

MANEIRO - ADVOCADO
TOMBO: FMS 9
CDU: 342.9 (81)
FMA: PR 10a
EX: lex v. 12

18046 03104

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

VOL. 12

ABRIL - JUNHO - 1948



em conexão com o fato gerador. Entretanto, da circunstância do lançamento exercer uma função simplesmente declaratória, não decorre que ele não tenha efeitos relevantes, que em certos casos chegam mesmo a alterar as condições da obrigação tal como esta decorre em tese do fato gerador. Esses efeitos, entretanto, são sempre decorrências do regime positivo e não devem ser generalizados em doutrina; citaremos como exemplo o caso das deduções por encargos de família, que, de acôrdo com a jurisprudência brasileira, se consideram à data inicial do exercício em que ocorre o lançamento:⁹¹ trata-se, como é bem de ver, de disposições de caráter administrativo, destinadas a tornar mais cômodo o processo de lançamento, e que assumem, sob um certo aspecto, o caráter de um "forfait", ou seja, de uma ficção legal que faz retroagir à data da constituição da obrigação (fato gerador) a conceituação de certos elementos de fato tal como existem à data da exteriorização (declaração ou da liquidação (lançamento), por uma questão de conveniência administrativa.

13. Resumindo, diremos que o fato gerador do impôsto de renda, quer se trate do impôsto cedular, quer do impôsto complementar, quer, ainda, do impôsto arrecadado na fonte, ou do impôsto sobre a renda das pessoas jurídicas, é a aquisição da disponibilidade econômica de um elemento de riqueza que corresponda à definição legal positiva de rendimento; entretanto, como elemento constitutivo, o fato gerador apenas cria o débito abstrato do impôsto, dependendo a verificação do débito em concreto de dois momentos ulteriores (embora eventualmente confundidos), de eficácia declaratória, o da exteriorização, que se verifica na prática pela declaração do contribuinte, e o da liquidação, que ocorre com o lançamento efetuado pela administração fiscal.⁹²

⁹¹ De acôrdo com a elaboração doutrinária, dever-se-iam considerar à data do fato gerador, de modo que, mesmo levando-se em conta o critério temporal do exercício, deveriam ser admitidos proporcionalmente ao tempo decorrido no ano base, ou seja por um critério semelhante ao adotado para o cálculo dos empréstimos no impôsto de lucros extraordinários. Houve, aliás, na jurisprudência administrativa tentativas nesse sentido.

⁹² Cumpre notar que não evitamos, nesta tese, da questão da correlação do fato gerador com a pessoa física ou jurídica, do titular da renda, questão essa que se confunde, na prática, com o problema da definição do sujeito passivo e da justificativa do poder tributário, seja por força da sujeição à soberania, seja como uma contra-partida da garantia do Estado à posse dos bens ou dos rendimentos: essa questão, com efeito, excederia os limites do presente trabalho, porquanto a sua solução não é essencial à definição do fato gerador.

O CONCEITO FUNDAMENTAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

RUI CERNE LIMA

Prof. na Faculdade de Direito de Porto Alegre

SUMÁRIO: Conceito de administração. Caráter fundístico. Administração e direito subjetivo. Organização administrativa. Domínio público e patrimônio administrativo.

1. O conceito fundamental do direito administrativo é o conceito de administração.

Certo, o conceito de administração transcende em extensão aos limites do direito administrativo. Modalidades várias de administração incluem-se entre as matérias do direito privado: assim, a administração do país (art. 385, Cód. Civ.), a dos tutores (art. 422, Cód. Civ.), a dos representantes legais das pessoas jurídicas (art. 19, Cód. Civ.). Não menos certo, porém, é que a atividade administrativa no direito privado se nos apresenta dispersa e multifária, carente de um centro comum que a coordene no sentido da unidade.

Diversamente, no direito público, a atividade administrativa, centraliza ou descentraliza, supõe, em qualquer caso, um núcleo central unitário, do qual ou para o qual procede, um centro, enfim, que lhe atribui e mantém a unidade. Esse centro é o Estado.

A existência do Estado, na medida em que por tal forma coordena e unifica as atividades administrativas, regidas pelo direito público, vem a ser, portanto, o pressuposto histórico indispensável da existência do direito administrativo.

Mas, reconhecida, embora, ao Estado essa eficácia condicionada na formação do direito administrativo, ainda é preciso repetir: o conceito fundamental do direito administrativo é o conceito de

administração. O "principium individuationis" do direito administrativo, se pretendemos atingi-lo, havemos que buscá-lo no conceito de administração, base lógica, e não meramente pressuposto histórico, do sistema jurídico administrativo.

2. Excelentemente definiu Oto Mayer o direito administrativo como o direito próprio da administração.¹ Ora, o que há de fundamental nessa definição é evidentemente o conceito de administração. Que é, pois, administração?

Merkel oferece-nos resposta à pergunta, delineando-se um conceito amplo de administração, em que esta é caracterizada como a forma de atividade humana que, obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe a realização de um fim determinado.²

O caráter finalístico ou teleológico da atividade administrativa não é, sem dúvida, o único a sinalar especificamente essa forma de atividade.³ Mas não há negar que constitui a nota principal dentre quantas compõem o conceito de administração.

Na verdade, ao passo que a relação, a que chamamos direito subjetivo vincula os fatos e os bens do mundo exterior imediatamente a um sujeito,⁴ a relação, a que damos o nome de administração, vincula-os imediatamente a um fim.

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, imediatamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa *qua talis* obedece a um fim, a que o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais: o agente da atividade administrativa não poderá, portanto, influir sobre esta, senão mediatamente, pelo modo pessoal de persecução ou realização do fim próprio da administração.

¹ Le Droit Administratif Allemand, t. 1, Paris, 1903, § 2, p. 20.

² Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1927, § 1, p. 2.

³ Minha introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro, Porto Alegre, 1947, § 2, p. 17. Mais completa do que a de Merkel é a definição de Herraritz, Grundrissen des Verwaltungsrechts, Tübingen, 1921, § 1, p. 1, e Österreichisches Verwaltungsrecht, Tübingen, 1925, § 1, p. 1: "Unter Verwaltung im weitesten Sinne des Wortes wird ein dauerndes, planmässiges, also durch Regeln gebundenes Handeln zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verstanden".

⁴ Minha A Noção de Direito Subjetivo, separata de Justitia, Porto Alegre, 1948, passim.

Sem penetrar mais a fundo o conceito de administração, podemos, já a esta altura, dar-nos conta de que nela se contém uma forma de relacionamento jurídico, distinta da forma clássica do direito subjetivo, predominante no direito privado. E estamos assim capacitados para compreender como o conceito de administração pôde, por si só, fundar o direito administrativo. Nesse conceito, vamos encontrar realmente, a conceituação de um estilo de relações jurídicas, se não estranho, ao menos esparso e sem relêvo no seio do direito privado.

3. Administração e direito subjetivo são dois tipos distintos de relacionamento jurídico. Já no mesmo direito privado, a distinção entre ambos se esboça, ainda que sem firmeza, sobretudo no tocante ao direito dos bens.

Allures escrevemos: A palavra administração costuma empregar-se, em direito privado, por oposição a propriedade. Aos atos de administração, o Código de Napoleão opõe os atos de propriedades.⁵ Viciosa, embora, a expressão "actes de propriété" sublinha bem o contraste. Administração se diz, assim, a atividade do pai, ou da mãe, relativamente aos bens dos filhos; a dos tutores, relativamente ao patrimônio dos tutelados. Administração chama-se, também, à atividade dos dirigentes de associações, sociedades e fundações. Em todos esses passos, vemos, realmente, separadas a propriedade, ou titularidade, e a administração. Qual o critério dessa separação? O da finalidade do bem. Enquanto a propriedade, ou titularidade, opera a vinculação do bem ao sujeito de direito, a administração vincula o mesmo bem ao fim, a que deve servir. O fim, a que, natural ou juridicamente, por destinação econômica ou prescrição legal, o bem deve servir, determina os limites da administração. Inepto o sujeito de direito para realizar esse fim, separam-se a propriedade, ou titularidade, e a administração, para atribuir-se esta a pessoa capaz. Asseverou-se já em tal matéria, que a pertinência de um bem a um fim (*pertineri ad aliquid*) exclui a pertinência dele a uma pessoa (*pertineri ad aliquem*).⁶ Desenvolvimento desse conceito é a conhecida doutrina dos patrimônios-fins, proposta como explicação

⁵ Art. 1088.

⁶ Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen, 1880, t. III, parte II, § 432, p. 450.

"Allein in dem Begriff des Zweckvermögens, wie ich es denken zu müssen glaube, gehört, dass es kein Subjekt hat, dass es in dem Zweck wofür es gehört, ein Objekt hat, dass es

da personalidade jurídica. Tão longe entretanto, não precisamos ir. Baste-nos o discríme que apontamos entre as duas relações.⁷

4. Esse discríme entre os dois tipos de relação jurídica — administração e direito subjetivo —, apenas indicado no Direito Privado, assume, no direito público, uma importância capital.

Nenhum dos problemas básicos do direito administrativo — entre eles, "exempli gratia", a secular controvérsia acérrca da natureza jurídica do domínio público —, nenhum dos problemas básicos do direito administrativo se mostrará suscetível de solução satisfatória, tanto que ignorado aquéle discríme liminar. Ao revés, todas as dúvidas se clareiam, todas as questões principiológicas se resolvem, olhadas do alto dessa distinção.

Pósto que administração seja essencialmente uma relação, pela qual um fato ou um bem se vincula imediatamente a um fim, esse mesmo fim necessariamente há de determinar, não somente o desenvolvimento da atividade própria dita, senão também, de um lado, a disposição e o aparelhamento ou, seja, a organização do agente *quoad actionem* e, de outro, a ação mesma do agente.

Se o agente for uma pessoa jurídica,⁸ ou uma coletividade, a disposição dele para a ação traduzir-se-á por uma forma determinada de organização. A atividade administrativa, realmente, é que determina a organização interna da pessoa jurídica, ou da coletividade. A Ciência do Direito Administrativo, e não a do Direito Constitucional, digamo-lo, de passagem, pertence, destarte, "*à bon droit*", o estudo da organização administrativa ainda que fixada, no direito positivo, por diplomas constitucionais.⁹

Dentro na noção de organização *lato sensu*, cabe, ainda, porém, o aparelhamento necessário ao desenvolvimento da atividade administrativa: *organon*, é sabido, significa precisamente instrumento. Nesse aparelhamento, a parte mais saliente é constitui-la pelos bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Diz-se dèsses

assistat des Subjektos, dom das Personenermögern gehört, ein Objekt hat, welches für das Personenermögen nicht besteht, das "pertinere ad aliquem" und "ad aliquid" sich gegenseitig ausschließen".

⁷ Minha introdução cit., § 2, n.º 8 e 7, p. 20 a 22.

⁸ Cf. meu Conceito da Pessoa Jurídica, separata de Estudos, Porto Alegre, 1946, passim.

⁹ Contra, O. Mayer, ob. cit., t. I cit., § 2 e nota 3, p. 17; Walter Jellinek, *Vermögensrecht*, Berlin, 1931, § 3, p. 43.

bens que participam da atividade administrativa;¹⁰ e pode, com verdade, dizer-se que participam eles da administração, porque são parte instrumental, são órgãos ou pertenças materiais do agente, *inquantum ad actionem*. A mesma ontologia ensina-nos que há unidade real, embora accidental, entre o operário e a ferramenta quanto à obra a realizar, unidade a que, apropriadamente, se chama unidade dinâmica.¹¹ Unidade dinâmica existe, por igual, entre o agente e os bens instrumentais, relativamente à atividade administrativa a desempenhar.

5. Se se quiser fixar em termos jurídicos essa incorporação dos bens na organização administrativa, a noção a utilizar será a de pertença, a que, de resto, já acenamos.

A noção romana de pertença não abrangeria a nossa hipótese, mas, nessa matéria, o direito intermédio inovou largamente o direito romano, dilatando mesmo, até ao direito público, o conceito de pertença. Basta que consideremos a figura jurídica publicística das *pertinentiae comitatus*, domínios territoriais, direitos, fincas e rendas, accedentes à dignidade ou cargo de conde, ou *comes*.¹²

Ao demais, modernamente, aponta-nos já Francesco Ferrara, como um dos desenvolvimentos e aplicações, de que a figura da pertença é capaz, a sua extensão ao material científico dos gabinetes, institutos e observatórios, às coleções artísticas dos museus e pinacotecas, às coleções de livros, manuscritos e incunábulo das bibliotecas, e ao mesmo material dos estabelecimentos administrativos.¹³ Que são, porém, os estabelecimentos administrativos, senão organizações de serviços públicos?

Nada obsta, portanto, a que, num sentido ainda mais lato, se qualifiquem como pertenças, relativamente às organizações dos

¹⁰ Meus *Princípios do Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1939, § 7, n.º 3, p. 63.

¹¹ Card. Meccius, *Ontologie*, Louvain-Paris, 1923, n.º 78, p. 165; J. N. Haas S. J., *Introdução in Metaphysicam Generalem*, Sancti Leopoldi, 1943, p. 123.

¹² Brunner — v. Schwurin, *História del Derecho Germanico*, trad. de J. L. Alvarez Lopez, Barcelona, 1906, § 18, p. 64; § 20, p. 72. Sobre "comes" e "comitatus", cf. Savigny, *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, trad. de E. Bolla, t. I, Torino, 1854, n.º 79, p. 153; Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII e XV*, t. I, 2.ª ed., Lisboa, s. d., p. 220. Sobre "pertinentia", cf. António Perez, *Fractions in Duodecim Libros Codicis Justiniani*, ad lib. X, tit. X, n.º 6, Opera Varis, Venetia, 1728, t. II, p. 177; Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus Jurium et Honorum Regiae Coronae*, Lugduni, 1726, lib. III, tit. XLIV, n.º 5 ad 8, p. 329.

¹³ *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, Roma, 1921, n.º 167, p. 794.

serviços públicos a que tocam *quoad actionem* os bens que compõem o domínio público e o patrimônio administrativo.

6. Dentre as conseqüências a tirar dessa qualificação jurídica do domínio público e do patrimônio administrativo, a mais importante é, sem dúvida, a de que os bens neles incorporados, não se presuppõe que sejam necessariamente propriedade pública. Na verdade, ainda no direito privado, a relação de pertinência "não induz necessariamente o direito de propriedade da pertença no proprietário da coisa principal: as duas propriedades permanecem distintas e separadas".¹⁷

Atingimos neste ponto o fulcro de toda a estruturação jurídica do domínio público e do patrimônio administrativo: a possibilidade de propriedade privada sobre os bens que os compõem, sem prejuízo ou embaraço de sua utilização administrativa.¹⁸ Não poderá haver, realmente, conceituação satisfatória do domínio público e do patrimônio administrativo, se essa possibilidade não for admitida.

Mas, de outro lado, somente um tipo de relação jurídica, diverso da figura do direito subjetivo, poderá explicar a incorporação, assim ao domínio público como ao patrimônio administrativo, de bens vinculados inteiramente, pelo laço da propriedade privada, a um sujeito de direito, estranho por completo à atividade administrativa, de que aqueles bens participam.

7. A conclusão a que chegamos, revelamos o sentido e, ao mesmo tempo, a latitude e a profundidade de penetração do conceito de administração na estrutura do direito administrativo.

O que verificamos, no curso deste estudo, com respeito, particularmente, ao problema do domínio público e do patrimônio administrativo, verifica-se, por igual, com respeito a todos os problemas capitais da ciência do direito administrativo. A fim de resolvê-los cabalmente há que referi-los a um conceito fundamental, e esse conceito fundamental, repitamo-lo, ainda uma vez, é o conceito de administração.

¹⁷ Cf. Hugo Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935, p. 555: "La caractéristique particulière de l'établissement public est d'être un service public qui possède un patrimoine propre".

¹⁸ Chiapani e Abello, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. 1, Torino, 1904, p. 336.

¹⁹ Walter Jellinek, *ob. cit.*, § 22, p. 507; F. Schuen, *Deutsches Verwaltungsrecht*, *Hilfswörter's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft herausgegeben von Josef Kohler*, Leipzig - Berlin, 1914, t. IV, p. 255.

CRIME DE RESPONSABILIDADE - PREVALÊNCIA DO FÔRO ESPECIAL APÓS A CESSAÇÃO DE FUNÇÕES - PREFEITO MUNICIPAL

- É tradição do nosso direito que as autoridades, mesmo fora do cargo, respondem no fóro especial determinado em lei, quando praticaram o crime no exercício de suas funções.

- Se dependesse da permanência no cargo, a determinação da competência ficaria ao arbítrio de uma das partes interessadas, bastando que o acusado deixasse o cargo ou o poder público o demitisse, para que aquela deixasse de subsistir.

- Interpretação do decreto-lei n.º 5.511, de 21-5-43.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Justiça Pública versus Alcindo Chaves e outros
Proc. de respons. n.º 15.487 - Relator: Sr. Desembargador
MÁRCIO MURHOZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de processo de responsabilidade n.º 15.487, da comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são autora a Justiça Pública e indicados Alcindo Chaves, Amado José Saliba, Miguel José

COMENTÁRIO

FÔRO ESPECIAL NOS CRIMES FUNCIONAIS

Não é possível, *data venia* da grande autoridade do ilustre Tribunal paulista, estar de acordo com a doutrina sustentada no julgado que temos a honra de comentar.

Toda a sua argumentação se funda, com respeito o dizemos, num equívoco, qual seja o de confundir o fóro especial pela prerrogativa da função em que a pessoa está investida no momento