

PRIMEIRA LIÇÃO DE UM BREVE CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Ruy Cirne Lima

1. Centro da vida jurídica é a vontade livre. O ato jurídico é uma declaração de vontade ⁽¹⁾; o domínio, “expressão da nossa vontade sobre a natureza física” ⁽²⁾; a obrigação, uma limitação da vontade ⁽³⁾.

No Direito Administrativo, o centro do sistema é, também, naturalmente a vontade livre; mas, diversamente do que sói acontecer no Direito Privado, a vontade aqui é livre, mas não autônoma, — livre, mas sujeita a normas jurídicas cogentes que a dirigem a um fim predeterminado ou, ao menos, predeterminável. De tal sorte, ao demais, a vontade se vincula, em nossa disciplina, ao fim, a ela proposto, que “prima facie” poderia pretender-se (mas sem razão) houvesse sido, aquela, por este totalmente substituída.

No Direito Privado, as relações jurídicas consubstanciam-se, de regra, em direitos subjetivos, dos quais Windscheid disse que consistem em um poder da vontade, conferido pela ordem jurídica ⁽⁴⁾. Sem aderir ao conceito, cabe, entretanto, recordá-lo em contraste com a noção de administração, predominante no Direito Administrativo, da qual se enucleia um tipo distinto de relacionamento jurídico, essencialmente finalístico, uma relação jurídica polarizada por um fim, tendo como fonte uma vontade, livre certamente, mas, enquanto adstrita ao fim, certamente não autônoma ⁽⁵⁾.

Esse dirigismo da vontade, que tão saliente se revela no Direito Administrativo, corresponde à natureza deste, como a autonomia da vontade no Direito Privado se lhe ajusta às características inconfundíveis.

O Direito Administrativo é, “lato sensu”, o ordenamento jurídico intrínseco da Cidade terrena, da comunidade social organizada em que o homem vive nesta terra. O Direito Privado é, à sua vez, o direito

do homem como tal, em face de sua vocação temporal e de seus destinos eternos. No Direito Administrativo, o homem é, por excelência, o destinatário dos benefícios que, das relações jurídicas, resultam ou podem resultar, e secundária ou mediatamente, sujeito delas. No Direito Privado, é o homem, antes de tudo, o sujeito autônomo dessas relações, e secundária ou mediatamente, o seu beneficiário ⁽⁶⁾.

Não significa, é claro, quanto levamos dito, que o Direito Administrativo não repouse, como o direito em geral, sobre a vontade. Faltar-lhe-ia conteúdo moral, se assim fôsse. Significa, ao invés que, no Direito Administrativo, diversamente do que, de ordinário, acontece no Direito Privado, a vontade se há de determinar impessoalmente, em obediência ao fim, a ela proposto, e não de modo autônomo, segundo a regra que, pessoalmente, a si própria, estabeleça. A impessoalidade na determinação da vontade é o consectário natural da vinculação dela ao fim, que lhe é predeterminado. Na verdade, a correspondência perfeita entre a vontade e o fim, a que deve ela tender, importa necessariamente perfeita impessoalidade na determinação daquela, quer dizer, o fim, e não a inclinação pessoal do agente, determina o ato.

Essa impessoalidade marca o lugar do Direito Administrativo nos quadros do direito positivo. A risco de sugerir mais um critério de distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, podemos e devemos sinalar a impessoalidade na determinação da vontade como uma nota, ao menos, do conceito de Direito Público.

Materialmente, a impessoalidade na determinação da vontade traduz o devotamento integral do agente ao fim que lhe é predeterminado, ou, seja, em termos de Direito Público, ao bem comum; ou, especificamente, em termos de Direito Administrativo, à utilidade pública ⁽⁷⁾. Formalmente implica, a impessoalidade na determinação da vontade, a abolição das contingências pessoais, a benefício de uma fixação como absoluta das relações jurídicas subsumidas na norma de direito. Não é despidendo observar-se que as normas cogentes são também denominadas “normas absolutas” ⁽⁸⁾, a par de que, no Direito Administrativo, sempre chamou a atenção o fato de que se lhe pede que “determine”, “fixe” as relações jurídicas administrativas, ao invés de simplesmente regulá-las ⁽⁹⁾.

Essa mesma impessoalidade explica-nos, pois, do mesmo passo, a ausência, que a jurisprudência clássica já indicara ⁽¹⁰⁾, de normas dispositivas ou supletivas no Direito Administrativo. A liberdade da vontade, que se reflete em tais normas, cede ante o dirigismo da von-

(1) Cód. Civ., art. 86.

(2) Lacerda de Almeida, *Direito das Causas*, t. I, Rio de Janeiro, 1906, p. 78.

(3) Dig., lib. I, tit. XVI, de verborum significatione, fr. 108.

(4) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Ed. Kipp, t. I, Frankfurt am Main, 1906, p. 156.

(5) Nossa preparação à *Dogmática Jurídica*, P. Alegre, 1949, p. 55.

(6) Cf. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin, 1840, § 9.

(7) Nossa Introdução ao estudo do *Direito Administrativo Brasileiro*, P. Alegre, 1942, p. 12 a 14.

(8) Espínola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, t. I, Rio de Janeiro, 1938, p. 105.

(9) O. Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, p. 16.

(10) Dig., lib. II, tit. XIV, de pactis, fr. 38.

tade, dominante em nossa disciplina e, em maior ou menor extensão, em todo o Direito Público. No Direito Processual, de resto, James Goldschmidt advertiu agudamente, já, que o mesmo arbítrio, ou discricção do juiz, resulta de normas cogentes, e não dispositivas ⁽¹¹⁾.

2. Direito, por excelência, da Cidade, o Direito Administrativo toca necessariamente todos os mais ramos do direito. E, olhado dêsse ângulo, dir-se-ia caber-lhe o centro mesmo de todo o sistema jurídico positivo. Na realidade, centro do sistema é o homem, para o qual também a Cidade existe: "omne jus hominum causa constitutum est" ⁽¹²⁾.

Mas indubitado é que, como a Cidade aflora todos os aspectos da vida exterior do homem, assim também o Direito Administrativo recebe subsídios e achêgas de todos os ramos do direito positivo. Recebe-os e assimila-os, incorporando-os à sua economia e subordinando-os, na mesma medida, a seus princípios fundamentais.

Transmite-lhe o Direito Privado a idéia de liberdade; o Direito Administrativo faz da liberdade um dever irrenunciável e surge, então, a figura da discreção administrativa. Fornece-lhe o Direito Processual a idéia de executoriedade; acolhe-a o Direito Administrativo, tira-lhe o enderêço processual de autor a réu, dirige-a contra a universalidade dos indivíduos impessoalmente, e assim a transforma no que se chama executoriedade administrativa. Traz-lhe o Direito Penal a idéia de sanção e, desvinculando-a da noção de proteção a um bem subjetivamente considerado, liga-a, ao invés, o Direito Administrativo à noção de proteção da ordem jurídica, objetivamente, impessoalmente considerada, e cria, de tal modo, a figura do ilícito administrativo ⁽¹³⁾. A contribuição capital à sua formação, recebe-a, porém, o Direito Administrativo, do Direito Constitucional. Este é como o eixo de todo o Direito Público, o seu tronco mesmo ⁽¹⁴⁾. Ainda aqui, entretanto, se no Direito Constitucional o sumo fim é o bem comum, o fim principal, no Direito Administrativo, é já a utilidade pública. O bem comum é um bem, por isso que suscetível de ser fruído como tal, — um "frui", objeto de um gozo sensível; e em tais condições, sòmente pode ser referido ao homem, ao indivíduo em sociedade, e nunca à sociedade mesma, desprovida, ela própria, de sensibilidade. A utilidade pública, ao revés, supõe meramente a utilização dos meios adequados para a consecução do bem comum: é um "uti"; e essa utilização, a sociedade mesma a pode realizar, devendo, ao demais, acrescentar-se que o realizá-la entra no elenco das funções essenciais de toda organização social ⁽¹⁵⁾.

(11) Teoria General del Proceso, Barcelona, 1936, p. 72.

(12) Dig. lib. I, tit. V, de statu hominum, fr. 2.

(13) Nossa Introdução cit., p. 30 a 32; e quanto ao Direito Penal, particularmente, Binding, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, Leipzig, 1890, p. 404.

(14) Santi Romano, Principii di Diritto Amministrativo Italiano, Milano, 1912, p. q-.

(15) Nossa Introdução cit., p. 12 e 13.

A utilização dos meios adequados à consecução do bem comum delinea-se e fixa-se através do ordenamento jurídico intrínseco da comunidade social; a utilidade pública constitui, assim, o fim último e a matéria-primeira do Direito Administrativo, que "lato sensu" não é senão, precisamente, o ordenamento jurídico intrínseco da Cidade. Recebendo, pois, a contribuição decisiva do Direito Constitucional, ainda essa, o Direito Administrativo a transmuda, ao assimilá-la, como, de resto, segundo vimos, acontece a tôdas as demais contribuições, de que se enriquece.

Ante a originalidade específica do Direito Administrativo e, do mesmo passo, a variedade dos materiais de que se forma, não admira, portanto, seja, êle, aqui apontado como direito especial relativamente ao Direito Político, apresentado em uma concepção mais ampla do que em sua forma clássica, como a participar simultaneamente do Direito Público e do Direito Privado ⁽¹⁶⁾; e ali o definam como direito especial, relativamente ao Direito Civil, êste, porém, entendido em sentido largo e genérico, à maneira romana, de sorte a abranger, ao mesmo tempo, matérias de Direito Público e matérias de Direito Privado ⁽¹⁷⁾. Transparece, realmente, nessa inacomodação aparente do Direito Administrativo aos quadros clássicos do direito positivo, o vigor de seu conteúdo original, em contraste com a proveniência diversa dos materiais nêle coadunados, saídos de todos os ramos do direito.

Por certo, como direito especial, ao Direito Administrativo não se exige que se enxerte êle como dependente exclusivo, em um ramo jurídico preexistente, o qual se chamaria, então, relativamente àquele, direito geral. Qualificar-se um ramo do direito como direito especial indica meramente que tem êle uma formação derivada, simples ou compósita. E' sempre possível rastrear-lhe a origem anterior, unitária ou múltipla, dos materiais integrativos: "semper specialia generalibus insunt" ⁽¹⁸⁾. Se se quisesse, não obstante, designar-lhe, ao Direito Administrativo, como a todo direito especial, um direito comum ou geral por têrmo de contraste, bastaria referi-los ao que Georges Renard excelentemente denominou "direito comum nacional", êsse, quase indefinível, núcleo de individualização das instituições jurídicas de um povo ⁽¹⁹⁾.

3. Baste-nos, entretanto, reconhecemos que tem a nossa disciplina uma formação derivada; é, fora de dúvida, direito especial. Mas pela sua essência mesma, como deixamos entrevisto, o Direito Administrativo, sem embargo da contribuição privatística que nêle influi, da sua posição avulsa nos quadros do direito positivo, há de ser classificado como Direito Público.

(16) A. Posada, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1897, t. I, p. 77.

(17) L. Meucci, Istituzioni di Diritto Amministrativo, Torino, 1909, p. 7.

(18) Dig. lib. L, tit. XVII, de regulis juris antiqui, fr. 147.

(19) Le Droit, la Logique et le Bon Sens, Paris, 1925, p. 321.

A impessoalidade na determinação da vontade é o critério que se nos oferece para essa classificação. Certamente, há no Direito Privado, tal ou qual impessoalidade na determinação da vontade, em tudo quanto respeita à noção de administração, ali também encontrada. Assim, no Direito Civil, a determinação da vontade dos pais, tutores, curadores, dirigentes de corporações, sociedades e fundações, enquanto aos bens que administram. Essa impessoalidade, porém, pela qual meramente se reconhece a comunhão, entre o Direito Privado e o Direito Público, quanto ao conceito de administração, se pode ser qualificada como tal "ad intra", face aos círculos de interesses a que respeita, mostra-se "ad extra", antes, como um reflexo da personificação, mais ou menos definida, desses mesmos círculos de interesses perante a sociedade, havida como um todo, em que se inserem eles como partes.

No Direito Público, ao revés, depara-se-nos a impessoalidade na determinação da vontade levada ao máximo. Aqui, o círculo de interesses, a que a administração respeita, é coextensivo com a sociedade mesma, e a limitação nacional inafastável faz desse círculo de interesses, o círculo máximo nas sociedades politicamente organizadas. Já Bártolo sinalava que a apelação interposta de decisão do regente de comunidade "superiorem nos recognoscens", haveria de ter como juiz "ipse populus... qui ipsum officialem fecit" (20).

Direito Público, de resto, o Direito Administrativo nem por isso perde a sua independência. E, de outro lado, o mesmo Direito Público não é algo de substancialmente diverso do Direito Privado. Baldo disse admiravelmente: bonum publicum non (est) sine privato, nec privatum sine publico" (21).

(20) Commentaria, t. VI, In Secundum Digesti Novi Partem, Venetiis, 1602, p. 194.
 (21) In Primam Digesti Veteris Partem, Venetiis, 1616; lib. I, tit. I, de justitia et de jur, l. juri operam, § hujus studii, no. 10.

FUNCION PRIVADA Y FUNCION PUBLICA DEL PROCESO

Eduardo J. Couture (*)

I. — Elementos del proceso

El proceso civil es, en su forma, un conjunto de actos jurídicos.

Como su nombre lo indica, estos actos se hallan ordenados en forma sucesiva. Colocados unos tras otros con arreglo a un orden ya determinado, adquieren en su continuidad un sentido de desarrollo y desenvolvimiento. De la misma manera que los procesos físicos, químicos o biológicos, el proceso civil es un fenómeno continuativo, dinámico.

Los actos del proceso civil se registran normalmente en documentos o piezas escritas, en los cuales se consigna la voluntad jurídica de las partes y de los órganos del poder público. Esos documentos reproducen los actos jurídicos, dándoles forma permanente.

Aunque tales piezas escritas no constituyen, propiamente, los actos jurídicos, sino su representación, se acostumbra a llamar indistintamente *proceso* a los actos y al expediente (*dossier*) en el cual esos actos se hallan recogidos o registrados.

La idea de proceso es teleológica. Su fin y no su forma es el que la define y delimita (1).

El fin del proceso civil es dirimir un conflicto de intereses. De la misma manera que el debate legislativo apunta hacia la sanción de la ley y de la misma manera que el debate administrativo apunta hacia el acto administrativo, el proceso civil apunta hacia la cosa juzgada que dirime por acto de la autoridad un conflicto de intereses.

(*) Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Montevideo.
 (1) Así, WACH, *Der Rechtschutzanspruch*, en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess" t. 32, p. 5; y SCHONKE, *La necesidad de la tutela jurídica*, en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 2 p. 57 y en "Revista di Diritto Processuale", 1948, p. 132.