativa.*

1 INTRODUÇÃO

Um ponto crucial na teoria geral da ciência do Direito Administrativo é o tema da função administrativa.

Partindo das categorias da Teoria Geral do Direito referentes à teoria das normas, tentamos aqui traçar um conceito de função administrativa compatível com o nosso Direito Positivo.

Faremo-lo dentro da perspectiva dogmática da ciência jurídica, tomando o Direito positivo pátrio como base empírica. São as normas jurídicas, e o prisma que as mesmas oferecem para os eventos do mundo social, o foco de convergência das reflexões que seguem.

Advertimos que a óptica adotada neste trabalho apenas constitui um corte metodológico, objetivando surpreender o plano do dever-ser no fenômeno da ação administrativa.

¹ Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UIPE). doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP, professor de Direito Administrativo da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte e da Universidade Potiguar. Advogado em Natal/RN

2 AS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas são proposições prescritivas – comandos – que são construídos a partir dos textos do Direito Positivo. A interpretação – a atribuição de significações (proposições) a símbolos – dos textos do Direito Positivo é caminho indispensável para a regulação jurídica da conduta humana. Sem interpretação, inexistente norma jurídica, comando jurídico.

Mas somente é possível constatar a norma jurídica completa quando se alcança uma unidade integral de significação deontica (dever-ser)², sendo, para tanto, necessário: identificar os textos do direito positivo; aferir os comandos veiculados por eles enunciados; e, por fim, conjugá-los para se obter a norma jurídica completa.³

Todos os enunciados do direito positivo são comandos, mas apenas numa acepção lata, podem ser denominados normas jurídicas. Isoladamente, eles são insuficientes para a regulação efetiva da conduta, ou seja, qualificá-la como obrigatória, proibida ou permitida. É a junção desses comandos que torna viável atingir essa finalidade.

O que caracteriza a norma jurídica, segundo Miguel Reale⁴, “é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. Como inexistente uma forma padrão para o revestimento lingüístico dos enunciados, faz-se necessário o emprego da formalização, ou seja, da busca das estruturas lógicas que as sustentam⁵.

As normas jurídicas em sentido estrito, as normas jurídicas completas, podem ser normas jurídicas de organização ou normas jurídicas de conduta⁶.

As normas jurídicas de conduta possuem uma estrutura bimembre, prescrita pelo próprio sistema do Direito Positivo, constituída por dois comandos, estruturados de modo hipotético-condicional⁷. Elas têm por objeto a conduta humana intersubjetiva, regulando-a consoante os padrões sociais incorporados ao sistema do Direito Positivo através de sua qualificação como obrigatória, permitida ou proibida.

² Em outros termos, permitir ao destinatário das prescrições do direito positivo discernir qual o comportamento devido e, de certo modo, a razão do mandamento.

³ Cf. CARVALHO. 1999, p. 57-76.

⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 1990, p. 95.

⁵ VILANOVA. 1989, p.95; DE SANTI. 1996, p. 33-34.

⁶ CARVALHO, op. cit., p. 35-37; DE SANTI, op. cit., p.54-55; REALE, op.cit., p. 95-97.

⁷ Cf. VILANOVA. 1989, p. 123-125; VILANOVA. 1997, p. 111-112.

No primeiro membro, a norma primária, sua hipótese compreende a descrição abstrata de um ou mais eventos de possível ocorrência na realidade, cuja constatação implica numa conseqüência, prescritor de um dado efeito: uma relação jurídica, cujos elementos constitutivos estão genericamente indicados. O segundo membro, a norma secundária, possui na hipótese a descrição da inobservância dos deveres prescritos na norma primária, implicando numa relação angular entre os sujeitos de direito envolvidos naquele vínculo relacional, e o Estado, no exercício da função jurisdicional⁸, que objetiva a execução de uma sanção.

A sanção consiste na privação que deve haver de um bem jurídico em virtude de uma conduta ilícita. Execução, por sua vez, na imposição material de tal “desconforto” ao violador do dever jurídico.

É possível que a sanção seja estipulada em norma primária, mas carente de “eficácia coercitiva”, dependendo da aplicação da norma secundária para obtê-la⁹. A aplicação consiste na criação de um comando jurídico, mediante fixação, no caso específico, do sentido do enunciado que veicula um comando abstrato e geral¹⁰.

No plano do sistema do Direito Positivo, contudo, admitimos que seja agregada à norma primária uma norma secundária que confira ao Estado, no exercício da função administrativa, o poder jurídico de executar a sanção.¹¹

A norma jurídica de conduta caracteriza-se pela disjuntividade. O sujeito da relação tem a opção de seguir a conduta lícita (prescrita na norma primária) – configurando a observância¹² – ou a conduta ilícita (definida na norma secundária) – a inobservância –, suportando as conseqüências de sua escolha. Adverte Marcelo Neves¹³ que a observância não se confunde com o uso, que significa o emprego dos enunciados dos textos do Direito Positivo para a aplicação dos comandos jurídicos que veiculam.

⁸ VILANOVA, 1989, p. 125. As normas primárias são as normas qualificadas como de “direito material”, enquanto que as normas secundárias, de “direito processual”. Os membros das normas de conduta não deixam de ser, isoladamente, normas jurídicas. Quanto ao conceito de função jurisdicional, veremo-lo adiante.

⁹ Ibid., p. 127. A norma primária ou a norma secundária é aplicada quando há a produção de uma norma concreta e individual, construída a partir da significação imputada àquela, no caso específico. Cf. Marcelo Neves. A constitucionalização simbólica, p. 44.

Recorde-se também, que em alguns campos do Direito Positivo, como irão direito penal positivo, concede-se maior relevância à norma primária sancionatória, haja vista ser a quebra do dever jurídico, e não seu cumprimento, o foco de atenção desse “ramo” do Direito Positivo. Cf. CARVALHO, 1994 p. 221.

¹⁰ Cf. NEVES, 1994, p. 44-45.

¹¹ Como no caso das sanções disciplinares e de algumas sanções decorrentes do chamado “poder de polícia”.

¹² Ibid., p. 43.

¹³ Ibid., p. 45.

Cabem às normas jurídicas de estrutura ou de organização regular a produção das demais normas jurídicas. São compostas por uma estrutura implicacional, mas não bímembre como as normas de conduta também há em sua hipótese normativa a descrição de um evento de possível ocorrência, mas em sua consequência normativa, há a prescrição genérica da conduta que deve ser observada para a produção de normas jurídicas.

Há também normas concretas e individuais, frutos da aplicação de normas abstratas e gerais. Nesses comandos, o antecedente normativo consiste no relato da ocorrência do descrito na hipótese normativa, que implica num consequente normativo, cujo conteúdo é uma relação jurídica na qual pelo menos um dos sujeitos de direito está individualizado¹⁴. Também é possível que se apresentem como preceitos concretos e gerais, sendo indeterminados os destinatários ou as normas secundárias, segundo o caráter lícito ou ilícito do relatado no antecedente normativo. Correspondem à densificação das normas jurídicas em sentido estrito.

Estamos usando termos diferentes para indicar os membros da estrutura dos comandos concretos e individuais. As “hipóteses normativas” e “consequências normativas” são construídas através de enunciados de sentido conotativo. Já os “antecedentes normativos” e os “consequentes normativos” são estruturados através de enunciados de significação denotativa¹⁵.

As normas concretas e individuais podem corresponder, também, às normas jurídicas de estrutura.

3 POTESTADE PÚBLICA

O Direito Positivo elege e confere a alguns agentes a prerrogativa de inserir normas jurídicas. Tal prerrogativa constitui um poder jurídico classificado como potestade.

Há duas espécies de poderes: os direitos subjetivos e as potestades. Ambos representam prerrogativas, que são conferidas às pessoas – sujeitos de poderes e deveres pelo ordenamento jurídico¹⁶.

O direito subjetivo surge numa norma concreta e individual. Consiste na exigibilidade de uma ação ou omissão, devida pelo sujeito obrigado ao sujeito

¹⁴ Para que se configure a relação jurídica, não é absurda a hipótese da existência de um direito subjetivo cujo correlato dever jurídico é atribuído a um sujeito passivo indeterminado. Temos os direitos subjetivos reais e os direitos subjetivos personalíssimos como exemplos. Cf. VILANOVA. 1989. p. 104-106.

¹⁵ CARVALHO, op. cit., p. 92-96.

¹⁶ Cf. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. 1998. p. 433-434. Ao nosso ver, as potestades guardam bastante similaridade com a construção teórica das situações jurídicas estatutárias, bem explicada por MELLO. 1979. p. 423-429.

titular, em torno de um bem jurídico específico, assegurada pela aplicabilidade e executoriedade de uma sanção¹⁷, bem como, pela possibilidade de invalidação de qualquer comando jurídico que lhe afronte¹⁸.

A potestade nasce, por sua vez, em um norma abstrata e geral, sendo reconhecida a todo aquele que preencha as condições de sua outorga¹⁹. Representa na exigibilidade, em prol do sujeito titular, a sujeição das esferas de direito das demais pessoas aos efeitos jurídicos produzidos pelo exercício da faculdade²⁰. Na potestade, não há referência a um bem jurídico específico, mas a uma classe de bens jurídicos.

Embora o exercício da potestade possa ser sujeito à caducidade ou decadência, a potestade não é retirada do ordenamento jurídico por tal razão²¹. Outra característica interessante: a potestade só deve ser modificada por comando abstrato e geral superveniente, atingindo todos os indivíduos nela investidos²². Entretanto, as potestades não podem ser modificadas a ponto de sua extinção, se asseguradas constitucionalmente.

Os direitos e os interesses não são a mesma coisa. Os interesses são fins fixados pelos indivíduos que demandam, para sua satisfação, de alguma conduta humana. Sem atividade material, não há efetivação do interesse²³.

Mediante o exercício dos direitos, há a preparação ou determinação das atividades materiais necessárias para a concretização dos interesses, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Pelas potestades, os indivíduos criam comandos jurídicos ou conservam os direitos subjetivos e deveres jurídicos já criados.

Os particulares criam, pelo exercício da potestade da autonomia da vontade, os comandos jurídicos que entendem ser necessários para a efetivação de seus interesses privados, isto é, de interesses que apenas dizem respeito aos seus pretenses, isoladamente considerados. Essa potestade implica a expedição de comandos jurídicos de Direito Privado.

Nem todos os interesses podem ser atingidos mediante os comandos jurídicos criados por essa potestade, em razão de seu grau de relevância dessas fina

¹⁷ Cf. VILANOVA, 1989, p. 150-153.

¹⁸ KELSEN, 1991, p. 151-158. Validade é aqui entendida como a compatibilidade da norma jurídica com os cânones de juridicidade (ou legalidade) impostos pelo próprio sistema do Direito positivo.

¹⁹ Cf. JÉZE, 1928, p. 37-40; MELLO, op. cit., p. 429.

²⁰ As potestades são usualmente identificadas com os direitos potestativos. Cf. VILANOVA, 1989, p. 155-157.

²¹ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 435.

²² JÉZE, op. cit., p. 40; ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 435; MELLO, op. cit., p. 430.

²³ ALLSLE, 1960, p. 265-267.

lidades. Esses interesses são os interesses públicos.

Os interesses públicos representam a dimensão pública dos interesses individuais, delimitada pelo Direito Positivo²⁴. São os interesses que os indivíduos mantêm enquanto membros da sociedade, e em segundo grau de evolução histórica desse corpo social. Não são os interesses públicos estranhos ao indivíduo, mas sim os interesses que o mesmo compartilha com os demais membros da coletividade que integra.

Toda potestade ligada à concretização de um interesse público denomina-se potestade pública. Em razão da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, quem exerce o poder público é colocado em posição de privilégio e supremacia em relação aos demais sujeitos de direito.²⁵

Cabe ao Estado realizar os interesses públicos, distintos com os interesses do Estado, enquanto sujeito de direito: os interesses secundários ou interesses privados do Estado. O alcance do interesse privado do Estado só é regularmente admissível quando conciliado com o interesse público a ser efetivado no caso concreto.

Uma vez que a potestade pública destina-se ao interesse público, e que este não é exclusivo de quem exerce tal poder jurídico, toda a atividade estatal tem a natureza de função. Pois o Estado existe para dar materialidade a interesses que não se encontram na sua esfera privada de interesses, para alcançar finalidades que não lhes são exclusivas. No Direito Positivo brasileiro, isso é cristalino, haja vista o enunciado do art. 3º, da Constituição Federal:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As potestades públicas são indisponíveis, ou seja, inalienáveis, intransmissíveis (em regra) e irrenunciáveis pelos seus titulares, podendo apenas serem modificadas mediante comandos abstratos e gerais. Tal característica se impõe em razão do caráter funcional que é inerente a essa classe de potestades.

²⁴ MELLO, 200. p. 57-66; DALLARI, 1999. p. 75-87.

²⁵ MELLO. op. cit., p. 30-33.

O exercício da potestade pública determina a sujeição das esferas jurídicas das pessoas ao que determina, mas a validade desse desempenho depende da conciliação com o interesse público que justifica a outorga do poder e, bem como, do respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos. Em outras palavras, não representam as potestades públicas apenas potestades, mas sim potestades funcionais, “deveres-poderes”, cujo exercício só é validamente sustentável se orientado à satisfação do interesse público e dentro da juridicidade.

Determina, portanto, ao Direito Positivo limites positivos e negativos para o modo e o fim do exercício das potestades públicas. A técnica de atribuição de potestades ilimitadas é juridicamente inaceitável.²⁶

A potestade pública indispensável para a concretização do interesse público que a justifica denomina-se competência²⁷. Se o exercício da potestade quebra a correlação que deve guardar com o interesse público que lhe é correlato, há o fenômeno da competência inválida.

As pessoas estatais²⁸ recebem competências, redistribuídas internamente em órgãos. Aos titulares desses órgãos – os agentes públicos – caberá a tarefa de emitir a vontade declarada escrita, que será imputada à pessoa estatal. Acompanhando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹:

(...) para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgão componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são construídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: o Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.”

Dentre as potestades públicas, temos aquela de criar os comandos jurídicos necessários para a satisfação dos interesses públicos.

²⁶ BRASIL, 2001, art. 1º.

²⁷ MELLO, op. cit., p. 110.

²⁸ As pessoas estatais podem ser pessoas políticas ou pessoas administrativas. As pessoas políticas são pessoas jurídicas que possuem competência legislativa, resultantes da estrutura federal de Estado posta pela nossa Constituição Federal; já as pessoas administrativas, pessoas jurídicas, criadas pelas pessoas políticas num processo de descentralização, afim de melhor dinamizar a concretização de específicos interesses públicos.

²⁹ Op. cit., p. 106 (grifo no original).

4 A REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Há forte tendência em se limitar “norma jurídica” para indicar os comandos abstratos e gerais. Teríamos, portanto, uma “função normativa” no caso de expedição desses comandos; e, apenas, uma “ação normativa legislativa” quando os mesmos implicassem em inovação originária no ordenamento jurídico³⁰.

Como bem adverte Francis-Paul Bénoit³¹, qualquer classificação da ciência jurídica para as funções do Estado deve levar necessariamente em consideração o Direito Positivo, sob pena de se macular a sua investigação científica com propostas da ciência política que nem sempre refletem a realidade normativa. Entretanto, deve ser ressaltado que todo o Direito Positivo de orientação ocidental, posterior à Revolução Francesa, nunca deixou de incorporar a necessidade de diferenciação entre as exigências político-sociais feitas em relação ao Estado e a atuação jurídica do mesmo.³²

A idéia da distribuição do exercício dos poderes jurídicos do Estado em órgãos diferenciados tem entre seus precursores Montesquieu. Partindo da premissa de quem tem o poder tende a dele abusar, tentou o pensador francês edificar uma teoria que quem preservasse a liberdade do cidadão através da repartição das funções do Estado entre diferentes órgãos, constituídos por pessoas físicas distintas³³. E lembrando a assertiva de Agustín Gordillo³⁴:

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

É certo que a teoria de Montesquieu influenciou decisivamente as ordens jurídicas dos povos ocidentais. Contudo, o Direito Positivo cria suas próprias realidades, estando permeável às injunções da política na medida em que não comprometa sua funcionalidade enquanto – ordem social – e seu programa ideológico de ação.

³⁰ ALESSI. op. cit., p. 4; MELLO. op. cit., p. 4-7.

³¹ FRANCIS-PAUL, 1968, p. 34-42.

³² MAYER, 1904, p. 3-4; FRANÇA, 2000, p. 16-18.

³³ GORDILLO, 1998, p. IX/1-IX/2.

³⁴ Ibid., p. IX/2.

Como bem leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁵, a Constituição delimita, de modo positivo, os padrões ideológicos que devem reger a ação do Estado. No caso do Direito Positivo brasileiro, esses preceitos estão prescritos nos enunciados do art. 1º da Lei Maior, que denominamos fundamentos constitucionais.

5 A FUNÇÃO LEGISLATIVA

Leciona Renato Alessi³⁶ que o comando legislativo não somente inova o mundo jurídico. Há também inovação quando comandos são emitidos pelas pessoas políticas no exercício de suas outras funções, bem como pelo particular sob o preceito da autonomia da vontade. O que diferencia o comando legislativo dos demais comandos não seria, segundo o jurista italiano, o caráter abstrato e geral, mas sim a característica de constituir uma inovação “primária”, uma expressão direta e imediata do “poder soberano do Estado”. Constitui exemplo manifesto dessa tendência terminológica restritiva a expressão “ato normativo” em nosso Direito Positivo³⁷.

Inovar originariamente, enfim, significa determinar a modificação do ordenamento jurídico, ou seja, a alteração da disciplina jurídica das potestades e das classes de direitos subjetivos e deveres jurídicos, respeitados os direitos subjetivos já existentes.

Não é apropriado, ao nosso ver, restringir “norma” aos comandos abstratos e gerais, do ponto de vista da teoria geral do direito. Já advertia Hans Kelsen³⁸ que as posições de “criação de direito” e de “aplicação do direito” são relativas. As decisões judiciais, contratuais e administrativas não deixam de ser, claramente, normas, numa acepção lata e bem mais adequada, ao nosso ver, para indicar o fenômeno da norma jurídica.

A utilidade dos conceitos – unidades constituídas de termos e definições – da ciência jurídica está na aptidão que os mesmos têm para apreender, de modo coerente e claro, os regimes jurídicos, conjuntos de comandos jurídicos. Caso o Direito Positivo formule conceitos, devem os conceitos científicos prestar-lhes a pertinência necessária ao determinar regimes jurídicos.

Por injunção do preceito jurídico da igualdade de todos perante à lei³⁹, os comandos legislativos devem ter preferencialmente a natureza de norma abstrata

³⁵ MELLO, 2000, p. 3; FRANÇA, 2000, p. 467-495.

³⁶ ALISSI, op. cit., p. 4.

³⁷ BRASIL, 2001, art. 102 I e 2º.

³⁸ KELSEN, op. cit., p. 252-254.

³⁹ Ver CF, art. 5º, caput.

e geral. Para que o Poder Legislativo – o conjunto de órgãos que tipicamente desempenha a função legislativa – possa expedir comandos legislativos desprovidos da característica de norma, é mister a previsão de tal exceção na Constituição Federal.

No Direito Positivo pátrio, a expedição de comandos legislativos deve ser tipicamente desempenhada pelo Poder Legislativo. Lembrando o enunciado do art. 5º, II, da Constituição Federal: “Art 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

“Lei”, nos enunciados constitucionais, deve ser entendida como instrumento introdutor empregado pelo Poder Legislativo⁴⁰. Uma exegese que excluisse este elemento orgânico, seria incompatível com a garantia da liberdade que se pretende através do princípio da separação funcional do poder jurídico do Estado⁴¹. Outra norma constitucional, construída a partir do enunciado do art. 1º, parágrafo único, da Lei Maior, reforça nosso entendimento: “Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ainda que o Chefe do Poder Executivo⁴² – representante eleito pelo povo – possa expedir comandos legislativos por meio dos instrumentos introdutores conhecidos por “medidas provisórias”⁴³, o regime jurídico destes instrumentos é incompatível com as matérias postas pelo Poder Constituinte sob a reserva de “lei”. A garantia da liberdade individual - valor intrínseco ao Direito Positivo pátrio – padeceria de inutilidade prática se exegese diversa fosse aqui proposta. Como admitir que a liberdade e a propriedade, dois bens constitucionais fundamentais⁴⁴, pudessem ser atingidos pela execução de uma pena ou de um tributo, ensejada pela aplicação de um comando legislativo veiculado por medida provisória⁴⁵?

As normas jurídicas completas – as normas jurídicas de conduta e as normas jurídicas de estrutura – devem ser constituídas através da conjugação de comandos legislativos. Havendo o Direito Positivo colocado sob a reserva de “lei”, a matéria social regulada, fica vedada a composição, parcial ou total, da

⁴⁰ Os instrumentos introdutores de normas jurídicas são veículos estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico para a inserção de comandos nesse sistema proposicional. Formalizados, os veículos introdutores são normas concretas e gerais. Concretas por institucionalizarem a enunciação que deu origem material ao comando; e gerais, por determinarem o dever de todos de reconhecerem os comandos introduzidos como pertinentes ao sistema do Direito Positivo. CARVALHO, 1999, p. 45.

⁴¹ GORDILLO, op. cit., p. IX/13 - IX/16.

⁴² Tal como o Poder Legislativo, o Poder Executivo constitui um complexo de órgãos ao qual se atribui, dentre suas atribuições típicas, o exercício da função administrativa, a ser vista logo adiante.

⁴³ BRASIL, op. cit., art. 62, caput.

⁴⁴ *Ibid.*, art. 5º.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 5º, XXXIX e 150, I.

norma jurídica completa, por comandos legislativos emanados pelo Poder Executivo.

Função legislativa, portanto, consiste na atividade estatal de expedição de comandos que induzem inovações originárias no ordenamento jurídico, os comandos legislativos, atribuída aos órgãos indicados pela Constituição para exercê-la, respeitadas as normas constitucionais⁴⁶. Os comandos legislativos são, em regra, normas abstratas e gerais.

As normas legislativas têm crucial importância para definir metas ou conceder maior densidade às diretrizes constitucionais, ou melhor, às finalidades determinadas pelas normas constitucionais como interesses públicos.

5 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Através da função administrativa, o Estado aplica, usa, observa e executa os comandos legislativos aos casos específicos, visando a satisfação dos interesses públicos. Os fenômenos da aplicação, uso, observância e execução são, na verdade, elementos integrados da noção de concretização normativa⁴⁷.

É possível, num corte metodológico, restringirmo-nos ao fenômeno da aplicação, necessário para delimitar mais ainda nossa exposição. Afinal, é ele o que se encontra no mundo do dever-ser.

Os comandos administrativos constituem a aplicação das normas primárias, e, excepcionalmente, a aplicação de normas secundárias, quando estas ensejam a execução administrativa. Também as normas jurídicas de estrutura podem ensejar a sua aplicação mediante comandos administrativos.

Na função jurisdicional, seguindo o corte metódico que acima fizemos, consiste na atividade estatal de expedição de comandos subsidiários aos comandos legislativos, dotados de forte estabilidade (coisa julgada), por órgãos independentes e imparciais das pessoas políticas, diante de conflitos surgidos no desenvolvimento das relações jurídicas. O comando jurisdicional é a aplicação da norma secundária, que demanda a provocação do órgão jurisdicional para que possa haver a apreciação da lide.

⁴⁶ALESSI, op. cit., p. 4; FERNANDES, 1984, p. 16-20. A função legislativa, numa acepção mais ampla, também abrange os fenômenos da observância, da execução e do uso.

⁴⁷FRANÇA, op. cit., p. 21-23.

No Direito Positivo pátrio, adotou-se a unidade do exercício da função jurisdicional, que determina a exclusividade de seu desempenho pelo Poder Judiciário – outro complexo de órgãos públicos. Como está enunciado no art. 5º, XXXV, do texto constitucional: “Art. 5º, (...) XXXV - lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”.

Os comandos administrativos estão sujeitos ao controle jurisdicional, embora se aproximem dos comandos jurisdicionais pela característica de constituírem o resultado da aplicação de comandos legislativos. Identificado vício no comando administrativo, este pode ser invalidado não somente por outro comando administrativo, mas também por um comando jurisdicional. Em virtude da característica da coisa julgada, o comando jurisdicional, todavia, não pode ser invalidado por um comando administrativo nem afetado por um comando legislativo⁴⁸.

Há comandos administrativos que constituem normas abstratas e gerais, tais como os comandos legislativos devem ser. Diferenciam-se em virtude do caráter originariamente inovador dos comandos legislativos, via exclusiva para a criação de potestades ou de classes de direitos subjetivos e deveres jurídicos. São os comandos legislativos, e não os comandos administrativos abstratos e gerais, o fundamento de validade dos comandos administrativos concretos e individuais. Esses comandos administrativos procedem uma delimitação mais precisa das potestades públicas, servindo como um instrumento para a melhor aplicação dos comandos legislativos⁴⁹.

Através dos comandos legislativos, define-se o interesse público e delimita-se positiva e negativamente a ação para a sua perseguição; nos comandos administrativos, há o preparo e delimitação, no caso específico, da ação material que trará sua satisfação; e, pelos comandos jurisdicionais, assegura-se a integridade do ordenamento jurídico, especialmente quando atua o Estado na consecução do interesse público⁵⁰.

Seguindo a assertiva de Ruy Cirne Lima⁵¹

O sujeito do direito subjetivo, ao exercê-lo, terá um fim em mira; mas o fim influirá sobre o bem ou fato, objeto do direito, mediadamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa *qua talis* obedece a um fim, a que o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que seja as suas inclinações pessoais: o agente da atividade adminis-

⁴⁸ Ver CF, art. 5º, XXXVI.

⁴⁹ Ver CF, art. 84, IV.

⁵⁰ MELLO, op. cit., p. 24-28. Se tomarmos como critério classificador a relação das funções do Estado com o interesse público, a função administrativa tem mais proximidade com a função legislativa.

⁵¹ LIMA, 1948, p.59-64.

⁵² TÁCITO, 1997, p. 39-70, grifo do autor.

trativa não poderá, portanto, influir sobre esta, senão mediatamente, pelo modo pessoal de persecução ou realização do interesse próprio da administração.

E na clássica lição de Caio Tácito⁵², temos:

Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, outra condição de legalidade nos atos administrativos.

Com o crescimento das parcerias entre as pessoas estatais e os administrados, uma parcela cada vez maior de atribuições jurídicas e materiais próprias àquelas tem sido, dentro dos limites da lei, transferida a estes⁵³. A expedição de comandos administrativos não constitui mais uma zona exclusiva para entes estatais.

O Poder Judiciário e o Poder Legislativo possuem atribuições administrativas, conforme os comandos constitucionais, na medida do necessário para viabilizar o regular exercício de suas potestades típicas. As consequências jurídicas do exercício de potestades administrativas por essas unidades são imputadas à pessoa política, da qual constituem repartições⁵⁴.

6 CONCEITO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Diante dessas considerações, já nos é possível estabelecer um conceito estrito de função administrativa: é a atividade de expedição de comandos complementares aos comandos legislativos (a fim de lhes dar cumprimento) e sujeitos a controle jurisdicional⁵⁵, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), numa posição privilegiada e superior diante dos particulares⁵⁶, para viabilizar a concretização dos interesses públicos constitucionais ou legalmente fixados.

⁵³DALLARI, op. cit., p. 82. A transferência de potestades administrativas, relembre-se, é vedada em regra.

⁵⁴Ver CF, art. 37, § 6º.

⁵⁵Não é absurda a hipótese, especialmente no Direito Positivo brasileiro, de que esses comandos possam ser diretamente complementares a nomes constitucionais. Ver CF, art. 40, § 1º, II.

⁵⁶Essa posição de privilégio e supremacia da administração pública decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, cânone fundamental do regime jurídico-administrativo. cf. MELLO, op. cit., p. 30-33.

O Poder Executivo, unidade orgânica que tem como atribuição típica o exercício da função administrativa, bifurca-se em governo e administração pública.

O governo compreende os órgãos públicos que exercem a potestade de expedir comandos legislativos ou de inserir comandos administrativos abstratos e gerais, concernentes à atividade de planejamento⁵⁷. Já a administração pública, o conjunto de órgãos públicos que exercem a função administrativa.

São noções essenciais para a compreensão do regime jurídico-administrativo.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale dei diritto amministrativo italiano**. Milão: Giuffrè, 1960. tomo I.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, 1968.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLARI, Adilson de Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. **Revista de informação Legislativa**. Brasília, 36, n. 141, p. 75-87, jan./mar. 1999

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 8. ed. Madri: Editorial Civitas, 1998. tomo I.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁵⁷ Ver CF, art. 174. A potestade de planejamento não corresponde a uma função autônoma, representando sim, um instrumento para a intervenção do Estado na economia para ordenar ou estimular a ação dos particulares consoante as diretrizes e programas sociais e econômicos constitucionalmente prescritos. Sobre a atividade de planejamento e a crítica à noção de "função de governo", ver FRANÇA, op. cit., p. 29-35.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife, v. 2, n. 4, p. 467-495, abr./jun. 1997.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. tomo I.

JÈZE, Gaston. **Los principios generales del derecho administrativo**. Tradução Carlos Garcia Oviedo. Madri: Editorial Reus, 1928.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LIMA, Ruy Cirne. O conceito fundamental do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: p. 59-64, abr./jun. 1948.

MAYER, Otto. **Ledroit administratif allemand**. Paris: Giard, 1904.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil**. Temas de direito público (estudos e pareceres), Rio de Janeiro, v.1, p. 39-70, 1997.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Abstract

The present paper outlines the concept of administration function in Brazilian positive Law. The administration function should be understood as the act of issuing complementary orders to the legislative orders (so as to have them applied) subject to jurisdictional control and performed by state entities (or by those exercising state prerogatives) in a position superior and privileged to individuals, so that the preservation of the public interest, either legal or constitutionally established, is guaranteed.

Key words: Administrative law; administrative function.