

## **As bases constitucionais do direito administrativo (§§ 30-44)**

GEORGES VEDEL †

### A BASE CONSTITUCIONAL DO PODER ADMINISTRATIVO: A NOÇÃO DO PODER EXECUTIVO

**30.** Não foi a especulação teórica, mas sim a jurisprudência, que nos demandou a indicação da base constitucional do direito administrativo. Em virtude de que título constitucional existe uma administração pública? Em virtude de que título constitucional as administrações exercem as suas competências? São as respostas da jurisprudência a essas questões que designam a base constitucional do direito administrativo.

Mas tais questões são raramente apresentadas ao juiz, e isto por uma razão simples: na maior parte do tempo, o legislador atua atribuindo aos diversos governantes ou administradores competências precisas, fixando o estabelecido em lei. Dessa maneira, em virtude de um princípio evidente de economia de meios [economia processual], o juiz não precisa remontar às fontes constitucionais para resolver os problemas que lhe são apresentados.

São muito frequentes, contudo, os casos nos quais o exercício de uma competência administrativa não definida pelo legislador torna necessária ao juiz a investigação, no direito constitucional, das bases da atuação administrativa.

---

† Traduzido, para fins exclusivamente didáticos, de VEDEL, Georges. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Etudes et documents du Conseil d'État, n. 8, 1954, §§ 30-44 ("A base constitucional do direito administrativo: a noção de Poder Executivo" e "O critério da *puissance publique*, corolário do critério do Poder Executivo"), p. 37-43. Tradução de MARCO ANTÔNIO MORAES ALBERTO (doutorando e pesquisador – DES/USP).

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

31. Examinando o *arrêt* “Heyries”, de 28 de junho de 1918, o Decano professor Hauriou escreve com razão: “Esta decisão é uma das mais ricas em substância política e governamental que já foi tomada em muito tempo”.

É sabido que, por este julgado, o Conselho de Estado admite que o Governo pode suspender, por simples decreto e enquanto durarem as hostilidades, a aplicação do artigo 65 da Lei de 22 de abril de 1905, relativo ao acesso aos autos por agentes públicos que se encontrem sujeitos à imposição de uma medida disciplinar.

As razões de fato que justificam a referida atuação administrativa de suspensão da lei são facilmente compreensíveis e vem indicadas no julgado: “... a comunicação, prescrita pelo artigo 65 da Lei de 22 de abril de 1905, aos agentes públicos, dos autos de seus processo disciplinar, previamente à imposição da sanção e durante o período das hostilidades investigadas, conduz, em um grande número de casos, ao impedimento do exercício da atuação disciplinar e ao entrave do funcionamento das diversas administrações necessárias à vida nacional...”.

Mas, do ponto de vista do direito, como é possível justificar que uma simples medida governamental possa suspender a aplicação de uma lei? O princípio da continuidade dos serviços públicos não é suficiente para, por si só, implicar a habilitação a que a autoridade administrativa possa substituir o legislador, suspendendo as disposições – por ele editadas, mediante apreciação soberana – que, embora ele não tenha sido capaz de perceber, comportariam danos ao bom funcionamento dos serviços públicos. A teoria das “circunstâncias excepcionais” ou dos “poderes de crise”, ainda incipientes, a menos que compreendidas desmesuradamente, não são capazes de justificar a solução adotada pelo Conselho de Estado. Com efeito, se ele permitiu uma extensão dos poderes normais [não excepcionais] da autoridade administrativa<sup>1</sup>, sem alterar completamente seu sentido, tal extensão só pode ser feita por uma justificação que implica a reversão da hierarquia dos atos jurídicos em nosso direito constitucional.

---

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, CONSELHO DE ESTADO, 6 de agosto de 1915, “Delmotte et Senmartin”, conclusões do Comissário Corneille, nota de Hauriou. Ver também CONSELHO DE ESTADO, 28 de fevereiro de 1919, “Dol et Laurent”, nota de Hauriou.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

O julgado do Conselho de Estado remonta, então, ao direito constitucional: “por força do artigo 3º da lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875, o Presidente da República está colocado na posição de cabeça da administração pública francesa, sendo encarregado de assumir a execução das leis...; a ele incumbe garantir que os serviços públicos instituídos pelas leis e pelos regulamentos estejam em efetivo funcionamento e que as dificuldades da guerra não paralitem sua atividade...”.

De uma maneira lacônica, este julgado enuncia certo número de constatações de fundamental importância.

Antes de tudo, é em virtude da missão de execução das leis que a Constituição determina<sup>2</sup> que o Presidente da República é, sob o regime de 1875, o chefe da Administração; administrar significa, nesse sentido, “executar as leis”<sup>3</sup>.

Logo, o funcionamento contínuo dos serviços públicos é uma das formas de execução das leis.

Finalmente, é possível dizer que, em situações excepcionais, a execução *das* leis pode justificar a suspensão da aplicação *de uma* lei, afirmação que, à primeira vista, surpreende, mas da qual o *arrêt* “Heyries” não é o único exemplo, conforme se mostrará a seguir.

**32.** Se o *arrêt* “Heyries” é bem conhecido, o *arrêt* “Labonne”<sup>4</sup>, que foi julgado quase na mesma época do “Heyries”, não tem o mesmo grau de celebridade, nem desperta tanta atenção da doutrina.

A propósito da discussão sobre a legalidade de uma cassação de permissão para dirigir, o Conselho de Estado foi convidado pelo requerente a declarar ilegal o decreto de 10 de março de 1889, que à época tratava da regulamentação da circulação de veículos nas vias

---

<sup>2</sup> O artigo 3º da lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875 dispõe que “ele [o Presidente da República] promulga as leis votadas pelas duas Câmaras, *as quais supervisiona e garante a execução*” [destaque do autor].

<sup>3</sup> *Infra* n. 38.

<sup>4</sup> CONSELHO DE ESTADO, 8 de agosto de 1919, “Labonne”.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

públicas, ancestral do nosso Código de Trânsito atual. Com efeito – argumenta o senhor Labonne – se há textos legislativos confiando a diversas autoridades, notadamente aos Prefeitos e Administradores das Comunas [*Préfets et Maires*], o poder de polícia sobre a circulação de veículos, é correto dizer que não é nenhuma lei que, por si mesma, investe com tal missão [constitucional] de polícia determinada autoridade governamental<sup>5</sup>. Tanto é assim que, na falta de um texto legislativo específico, é à Constituição que se deve remontar para que se consiga encontrar a fonte do poder do Presidente da República.

O julgado, em si, não alude diretamente à Constituição. Seu argumento central é, contudo, projetado da seguinte maneira: “Se as autoridades departamentais e comunais são encarregadas pelas leis de velar pela conservação das vias públicas e pela circulação segura, cabe ao Chefe de Estado *para além de toda a delegação legislativa e em virtude de seus poderes próprios*, determinar as medidas de polícia [poder de polícia] que devem ser seguidas na circunscrição territorial sujeita à respectiva autoridade”.

É evidente que o fundamento dessa afirmação não pode ser outro que não o constitucional. De onde, com efeito, o Chefe de Estado extrai os “poderes próprios”, “para além de toda a delegação legislativa”, senão da Constituição? Se, de todo modo, os textos constitucionais não são mencionados na fundamentação, a lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875 está claramente sob as vistas do julgado, sendo certa sua referência ao disposto na alínea de seu artigo 3º, que confia ao Chefe de Estado a missão de execução das leis, alínea esta sobre a qual o Conselho de Estado já havia se apoiado no *arrêt* “Heyries”.

Aqui, novamente, o laconismo das sentenças não deve mascarar a riqueza da decisão.

Desse modo, o julgado detém, preliminarmente, o sentido de que a missão constitucional de execução das leis comporta, além da gestão contínua dos serviços públicos, evidenciada no *arrêt* “Heyries”, a manutenção da ordem por meio da utilização do poder de polícia, notadamente em sua forma de poder regulamentar.

---

<sup>5</sup> O Governo por muito tempo hesitou em agir pela via do decreto na ausência de atribuição legal expressa de competência em determinada matéria. Anteriormente ao decreto de 1899, o Governo preferia prescrever aos Prefeitos, por meio de circular, modelos de decisões, a serem utilizados conforme as características próprias de cada um dos Departamentos.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

Por outro lado, a execução das leis não deve ser entendida como a execução servil, parágrafo por parágrafo, de um texto legal, na medida em que implique *poderes próprios* e uma competência geral que é exercida em virtude da Constituição e para além de toda delegação legislativa.

**33.** Se, entre todos os julgados do Conselho de Estado, é necessário escolher aqueles que indicam de forma mais substantiva os fundamentos do direito administrativo, é sobre os citados “Heyries” e “Labonne”, citados acima, que recai nossa escolha. São casos que mostram como o direito administrativo se enraíza nos princípios constitucionais; são casos que mostram como a ideia de administração está ligada a de poder executivo; são casos que designam os dois principais veículos por meio dos quais o poder executivo adimple sua missão de administração: o poder de polícia e o serviço público.

Julgados isolados, soltos no ar? Certamente que não. Como se disse acima, o Conselho de Estado, afirmou, em diversas ocasiões, fora de qualquer referência a um texto legislativo preciso, qual a missão confiada aos governantes e administradores, e quais as suas fontes. É por isso que, quando a questão sobre a base constitucional do direito administrativo é colocada, deve ser levada em consideração a extrema importância desses dois julgados à solução da questão proposta.

**34.** Ademais, as ideias explicitamente desenvolvidas nos *arrêts* “Heyries” e “Labonne” são necessárias para a correta compreensão de outros julgados do Conselho de Estado.

Tal ocorre, por exemplo, na jurisprudência relativa às circunstâncias excepcionais<sup>6</sup>, ou à urgência<sup>7</sup>. Nesses casos, foram abordados os poderes legalmente exercidos pela Administração em razão do tipo de situação com a qual ela se defronta. Foi estabelecido que a explicação de tais poderes simplesmente por remissão ao estado de necessidade, teoria

---

<sup>6</sup> Cf. Laubadère, *Traité*, n. 404 e ss.

<sup>7</sup> GABOLDE, C. *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français*. Thèse Paris, 1951, e GABOLDE, C. *L'exception d'urgence em droit administratif*. D. 1952, Chr., p. 41.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

importada do direito civil ou do direito penal<sup>8</sup>, quando trasposta ao direito público, guarda em si o risco da imperfeição da transposição, e abre pura e simplesmente o caminho para justificações baseadas na razão de Estado. Em contrapartida, a ideia de que o poder executivo se encontra investido de uma missão constitucional que implica a manutenção da ordem e o mínimo funcionamento dos serviços públicos é mais correta, menos vaga e, portanto, menos perigosa. Ela também traz como implicação lógica o controle jurisdicional, pois recusa a ideia, afirmada pela teoria do estado de necessidade, de que, em certas circunstâncias, o direito perde seu império.

35. É bastante característico que, comentando outra questão, a da greve dos agentes públicos, Waline, observando o *arrêt* “Dehaene”<sup>9</sup>, tenha retomado as ideias que o Decano professor Hauriou havia expressado a propósito do *arrêt* “Heyries”, e que não são mais do que a explicitação das fórmulas do Conselho de Estado.

O *arrêt* “Dehaene” é decidido diante de situação na qual o Governo ativa o controle jurisdicional ao regulamentar o exercício do direito de greve dos agentes públicos, apesar de o Preâmbulo da Constituição reservar tal competência, em princípio, ao legislador. Nas conclusões simultaneamente sutis e vigorosas de Gazier, membro do Conselho de Estado [*Commissaire du Gouvernement*], não se pode olvidar que o estado delicado da situação fática justifica totalmente a medida governamental, e que, sob um ângulo puramente jurídico, tal situação, em última análise, devido a equívocos do constituinte, a falhas do legislador, e a hesitações do governo, deixa à jurisdição administrativa uma tarefa que discrepa daquela ordinariamente exercida por ela. De fato, as razões explicitadas no julgado implicam certo número de pressupostos. O primeiro, em consonância com a jurisprudência do Conselho de Estado, é o de que o direito de greve, como todos os outros direitos, não pode ser exercido abusivamente, sob o pressuposto de que existe uma norma, escrita ou não escrita, que permite aferir e mensurar o abuso. O julgado afirma também que o Governo é responsável pelo bom funcionamento dos serviços públicos e pela manutenção da ordem

---

<sup>8</sup> Cf. PALLARD, R. *L'exception de necessite em droit civil*. LGDJ, 1949.

<sup>9</sup> CONSELHO DE ESTADO, 7 de julho de 1950, “Dehaene”, conclusões do Comissário Gazier, nota de Waline.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

pública, derivando dessa responsabilidade seu poder regulamentar, sujeito ao controle da jurisdição [administrativa]; a questão da regulamentação pelo Governo do direito de greve dos agentes públicos impõe, portanto, que se admita – implicitamente, mas necessariamente – que existe uma norma de natureza superior segundo a qual o Governo deve garantir a ordem pública e fazer funcionar minimamente os serviços públicos necessários à continuidade da vida nacional.

E em que lugar, senão no direito constitucional, é possível encontrar a fonte dessas normas de natureza superior? Ao investir o Presidente da República (antigamente) e o Chefe do Conselho de Ministros de Estado (atualmente) <sup>10</sup> da missão de execução das leis, a constituição lhes confere um título geral de competência para a realização de tudo aquilo que for necessário à manutenção das condições de continuidade da vida nacional, é dizer, à manutenção da ordem e ao funcionamento dos serviços públicos.

E isto porque, com efeito, a “execução das leis” não consiste somente na execução de cada uma das leis, mas na manutenção da *ordem jurídica como um todo*, e, com isso, de tudo o que for necessário à continuidade do Estado e da vida nacional. Como demonstra muito bem Waline<sup>11</sup>, recuperando as ideias de Hauriou, pode suceder que, seja em função de circunstâncias excepcionais, seja em razão de uma lacuna legislativa, a salvaguarda *das leis*, isto é, do Estado e da ordem jurídica, exija o sacrifício *de uma lei*. Tendo em vista a hierarquia das normas, a superioridade do todo sobre a parte, o poder executivo não pode exercer seu direito para além ou em prejuízo de sua estrita fidelidade à sua missão constitucional; e, neste particular, tal poder estará sempre e em todo lugar sujeito ao controle jurisdicional.

**36.** Tentemos agora reagrupar em uma ordem lógica os diversos elementos que nos são fornecidos pela jurisprudência.

---

<sup>10</sup> “O Presidente do Conselho de Ministros garante a execução das leis” (artigo 47 da Constituição de 1946).

<sup>11</sup> Nota supracitada de Waline sobre o *arrêt* “Dehaene”.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

Um primeiro ponto parece certo: sobre a base dos princípios constitucionais, confirmados em razão do conteúdo mais elevado do sentido da regra de separação entre as autoridades administrativas e judiciárias<sup>12</sup> [dualidade de jurisdições], a administração se define, antes de tudo, por referência *ao poder executivo*. Isto deve ser compreendido em um sentido orgânico e formal, como foi tradicionalmente previsto em nossas constituições, notadamente no artigo 3º da Lei de 25 de fevereiro de 1875 e no artigo 47 da Constituição de 27 de outubro de 1946. O poder executivo pertence ao Presidente do Conselho de Ministros de Estado e ao Governo<sup>13</sup>, excepcionalmente ao Presidente da República<sup>14</sup>. Nele devem convergir os serviços e organismos situados sob a autoridade ou sob a tutela do Governo<sup>15</sup>, bem como aqueles que atuam em nome do Governo<sup>16</sup>.

Como consequência, deve ser radicalmente excluída da administração, no direito público francês, todas as atividades que não se ligam formalmente ou organicamente ao poder executivo. Qualificadas ou não como serviços públicos, as atividades do Parlamento ou da autoridade judiciária não tem qualquer relação com o direito administrativo<sup>17</sup>.

Considerando o sentido próprio das atividades governamentais como designativo de todas as atividades do Governo ou de seus agentes, é certo que nem todas as atividades governamentais possuem caráter administrativo. Este caráter não diz respeito às competências exercidas pelo Governo com base em outro título que não aquele conferido, em nosso direito atual, pelo artigo 47 da Constituição [de 1946]. Não se trata, aqui, da ressurreição da distinção que delineia, de um lado, atos “de governo”, e, de outro lado, atos “administrativos”<sup>18</sup>. Mas é preciso constatar, de todo modo, que não possuem caráter

---

<sup>12</sup> Supra, n. 19.

<sup>13</sup> O Governo exerce o poder executivo, seja de modo colegiado, pelo Conselho de Ministros, seja pela atuação individual de cada um dos Ministros.

<sup>14</sup> O Presidente da República possui uma competência executiva excepcional de nomeação de altos funcionários para a composição do Conselho de Ministros, nos termos do artigo 30 da Constituição [1946].

<sup>15</sup> Recorde-se que as coletividades locais e os estabelecimentos públicos possuem um caráter puramente administrativo, sem qualquer participação no poder legislativo, ainda que, de um ponto de vista “material”, editem “leis” ao tomar decisões gerais e impessoais.

<sup>16</sup> Supra, n. 52.

<sup>17</sup> Infra, n. 22.

<sup>18</sup> Alguns autores quiserem distinguir a atividade governamental da atividade administrativa. A primeira faria referência às grandes opções de política geral; a segunda, às tarefas administrativas cotidianas. Politicamente, a distinção é justificável. Juridicamente, como muitas distinções feitas sob um ângulo

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

administrativo, por não se relacionarem à “execução das leis” no sentido do artigo 47, os atos por meio dos quais o Governo conduz sua relação com o Parlamento, bem como os atos concernentes às relações externas (com o estrangeiro). Dito de outra maneira, a “Administração” se vincula ao poder executivo, a todo o poder executivo, e unicamente ao poder executivo<sup>19</sup>.

37. Notemos agora um segundo ponto: as competências governamentais para a atuação administrativa possuem um caráter próprio e autônomo, e isto por duas razões. A primeira é a de que a qualidade de poder executivo é conferida diretamente pela Constituição ela mesma, não resultando, pois, da soma das delegações consentidas pelo legislador sobre cada matéria em particular. A segunda é a de que, seguindo nossa tradição constitucional e a jurisprudência do Conselho de Estado, a tarefa de execução das leis possui um duplo aspecto. De um ponto de vista *analítico*, ela consiste na garantia de aplicação de *cada* lei; de um ponto de vista *sintético*, ela consiste na garantia das condições de uma ordem jurídica legal, o que implica a manutenção da continuidade do Estado e da vida nacional mediante o respeito à ordem e o bom funcionamento dos serviços públicos. Excepcionalmente, como se demonstrou<sup>20</sup>, a investidura constitucional do poder executivo autorizará, sob o controle da jurisdição, a integração das lacunas da lei, ou mesmo a suspensão temporária da aplicação de determinada disposição legislativa que, observadas as circunstâncias, colocaria em perigo certo e grave a missão geral de salvaguarda da ordem jurídica como um todo que é confiada ao executivo<sup>21</sup>.

---

“material” (supra, n. 14-18), ela não faz nenhum sentido. A importância política de um decreto ou de uma decisão não altera em nada a sua natureza de ato administrativo (vide, a esse respeito, a decisão do CONSELHO DE ESTADO de 23 de outubro de 1953, “Huckel”, sobre a declaração de estado de sítio). Em contrapartida, o fato de um ato do executivo se inserir em meio a um procedimento que diz respeito ao relacionamento entre executivo ou legislativo, ou às relações internacionais, nos termos do artigo 47 da Constituição, faz com que este ato perca sua natureza de ato administrativo, independentemente de sua importância ou de seu significado político.

<sup>19</sup> Infra, n. 39 e seguintes.

<sup>20</sup> Supra, n. 31 e n. 35.

<sup>21</sup> Supra, n. 34.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

Este é o momento de indicar como o caráter “próprio e autônomo” das atribuições do executivo, como foram sublinhadas, pode ser cumulado com o caráter “secundário e derivado” que a elas é amplamente reconhecido<sup>22</sup>. As duas afirmações não são contraditórias. O caráter próprio e autônomo dos poderes do executivo, que conduziu ao reconhecimento de um poder regulamentar no *arrêt* “Labonne”<sup>23</sup>, advém, como foi dito, do fato de que o Governo recebe da Constituição uma investidura direta e geral. O caráter secundário e derivado, garantia da superioridade do poder legislativo, advém do fato de que, na grande generalidade dos casos e em circunstâncias normais, a “execução das leis” deve ser entendida em seu sentido “analítico”, ou seja, como a concretização [*mise en oeuvre*] das disposições legislativas que dirigem e limitam a atividade administrativa.

**38.** A tarefa da administração, assim vinculada à noção de poder executivo, comporta duas sortes de objetivo, e, portanto, duas sortes de meios.

O primeiro objetivo é a manutenção da *ordem pública*, que permite às atividades privadas a satisfação de certo número de necessidades em um ambiente pacífico. Os meios que permitem a obtenção desse objetivo são os diversos procedimentos de *polícia*, especialmente aqueles desenvolvidos sob a forma de poder regulamentar.

O segundo objetivo é o funcionamento dos serviços públicos destinados à satisfação as necessidades coletivas mediante prestações; para atender esse objetivo, o executivo dispõe de meios variados: o poder regulamentar aplicado à organização do serviço, os poderes hierárquico e disciplinar, etc.

Esses dois objetivos e essas duas séries de meios são, na realidade, interdependentes. Sem dúvida, como já foi dito<sup>24</sup>, mantém-se a diferença entre a regulamentação de atividades privadas por meio das *prescrições* do poder de polícia e a satisfação direta de necessidades coletivas mediante as *prestações* de serviços públicos. Mas é importante ter em conta que,

---

<sup>22</sup> Supra, n. 16.

<sup>23</sup> Supra, n. 32.

<sup>24</sup> Supra, n. 9.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

como afirmou o Conselho de Estado no *arrêt* “Dehaene”, a manutenção da ordem e o bom funcionamento dos serviços públicos se apoiam mutuamente. Ademais, como foi apontado por Waline<sup>25</sup>, certas intervenções do Estado cumulam a regulamentação de atividades privadas com o subsídio estatal a estas mesmas atividades, sendo assim um meio-caminho entre os procedimentos de polícia e de serviço público.

Assim, o serviço público permanece uma noção essencial ao direito administrativo. No entanto, o serviço público deve ser integrado a uma construção mais ampla, que o torna um caso particular de “execução das leis”, no sentido constitucional da locução. Ao mesmo tempo, tal integração permite excluir do campo da administração e do direito administrativo os serviços públicos que, orgânica e formalmente, não se vinculam ao poder executivo.

#### O CRITÉRIO DA *PUISSANCE PUBLIQUE*, COROLÁRIO DO CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO

**39.** Caracterizar a administração como uma atividade do poder executivo seria insuficiente se não se acrescentar que toda atividade dos organismos participantes do poder executivo deve, para ter caráter administrativo, para vincular-se à jurisdição administrativa e ao direito administrativo, ser exercida mediante os procedimentos típicos de *puissance publique*. Não se propõe aqui, como ficará evidente, a gravar sobre o critério do poder executivo outro critério, possuidor de uma natureza diferente e que se cumulária artificialmente com ele, mas sim a simplesmente explicitar um corolário que deriva das demonstrações precedentes. Mas antes de alcançarmos o corolário, é necessário precisar a noção de *puissance publique*.

---

<sup>25</sup> Cf. n. 9 e *Traité*, 6. ed., p. 4 e seguintes.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

40. A palavra e a ideia de *puissance publique* detêm má reputação. Elas evocam o período de infância do direito administrativo francês, a inoportuna distinção entre atos de autoridade e atos de gestão e a delimitação arbitrária e complicada do contencioso administrativo e do contencioso judiciário, discussões emergentes a partir do *arrêt* “Blanco”. Elas evocam, dessa maneira, a idade metafísica do direito, onde se parecia acreditar que o Estado possuía uma vontade, por essência superior a dos indivíduos.

Entretanto, não se conseguiu expulsar com sucesso o termo *puissance publique* do direito administrativo. Deixemos de lado certas locuções (responsabilidade da *puissance publique*, por exemplo), nas quais possui o valor de perífrase para designar a administração ou o conjunto de entidades públicas. O sentido de *puissance publique* é, contudo, mais preciso e mais dotado de significado nos casos em que estão em questão, como nos exemplos dos estabelecimentos públicos e do conteúdo dos contratos administrativos, as “prerrogativas de *puissance publique*”. E, como é amplamente reconhecido, é impossível escrever sobre direito administrativo sem se deparar no caminho com o referido termo usado nessa acepção<sup>26</sup>.

Malgrado abusos e confusões a que a noção de *puissance publique* pode ter dado ensejo no passado – que não serão retomados – investiguemos o que pode ser a *puissance publique*.

41. Aqui, novamente, é do direito constitucional que devemos partir. Os diferentes órgãos do Estado não extraem sua autoridade que não do soberano, é dizer, da Nação ou do povo francês<sup>27</sup>. Mas esses órgãos tomam emprestado do soberano um de seus atributos essenciais: o poder de comandar, isto é, o poder de tomar decisões que se impõem aos indivíduos sem o seu consentimento, e, em alguns casos, executar diretamente tais decisões sem qualquer controle ou restrição de outro poder.

---

<sup>26</sup> Cf., por exemplo, ODENT, R. *Contentieux administratif*. Polycopie, 1953-1954, fasc. I, p. 143.

<sup>27</sup> A fórmula do artigo 3º da Constituição – “A soberania nacional pertence ao povo francês” – é equivocada e não permite distinguir se os constituintes são representantes da soberania nacional ou da soberania popular, o que traria consequências respectivamente diferentes, porém que não são relevantes à matéria aqui discutida (cf. VEDEL, G. *Manuel de droit constitutionnel*, 1. ed., p. 131-132).

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

É verdade que os diversos órgãos do Estado não participam em mesmo grau do exercício da soberania. Há, de fato, uma parte da soberania que a nação – ou o povo – retém em si mesma no caso de modificações à Constituição que não tenham obtido, no seio do Parlamento, certa proporção de votos favoráveis<sup>28</sup>. Por outro lado, a qualidade de representantes diretos do poder soberano é reservada aos deputados da Assembleia Nacional, que exercem, essencialmente, o poder legislativo<sup>29</sup>.

Portanto, não se pode perder de vista que o exercício da soberania não pode ser concentrado, sem delegação ou divisão, nos membros da Assembleia Nacional. Mesmo em um governo hipotético totalmente consensual, o poder de comando deve ser subdelegado pela Assembleia Nacional aos órgãos encarregados da execução das leis. E, em um regime que, como o nosso, não poder ser completamente negada a separação de poderes, o Governo detém, sob a autoridade do legislador e em relação aos objetos postos em sua competência, o poder de tomar decisões que se imponham sobre os indivíduos; este poder vem da Nação, por meio de mecanismos parlamentares e de supremacia da lei.

**42.** A noção de *puissance publique* não tem, dessa forma, nada de misterioso. Ela não se manifesta, assim, por uma vontade metafísica, superior àquela dos indivíduos e pertencente aos governantes. Ela é simplesmente a consequência de uma crença social transmutada em regra jurídica: aqueles que, direta ou indiretamente, agem em nome da Nação, detêm algumas competências que os particulares, agindo como tal, não possuem. A *puissance publique* não é, assim, outra coisa que não a detenção de competências “exorbitantes do direito comum”, do direito comum sendo entendido, aqui, como direito privado. O termo designa, então, um *regime jurídico especial*, caracterizado pelo que se acabou de definir [exorbitância].

As prerrogativas de *puissance publique* não são, na realidade, reservadas ao poder executivo. O legislador as possui em um sentido muito mais forte e em uma escala superior

---

<sup>28</sup> Constituição [1946], artigo 3º, “3”, e artigo 90.

<sup>29</sup> Constituição [1946], artigo 3º, “4”.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

da hierarquia normativa. O juiz as possui na medida em que a ele é possível emitir decisões dotadas da capacidade de executarem-se a si próprias (e sem qualquer restrição de outro poder), e da presunção de legalidade e veracidade. Mas, aqui, apenas nos interessam as prerrogativas de *puissance publique* atribuídas aos órgãos executivos.

43. Acreditamos ter demonstrado que a ideia de *puissance publique* não tem nada de místico nem de metafísico, desde que nos limitemos a observá-la sob o ângulo do que a vida jurídica nos permite afirmar sobre ela.

Esse fato, como demonstrou recentemente Rivero<sup>30</sup>, agrega um segundo refinamento conceitual. Com efeito, tradicionalmente se insiste que a *puissance publique* define um regime jurídico exorbitante do direito comum, beneficiário de competências que não são estendidas aos simples particulares. Mas nunca é demais reforçar – e o mérito de Rivero é precisamente o de ter sublinhado este ponto – que o regime da *puissance publique*, se comporta, em relação ao direito comum, extensões de competência, comporta, igualmente, restrições de competência com respeito ao direito comum. O próprio termo *competência*, nota Rivero, evoca uma atuação submissa a sujeições que não se comparam à *capacidade* dos indivíduos. Os particulares escolhem livremente as finalidades dos seus atos, reservados dessa livre escolha apenas os fins ilícitos ou imorais; a Administração não deve agir que não seja em vista do interesse público. Além dos princípios gerais, os diversos institutos do direito administrativo sujeitos ao regime da *puissance publique*, se têm exaltados os poderes da Administração sobre certo aspecto, vêm esse poder correspondentemente limitado sobre outro: a obrigação de contratar seu pessoal mediante concurso público, por exemplo, ou ainda a obrigação de respeitar a afetação atribuída aos bens de domínio público. Essas regras – escreve Rivero – não são uniformemente extensíveis da Administração às relações regidas pelas vontades dos particulares; ocorre então, frequentemente, que tais regram venham a reduzir o poder da Administração em comparação com o poder consentido aos indivíduos nas relações de direito privado. A

---

<sup>30</sup> RIVERO, J. *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, RDP, 1953, p. 279 e seguintes, particularmente p. 287-289.

**Uso exclusivo para fins didáticos  
(não citar nem divulgar)**

DES 318 – Bases Normativas da Administração Pública  
Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida – 2017

“derrogação do direito comum” não é feita, pois, em sentido único, mas nas duas direções opostas: na do mais e na do menos<sup>31</sup>.

Assim, a *puissance publique* não é somente um feixe de competências exorbitantes com relação aos poderes consentidos aos indivíduos, mas também um conjunto de competências *condicionadas*.

44. Como aqui foi apresentada, a ideia de *puissance publique* não parece merecer as censuras que ela frequentemente recebe. Ao compreendermos sua origem e sua natureza, não cometemos mais o erro de fixarmo-nos exclusivamente sobre as prerrogativas, na medida em que tais prerrogativas serão sempre acompanhadas de sujeições. Prerrogativas e sujeições são, pois, intimamente ligadas, em virtude da própria existência de um “Estado de Direito”, que é aquele no qual nenhuma autoridade pode ser arbitrariamente exercida<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Não compreendemos por que, ao final de uma análise tão penetrante e inovadora, Rivero escreve que a noção de *puissance publique* “não seria capaz de abarcar todas as normas que a compõem”. Isso significaria que o termo *puissance publique* foi mal escolhido por não conseguir evocar, em relação ao direito privado, as “em mais”, mas apenas aquelas “em menos”? De todo modo, esta é apenas uma simples questão de vocabulário que poderá ser resolvida, seja pela adoção de um termo melhor escolhido, seja – o que é mais simples, tendo sido a estratégia escolhida neste ensaio – pelo refinamento conceitual do sentido em que a locução *puissance publique* é empregada.

<sup>32</sup> Esta ligação entre prerrogativas e sujeições aparece em plena luz na teoria das vias jurisdicionais de fato. Quando, seja por uma demanda “manifestamente insuscetível de gerar decisão jurisdicional que aplique um texto legal ou regulamento”, seja por um recurso contra uma execução forçada que pode alcançar direitos dos particulares, a Administração rejeita tais sujeições essenciais, deixando de lançar mão de suas prerrogativas, sua atuação se “desnatura”, perde seu caráter administrativo. Dessa maneira, os litígios, que nasceram sob a competência da jurisdição administrativa, recam na competência do poder judiciário, passando a ser regidos por normas de direito privado. O liame entre prerrogativas e sujeições, aqui, serve para conectar, em circunstâncias normais, a atuação da administração pública ao exercício do poder executivo, por meio da garantia de um regime jurídico específico e uma jurisdição especial. (Cf. VEDEL, G. *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait*, JCP, 1950).