Seção 2 – Teoria e direito administrativo

Plano da Seção: 5. Considerações sobre a forma. **6.** Proeminência dos teóricos ao tempo do surgimento do direito administrativo. **7.** Papel da teoria na elaboração do direito administrativo.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

5. Considerações sobre a forma.

Ao escolher como seu objeto a teoria do direito administrativo, esta tese assume, na perspectiva de TROPER estudada na Seção anterior, o enfoque de metateoria: busca, sem deixar de atuar (ela mesma) para a formação de teoria, empreender uma análise sobre a teoria do direito administrativo tal como se apresenta na realidade brasileira, ou seja, tal como fato a ser cientificamente conhecido.

Ocorre que o substrato da teoria do direito administrativo não necessariamente se encontra no mundo dos fatos em obras com o nome "teoria do direito administrativo", ou nomes próximos; ou em obras (independentemente do nome que levem) produzidas com o declarado propósito de contribuir com a formação da teoria.

Explique-se esta última observação. A teoria não guarda, como já observado, conexão com autoria individual. Mas isso não impede que autores possam deliberadamente contribuir para a formação da teoria ao escreverem suas obras; nem impede que esses autores possam ser qualificados como "teóricos".

Cabe, pois, à tese tentar identificar, por seu próprio ponto de vista do que seja teoria, qual o seu material de pesquisa.

Uma primeira abordagem possível, formal, diz com as opções terminológicas.

Como visto na Seção 1, a noção de teoria do direito, na proposta positivista, surge com o intuito de marcar uma distinção entre filosofia e ciência do direito – ainda que a noção de teoria comporte os desdobramentos lá indicados.

Assim, compreende-se a adequação da tradução da *Reine Rechtslehre*, de KELSEN, para línguas mais intensamente latinas, como português, espanhol e francês, com o uso da palavra "teoria" – *Teoria pura do direito*.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

Do mesmo modo, Adolf MERKL, autor que compartilhava a mesma linha de pensamento de KELSEN – e que até mesmo dedicou a ele a obra em questão[1] – teve a sua *Allgemeines Verwaltungsrecht*, que literalmente seria "Direito administrativo geral", traduzida para o espanhol como *Teoría general del derecho administrativo*.

A adoção, por MERKL, do pressuposto positivista da Escola de Viena quanto ao sentido de teoria, é explicitada imediatamente no "Prólogo" de sua obra. O trecho é longo, mas por seu caráter emblemático, merece ser transcrito:

> "A juridificação progressiva experimentada pela administração nos chamados Estados de direito tem sido acompanhada de um desenvolvimento tal da teoria do direito administrativo, que esta disciplina, a mais jovem de todas, tem-se colocado quase à altura de seu modelo mais antigo, a teoria do direito privado; e não somente por suas proporções, senão também por seu valor. Entretanto, se não chegou a alcançar seu mesmo nível, isso se deve, principalmente, a não haver aceitado, como tampouco foi aceita pela teoria do Estado, a última consequência implícita na ideia de Estado de direito, a saber: que toda a administração do Estado, de igual modo que o próprio Estado, é uma função jurídica e, por conseguinte, a teoria cujo objeto seja esta função terá que se fundamentar integralmente como teoria jurídica.
>
> "O pressuposto para este último passo ofereceu-nos Hans KELSEN com sua concepção do Estado como sistema de funções jurídicas. O presente livro pretende extrair as consequências dessa tese capital da teoria pura do direito de KELSEN para aplicá-las à função do Estado designada como administração. [...] Toda a administração apresenta-se-nos em forma de direito, e essa forma necessária aloja-a, integralmente, dentro da ciência jurídica. Desse

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[1] É ponto central na construção de MERKL a teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*), que em grande medida influenciou a concepção dinâmica do direito – baseada no processo de criação da norma – a qual, em KELSEN, conjuga-se com a concepção estática do direito – centrada no conceito de sanção, numa visão *ex post* do processo criativo. Sobre esse ponto, ver PAULSON, Stanley, "Ce que la *Stufenbaulehre* de Merkl nous apprend sur le concept de droit de Kelsen".

> modo é possível construir uma teoria da administração como disciplina exclusivamente jurídico-científica, cujo objeto é também exclusivamente jurídico. A teoria da administração desenvolvida neste livro não é mais, nem menos, que uma teoria do direito administrativo”[2].

Desse trecho, destacam-se algumas ideais centrais:

a) a adesão ao purismo metodológico de KELSEN;

b) a contextualização da teoria do direito administrativo no modelo histórico-político de Estado de direito;

c) o enfoque puramente jurídico do Estado e da administração;

d) o caráter científico que deve ter a teoria do direito administrativo;

e) a identificação jurídico-científica de uma teoria sobre a administração com uma teoria do direito administrativo.

MERKL esclarece ainda o sentido de *Allgemeines* (geral), palavra que escolheu para compor o título da obra: trata-se de uma limitação de seu objeto. O autor não pretende

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[2] *Teoría general del derecho administrativo*, pp.1-2. Note-se que o texto original em alemão vale-se da palavra *Verwaltungsrechtslehre*, para compor a ideia traduzida em espanhol por teoria do direito administrativo (ver, sobre o sentido de *Lehre*, as observações feitas na Seção 1 desta tese). E a tradução espanhola preserva “*teoría*”. O texto da obra consultada, já vertido do alemão para o espanhol, é:
“La juridificación progresiva experimentada por la administración en los llamados Estados de derecho ha ido acompañada de un desarrollo tal de la teoría del derecho administrativo, que esta disciplina, la más joven de todas, se ha colocado casi a la altura de su modelo más antiguo, la teoría del derecho privado; y no sólo por sus proporciones, sino por su valor. Sin embargo, si no ha llegado a alcanzar su mismo nivel, se debe, principalmente, a no haber aceptado, como tampoco ha sido aceptada por la teoría del Estado, la última consecuencia implícita en la idea del Estado de derecho, a saber: que toda la administración del Estado, de igual modo que el Estado mismo, es una función jurídica y, por consiguiente, la teoría cuyo objeto sea esta función tendrá que fundamentarse íntegramente como teoría jurídica.
“El supuesto para este último paso nos lo ha ofrecido HANS KELSEN con su concepción del Estado como sistema de funciones jurídicas. El presente libro pretende extraer las consecuencias de esta tesis capital de la teoría jurídica pura de KELSEN para aplicarlas a la función del Estado designada como administración. [...]Toda la administración se nos presenta en forma de derecho, y esta forma forzosa la aloja, íntegramente, dentro de la ciencia jurídica. De este modo es posible construir una teoría de la administración como disciplina exclusivamente jurídico-científica, cuyo objeto es también exclusivamente jurídico. La teoría de la administración desarrollada en este libro no es más, ni menos, que una teoría del derecho administrativo”.

abordar todo e qualquer direito administrativo positivo, mas sim extrair de diversos direitos positivos abstrações generalizantes[3].

É verdade que MERKL mesmo não incluiu a palavra alemã *Theorie* no título de sua obra. Mas certamente consentiu com a tradução espanhola, cuja primeira edição data de 1935[4], enquanto a primeira edição de *Allgemeines Verwaltungsrecht* data de 1927[5], tendo MERKL vivido até 1970.

E, pelo que consta em sua obra, desde o "Prólogo", fica evidente sua intenção de contribuir para a produção de teoria.

No entanto, as obras contemporâneas da *Allgemeines Verwaltungsrecht* de MERKL, ao menos aquelas que provaram maior repercussão e influência sobre gerações futuras, não seguiram a tendência de enfatizar a adoção de um propósito de fazer teoria, nem mesmo adotaram o nome "teoria".

Aliás, também obras de tempos mais recentes não o fizeram.

Talvez – pode-se especular – justamente por quererem marcar alguma diferença em relação à postura da Escola de Viena; ou talvez por simples praxe editorial.

Com efeito, uma busca, por amostragem, em alguns importantes bancos de dados eletrônicos quanto à literatura do direito administrativo confirma essa afirmação do relativamente restrito uso da palavra "teoria" no título de obras, até mesmo no daquelas de que se extraiam elementos da teoria do direito administrativo.

Como referência de uma biblioteca de abrangência global, tome-se a Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos da América – *Library of Congress*[6].

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

---

[3] *Teoría general del derecho administrativo*, p. 1.
[4] A cargo da espanhola Editorial Revista de Derecho Privado, de Madrid.
[5] Editada por J. Springer, em Viena e Berlim.
[6] Cujo catálogo está disponível para consulta na internet em <http://catalog.loc.gov/>.

A busca com as expressões em português "teoria – direito – administrativo" resulta em uma obra, portuguesa, que tem por título exatamente *Teoria geral do direito administrativo*, com o subtítulo *temas nucleares*, do autor português Mario Aroso de ALMEIDA, editada em 2012.

Todavia, a própria apresentação do livro explicita tratar-se da "compilação de um conjunto de textos sobre temas nucleares da teoria geral do Direito Administrativo", em que se busca "percorrer, de modo sistemático, alguns dos capítulos da teoria geral do Direito Administrativo, respeitantes aos instrumentos jurídicos de atuação administrativa: regulamentos, atos administrativos e contratos", expressamente reconhecendo que não trata de pontos que necessariamente devessem constar de uma "introdução à teoria geral do Direito Administrativo".

Quanto a outros autores lusófonos, constam obras que levam "teoria" no título, mas não com a proposta de contribuir para uma teoria geral, como *Teoria e prática do direito administrativo*, de José CRETELLA JÚNIOR[7]; ou que usam "teoria" por referência a algum tema específico do direito administrativo, como *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*, de Afonso Rodrigues QUEIRÓ[8].

A busca, na mesma base de dados da *Library of Congress*, com as expressões em francês "*théorie – droit – administratif*", sempre resultando em algumas dezenas de obras, não traz nenhuma com o título específico *Théorie (générale) du droit administratif*, ou algo similar.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[7] A obra toma a forma de lições com base em estudos de casos concretos, formulados em tese. Pode-se ponderar que o autor – como outros que venham a ser citados – possui várias outras obras mais próximas da teoria do direito administrativo, como seu *Tratado de direito administrativo*. Reitera-se, no entanto, que, neste ponto da tese, se está tão somente fazendo uma ilustração, por amostragem, quanto a aspectos formais de nomenclatura, a partir de certos bancos de dados bibliográficos. No mesmo sentido, sabe-se que esta base de dados, ou qualquer outra que se tome, não esgotará o universo de obras procuradas. Lembre-se, a propósito, outra obra recentemente editada no Brasil, que explicita a noção de teoria do direito administrativo e que, casualmente, não está no catálogo da *Library of Congress*: *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, de Gustavo BINENBOJM. Registre-se ainda que a lista de obras que é apresentada numa busca com as expressões "teoria – direito – administrativo", no catálogo da *Library of Congress*, cobre algumas dezenas de obras em que elas não constam conjuntamente. Ocorre que o sistema de busca - tal como se optou por fazer, sem muitos filtros, para se obter uma base mais ampla - traz obras que tem essas expressões em algum dos elementos da indexação, e apresenta nos primeiros lugares da lista os resultados que mais fielmente trazem todos as expressões de busca. Prossiga-se com a ilustração.

[8] Nem todas as obras citadas na exemplificação quanto a títulos que se está a fazer serão incluídas na relação de bibliografia ao final da tese; serão apenas as que tenham tido seu conteúdo consultado. No caso da obra em questão: Coimbra: Coimbra, 1940.

Novamente, a palavra *théorie* surge para acompanhar institutos específicos do direito administrativo, ou bem insere-se em outros elementos de indexação de obras que se denominam apenas *Droit administratif*, entre outras formulações possíveis.

O que se acaba de dizer quanto ao francês vale igualmente para a busca em italiano: "*teoria – diritto – amministrativo*".

Já em espanhol, a busca "*teoría – derecho – administrativo*" resulta em nove obras cujo título leva as três palavras[9], entre elas a tradução *Teoría general del derecho administrativo* (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), de MERKL, de 1935 – a qual possivelmente tenha influenciado outros autores seus contemporâneos.

Assim, já em 1938, Javier O. ARAGÓN apresentou tese para licenciar-se na Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), com o título *Las transformaciones del derecho administrativo: contribuición a una teoría integral del derecho administrativo y del derecho público*[10].

Na sequência cronológica encontram-se a) URZÚA MACÍAS, Efraín. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Imprenta Universitaria, 1955; b) TINOCO RICHTER, César A.. *Teoría de la administración y del derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970; c) ACOSTA ROMERO, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo: primer curso*. México: Porrúa,1973; d) RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho administrativo, teoría general: compendio*. Bogotá: Librería del Profesional, 1981; e) GORDILLO, Agustín A.. *Teoría general del derecho administrativo.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984[11]; f) BORJA

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

[9] Além, como nos outros casos, de obras com a palavra teoria referindo-se a certo instituto do direito administrativo.

[10] A obra consta do catálogo da *Library of Congress*; aprofundando as buscas, encontrou-se a referência mais detalhada no sítio de internet da biblioteca da UNAM: <http://dgb.unam.mx/>, que gentilmente forneceu cópia em meio eletrônico. O texto, bastante sucinto (dez páginas datilografadas), no entanto, não cita MERKL ou a perspectiva da Escola de Viena. Em vez disso, centra-se em doutrina mexicana, especialmente de Gabino FRAGA, autor do *Tratado de derecho administrativo* (México: Porrúa, 1934), propondo a edificação de uma "teoria integral" do direito administrativo em torno do conceito de atribuições do Estado, alegadamente mais abrangente que o de serviço público.

[11] É uma obra editada na Espanha pelo autor argentino. Não consta haver reedições da obra (http://www.gordillo.com/otras_obras.html), provavelmente pela repercussão de seu *Tratado de Derecho Administrativo*, hoje tendo alguns de seus volumes na 10ª edição argentina.

Y BORJA, Ramiro. *Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1985; g) CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. *Teoría general del derecho administrativo*. Guatemala: Servicios Diversos, 2011.

Em alemão, a busca na mesma base de dados com as expressões "*Theorie – Verwaltungsrecht*" apresenta apenas um resultado que as leve no título: *Beiträge zur Theorie des Verwaltungsrechtes* (literalmente, "Contribuições para a teoria do direito administrativo"), de Karl Ritter von KISSLING, editada em Viena, em 1876[12].

Pela data da edição, a obra chama a atenção. É livro relativamente curto, com indicação de tratar-se do tomo I: *Formelles Verwaltungsrecht (Verwaltungsgerichtsbarkeit)* – "Direito administrativo formal (Jurisdição adminsitrativa)".

Em seu prefácio, VON KISSLING realmente já dá ênfase ao tema da jurisdição administrativa. Justifica sua obra por contatos que teve com juristas práticos, a partir dos quais formou a convicção de que a essência e a tarefa da jurisdição administrativa não são claras para muitos.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[12] Já a busca com as expressões alemãs "Allgemeines – Verwaltulgsrecht" resulta em dezenas de obras. Porém, ainda que a obra de MERKL, como visto, tenha recebido a tradução *Teoria geral...*, o título *Allgemeines Verwaltulgsrecht* é a designação comum dos livros com o sentido de parte geral em cursos de direito administrativo em língua alemã.
A escolha feita pelo tradutor espanhol de MERKL deve-se explicar por algum uso linguístico que leve à propensão dos espanhóis invocarem a "teoria geral" como sucedâneo de "parte geral", quando esta última em português teria um sentido antes referente ao direito positivo, do que à teoria. O tradutor espanhol (aliás, na obra constam nomes de nove tradutores) de Eberhard SCHMIDT-AβMANN – *La teoria general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons, 2003)*;* no original: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* – procede do mesmo modo; e acaba por revelar a dificuldade ao compor a primeira frase do primeiro capítulo da obra: onde em alemão está apenas "*Das allgemeine Verwaltungsrecht ist* [...]", em espanhol são usadas duas expressões, para abranger mais de um sentido: "*La Parte general del Derecho administrativo, su Teoria general, constituye* [...]".
Berhard RASCHAU esclarece o sentido da distinção, na tradição de germânica, entre os cursos ou manuais *(Lehrbücher*) que se dizem de *Allgemeinen Verwaltungsrechts* e de *Besonderen Verwaltungsrechts* (respectivamente, parte geral e parte especial do direito administrativo): os manuais de *Besonderen Verwaltungsrechts* são tradicionalmente direcionados a delinear o conteúdo de prescrições sobre a ação da Administração, mais ligados, portanto, a regras específicas de direito positivo; já os manuais de *Allgemeinen Verwaltungsrechts* são empenhados em expor as noções gerais sobre conceitos, instituições e princípios que são significativos para a compreensão do direito administrativo vigente, com sentido menos contingente, menos dependente das regras específicas de direito positivo – acresce-se a isso o fato de que, no caso particular da Áustria (país do autor ora citado), o ordenamento jurídico não possui a parte geral do direito administrativo como norma positivada (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, pp. 7-8).
Ora, num caso assim, não havendo positivação da parte geral do direito administrativo, pode-se compreender melhor sua aproximação de "teoria geral", nas traduções, como visto acima.

Desse modo, busca dar elementos para permitir avanços da práxis advocatícia, uma vez que entende não serem as formulações jurídicas mais importantes constatáveis por meio da lei escrita.

Ainda assim, vincula a tarefa do teórico à atuação criadora da jurisdição administrativa. Isso porque sustenta que uma das principais tarefas da jurisdição administrativa, ao decidir um caso concreto, é propor preceitos claros do direito administrativo e fundamentá-los de tal forma que os práticos (servidores públicos e advogados), convencidos da sua exatidão, reconheçam-nos e utilizem-nos como normas orientadoras de outros casos. Aliás, por consequência, propõe que o tribunal administrativo, na cúpula do sistema, atue apenas como um órgão extraordinário, em poucos casos.

Por fim, a busca em inglês – "*administrative – law – theory*" – confirma uma tendência, que será explorada mais adiante (tópico 12), de a literatura jurídica anglo-americana dedicar-se mais à análise do *administrative law* nos moldes acadêmicos de estudos de casos, sem o enunciado, como proposta central de obra, de formar teoria[13].

A mesma espécie de busca, acima detalhada quanto ao catálogo da *Library of Congress,* foi feita em outras bases, com resultados similares. Repita-se: essa incursão empírica sobre um rudimento de história dos livros não é o foco central da tese. As considerações que aqui se fazem são meramente ilustrativas, auxiliares, do argumento quanto ao sentido de teoria.

Com essa ressalva, registre-se ainda que uma busca, por exemplo, no *Katalog der Deutschen Nationalbibliothek*[14], pelas expressões "*Allgemeines – Verwaltulgsrecht*", tem por resultado centenas de títulos; contudo, a introdução da palavra "*Theorie*" como critério de busca remete apenas a uma obra de Gaston JÈZE traduzida para o alemão.

A busca no catálogo do *Système Universitaire de Documentation*[15], leva ao mesmo tipo de resultado acima apontado quanto à *Library of Congress*.

[13] Surgem, como resultado, algumas obras chinesas traduzidas para o inglês, que levam a palavra teoria. Mas, dada sua tênue conexão contextual com o direito brasileiro, fogem ao escopo desta tese.
[14] Disponível em <https://portal.dnb.de/opac.htm>.
[15] Que consiste em um catálogo francês, coletivo, das bibliotecas e centros de documentação de ensino superior e pesquisa (disponível em <http://www.sudoc.abes.fr/>).

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

O mesmo se diga quanto à busca no catálogo Dedalus, da Universidade de São Paulo.

Como de início proposto neste tópico, a abordagem formal, centrada no nome, é apenas uma primeira aproximação possível, em uma análise da teoria do direito administrativo.

Os dados encontrados e acima resumidos sugerem, no entanto, que essa primeira aproximação comprova o fato da rara opção por se manifestar formalmente a intenção de contribuir para a formação da teoria.

Pode-se especular sobre as causas: eventualmente, opções de alinhamento ou afastamento de certos pressupostos metodológicos, notadamente o positivista; ou a consciente – ou inconsciente – ausência de intenção de se contribuir com a teoria; ou a compreensão da desnecessidade de se indicar, já no nome, tratar-se de substrato da teoria, quando a leitura do conteúdo o evidencie; ou, simplesmente razões de preocupações próprias do mercado editorial.

Adentre-se, portanto, em algumas análises de conteúdo, começando por uma contextualização histórica.

6. Proeminência dos teóricos ao tempo do surgimento do direito administrativo.

Que a teoria – com todas as suas intersecções já vistas com ciência, doutrina e filosofia – interfira no modo de ser do direito positivo, mesmo que não seja esse seu objeto como teoria, isso parece algo evidente. Exerce também ela sua *auctoritas* seja no momento de aplicação do direito, seja influenciando a decisão legiferante.

Não um poder de decidir, mas uma autoridade cujo peso influencia a decisão, tal como a distinção romana entre *potestas* e *auctoritas*, a primeira "ligada a fazer" (indicando "prospecção futura") e a segunda "ligada ao passado, uma espécie de engrandecer para o passado", como ensina Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR[16].

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

[16] *Introdução ao estudo do direito*, p. 60.

Os modos pelos quais essa autoridade se expressa variam historicamente, conforme o contexto da produção do direito de cada Estado[17].

Como nota Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR [18], "o pensamento prudencial desenvolvido nos *responsa* dos jurisconsultos romanos tinha algo de semelhante às técnicas dialéticas dos gregos", tendo conduzido os romanos a um saber teórico a partir de elementos de "natureza prática": parte-se do problema concreto, analisam-se alternativas com a contraposição de razões favoráveis e desfavoráveis, e chega-se a uma conclusão na forma de regra geral que decide o caso e vale para outros.

Por outro lado, em modelos mais contemporâneos, que valorizam a produção do direito pela via legislada, buscando a formulação de prescrições gerais e abstratas, a autoridade da teoria não é tão reforçada como era a dos jurisconsultos romanos.

Somando-se a esse critério de análise, que se refere ao contexto estatal do modo de produção do direito, pode-se aplicar um outro, que toma a subdivisão do direito em ramos.

Isto é, mesmo dentro de um contexto estatal de produção do direito preponderantemente pela via legislada, pode-se investigar diferentes modos pelos quais a teoria se relaciona com os diversos ramos do direito.

Abram-se parênteses – reiterando premissa já afirmada em outro trabalho do autor do presente[19] – para explicitar que a ideia de ramos do direito aqui invocada remete a direito como ciência ou teoria do Direito, visto que o Direito como fenômeno normativo não comporta essas distinções.

Uma norma jurídica, em que pese possa estar inserida, por exemplo, em uma lei denominada Código Civil, não será necessariamente de direito civil; pense-se no caso das

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

---

[17] Aliás, Antonio GAMBARO e Rodolfo SACCO lembram que, no mundo, há muitos "direitos sem juristas", que não conhecem a figura de um profissional "da ciência, ou doutrina, ou teoria do direito". É o caso de vários países da Ásia e da África, em que lideranças tradicionais aplicam um direito puramente costumeiro, sendo isso aceito como direito, mesmo eventualmente ao lado de um direito estatal. A ideia da transmissão do saber jurídico por um personagem versado na teoria jurídica é típica da tradição jurídica ocidental (*Trattato di diritto comparato*: *sistemi giuridici comparati*, pp. 25-26).

[18] *Introdução ao estudo do direito*, p. 58.

[19] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato administrativo*, pp. 14-16.

normas sobre bens públicos ou sobre desapropriação. O direito, como conjunto normativo, é uno.

Os ramos do direito são instrumentos auxiliares da razão jurídica no momento de se buscar conhecer e transmitir conhecimentos sobre o direito.

Mas não apenas como conjunto normativo o direito mostra-se uno. O mesmo raciocínio unificador pode ser aplicado, em certa medida, também dentro da perspectiva teórico-científica do direito. É a unificação na teoria geral. Nesse caso, não se pode dizer que dados institutos pertençam exclusivamente a um ramo do direito, mas sim à teoria geral do direito.

Reitere-se, para ilustrar essa ideia, o pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO[20] quanto ao contrato: "o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado". Fechem-se os parênteses.

Aplicando-se, pois, o raciocínio quanto à autoridade da teoria em matéria de direito administrativo, chega-se a uma situação peculiar, se comparada a outros ramos do direito.

Tomando como ponto de partida a realidade francesa de fins do século XVIII – época e local que normalmente são apontados como de surgimento do direito administrativo[21] – nota-se o relevante papel que a teoria possui em relação ao direito administrativo positivo.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[20] *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, pp. 182-183. Ver desenvolvimentos do pensamento desse autor também em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato administrativo*, p. 14.

[21] Evidente que se trata de sentido simbólico. Não parece plausível que se apontem data e local exatos para algo como o surgimento de um ramo do direito, o qual inevitavelmente se compõe de elementos variados que, ao longo de uma linha evolutiva, integram-se até que haja densidade suficiente para progressivamente se identificar o novo ramo. Nas palavras de Eduardo Lobo Botelho GUALAZZI, "o Direito Administrativo foi uma emanação doutrinária e jurisprudencial do Estado de Direito: não assim o *jus positum* administrativo, *lato sensu*, que desde a Antiguidade permeou assistematicamente as atividades da Administração Pública, fenômeno metajurídico de todas as épocas" (*Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado*, p. 3). Para referências a aspectos de função administrativa na Antiguidade e na Idade média, ver ARAÚJO, Edmir Netto, "O direito administrativo e sua história", pp. 147 e segs..
Sobre o ponto do surgimento do direito administrativo, além de extensa doutrina estrangeira, verifiquem-se, dentre autores nacionais contemporâneos: MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, pp. 45 e segs.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito administrativo*, pp. 1 e segs.; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, pp. 78e segs.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 38 e segs.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, pp. 1 e segs.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, pp. 53 e segs.; CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de direito administrativo*, v. I, pp, 261 e segs.; ARAÚJO, Edmir Netto

Explore-se um pouco mais, em perspectiva histórica, a ligação da teoria com o direito administrativo no momento de seu surgimento.

A grande maioria das obras gerais sobre o direito administrativo, tratando do surgimento do direito administrativo, indica a "obra fundadora da Revolução e do regime napoleônico"[22].

Essas abordagens destacam, notadamente, a nova visão que a Revolução Francesa trouxe quanto à separação de poderes e quanto à legalidade.

De um lado, tem-se o aprofundamento da concepção de autonomia da administração, já presente no Antigo Regime, levando à criação da jurisdição administrativa, organicamente situada junto à administração e, portanto, apartada dos tribunais judiciários, até como modo de prevenir a indesejada influência dos antigos parlamentos judiciários, espaço por excelência de tradicional influência da nobreza[23].

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

de, *Curso de direito administrativo*, pp. 30 e segs.; CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, pp. 7 e segs.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *Manual de direito administrativo*, pp. 41 e segs.; ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Curso de direito administrativo*, pp. 1 e segs..

[22] BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, p. 29.

[23] Com efeito, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Révolution française et administration contemporaine*, p. 31) lembra sugestivo trecho do relatório da Assembleia de 1790, durante a Revolução, que acompanhava a lei que estabeleceu o limite aos juízes na interferência sobre a ação dos corpos administrativos. Esse relatório reconhecia que a "Nação" era devedora dos "Parlamentos" (judiciários), que "sozinhos resistiram à tirania". Mas frisava sua desnecessidade no momento presente de então, conforme evidente interesse do novo governo: "deve-se-lhes reconhecimento mas não é de reconhecimento que se deve ocupar para regenerar um império [...] Nossa magistratura foi justamente constituída para resistir ao despotismo, mas ele não existirá mais doravante".

Para uma descrição detalhada sobre as discussões e decisões durante os diversos momentos do ciclo revolucionário, sobre a organização judiciária francesa, inclusive administrativa, ver ESMEIN, A., *L'histoire du droit français de 1789 à 1814*, especialmente pp. 26-30 e 95-120.

O tema do caráter jurisprudencial do direito administrativo francês, bem como da importância da jurisdição administrativa na sua criação, em que pese fundamental para a compreensão desse ramo do direito, não justifica maiores desenvolvimentos nesta tese. Sobre ele, ver, numa perspectiva mais histórica, TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*; MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*; BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Révolution française et administration contemporaine*. E, numa perspectiva mais geral, dentre outros, MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de droit administratif*, pp. 15 e segs.; RIVERO, Jean e WALINE, Jean, *Droit administratif*, pp. 8 e 471 e segs.; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 1, pp. 6 e 85 e segs.; GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, pp. 5-6 e 323 e segs.; DEBBASCH, Charles e COLIN, Frédéric, *Droit administratif*, pp. 97-98 e 569 e segs.; DUPUIS, Georges, GUÉDON, Marie-José e CHRÉTIEN, Patrice, *Droit administratif*, pp. 606 e segs..

De outro, a afirmação da posição central da legalidade, em um sentido que permite compreendê-la como a outra face da liberdade[24]. De fato, a chave para a compreensão da liberdade, tal como expressa nos arts. 4º a 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789[25], é a percepção das dimensões formal e material da legalidade que tornam visíveis os limites do exercício da liberdade[26].

Com efeito, a posição nuclear da legalidade e o sistema da separação de poderes são os pilares da visão liberal. Visão liberal, mas não inevitavelmente democrática, o que permite compreender que a consolidação desse modelo decorrente da Revolução tenha-se dado na França sob o comando de Napoleão Bonaparte.

Nas palavras de Michel VERPEAUX:

> "A 'separação dos poderes' é uma técnica constitucional destinada a evitar o despotismo e a garantir a liberdade dos indivíduos, mas não forçosamente a do povo em conjunto. Nisso, ela é uma teoria liberal, mas não necessariamente democrática"[27].

No entanto, se esta tese tem por objeto a *teoria* do direito administrativo, é interessante aprofundar aqui um aspecto menos explorado do contexto histórico da Revolução Francesa, destacado por TOCQUEVILLE em um capítulo de seu *L'Ancien Régime et la Révolution* que leva o título autoexplicativo: "Como, por volta de meados do século

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[24] BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 122.

[25] "Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
"Art. 5. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.
"Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos."
A tradução é de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Direitos Humanos Fundamentais*, p. 172).

[26] Esse ponto, assim como o da separação de poderes, serão retomados na Seção 4.

[27] *Manuel de droit constitutionnel*, p. 106. (No original: "La 'séparation des pouvoirs' est une technique constitutionnelle destine à eviter le despotisme et à garantir la liberté des individus mais pas forcément celle du peuple dans son ensemble. En cela, elle est une théorie libérale mais pas nécessairement démocratique").

XVIII, os homens de letras tornaram-se os principais homens políticos do país, e dos efeitos que disso resultaram"[28].

Segundo TOCQUEVILLE[29], desde há muito tempo, a França destacava-se dentre todas as outras nações como a mais literária; contudo, até meados do século XVIII, os homens de letras jamais haviam demonstrado propensão à ação política, nem haviam preenchido funções públicas em uma sociedade já plena de funcionários.

De todo modo, diferentemente do que se passava em outras nações europeias – o exemplo citado é o da Alemanha –, vários homens de letras franceses ocupavam-se, em suas obras, de temas afetos ao governo, à origem da sociedade, aos direitos dos cidadãos, aos costumes, às leis e às bases da constituição de seu tempo[30].

Na época da Revolução Francesa, esse pensamento ultrapassou as fronteiras das cabeças e dos textos dos filósofos, para descer às massas populares, "de tal modo que se pôde ver teorias gerais e abstratas sobre a natureza das sociedades tornarem-se o sujeito das conversas diárias dos ociosos, e inflamar até a imaginação das mulheres e dos camponeses"[31].

A explicação que TOCQUEVILLE[32] oferece para esse fenômeno combina: (i) a gravidade das desigualdades entre privilegiados e miseráveis, a radicalizar a defesa da igualdade, e o anacronismo e a bizarrice de certas instituições, a exacerbar o desprezo pelas coisas antigas e pelas tradições; e (ii) o afastamento dos homens de letras da prática da administração, a induzir neles uma confiança cega nas teorias gerais e abstratas, não temperadas por experiências concretas, e uma ignorância quanto aos obstáculos que enfrentariam para tentar aplicá-las e quanto aos riscos que sempre acompanham as revoluções – essa ignorância e esse afastamento os fizeram, aliás, "os ouvidos e os

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA. NÃO DIVULGAR

[28] No original: "Comment, vers le milieu du XVIIIe siècle, les homes de lettres devinrent les principaux homes politiques du pays, et des effets qui en résultèrent" (*L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 229 e segs.).
[29] *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 229.
[30] TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 229-230.
[31] No original: "[...] de telle façon qu'on pût voir des théories générales et abstraites sur la nature des sociétés devenir le sujet des entretiens journaliers des oisifs, et enflammer jusqu'à l'imagination des femmes et des paysans" (TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 231).
[32] *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 231-233.

corações" das massas, igualmente afastadas da experiência concreta da administração e, portanto, completamente vulneráveis aos radicalismos das teorias.

Tal explicação é contrastada com a realidade inglesa, na qual as adaptações graduais das antigas instituições afastaram o sentimento da necessidade de tudo destruir para a construção de um novo país.

Mas os franceses, mesmo no antigo regime, conservaram uma liberdade: filosofar sobre a origem da sociedade, sobre a natureza essencial dos governos e sobre os direitos primordiais do gênero humano.

Somando-se esse filosofar às enormes insatisfações do povo e da burguesia, cada paixão pública disfarçou-se em filosofia e os escritores, assumindo a direção da opinião pública, assumiram, sem haver quem com eles disputasse, o espaço social normalmente preenchido pelos líderes partidários[33].

A essa análise, produzida por TOCQUEVILLE em 1856, pode bem ser acrescentada aquela constante da obra de Jean-Étienne-Marie PORTALIS – *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle* –, contemporânea da Revolução[34].

O "espírito filosófico", que teve forte presença no século XVIII, especialmente no contexto francês, é definido por PORTALIS como:

> "[...] um espírito de liberdade, de pesquisa e de luz, que quer tudo ver e nada supor; que se produz com método, que opera com discernimento; que aprecia cada coisa pelos princípios próprios a cada coisa, independentemente da opinião e do costume; que não se detém nos efeitos, que remonta às causas; que, em cada matéria, aprofunda todas as relações para descobrir os resultados, combina e liga todas as partes para formar um todo; enfim, que marca a finalidade, a extensão e os limites dos diferentes conhecimentos

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[33] TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p.234.
[34] PORTALIS viveu de 1746 a 1807; a obra em questão, editada pela primeira vez apenas em 1820, estima-se que tenha sido redigida entre os anos de 1798 e 1800 (ONORIO, Joël-Benoît d', "Préface", p. XIII).

> humanos, e somente ele pode levá-los ao mais alto grau de utilidade, de dignidade e de perfeição”[35].

Ocorre que esse mesmo espírito, cujas virtudes ressaltam da própria definição, conhece uma versão corrompida: um falso espírito filosófico, revelado nos abusos perpetrados por homens de letras alçados a líderes revolucionários na França de fins do século XVIII.

Descrevendo os primeiros anos seguintes à Revolução (ou seja, fins da década de 80 e boa parte da década de 90 do século XVIII) como um período em que a França foi submetida a uma “tirania anárquica”, sob o título aterrorizante de “governo revolucionário”, PORTALIS enxerga como causa central do problema tratar-se de uma “anarquia racionalizada”, cujos princípios baseavam-se nas “falsas ideias de liberdade e de soberania nacional”[36].

PORTALIS[37] sistematiza, então, três principais características, negativas, do falso espírito filosófico.

Em primeiro lugar, a de levar os indivíduos a desconhecerem os princípios próprios e perenes da natureza humana, que são a base sobre a qual se devem reconstruir, em uma atividade contínua, os costumes que com o tempo se corrompem. O falso espírito filosófico, em lugar de permitir essa reconstrução progressiva, leva à destruição radical das instituições existentes, substituindo por “vãs especulações as lições da experiência”.

Em segundo lugar, a característica de “tudo dissolver para querer tudo analisar”. Transforma-se, assim, a análise – instrumento fundamental para o processo de conhecimento – em ferramenta nociva que, encontrando as partes simplificadas do todo

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[35] No original: “[...]un esprit de liberté, de recherche et de lumière, qui veut tout voir et rien supposer; qui se produit avec méthode, qui opère avec discernement; qui apprécie chaque chose par les principes propres à chaque chose, indépendamment de l’opinion et de la coutume; qui ne s’arrête point aux effets, qui remonte aux causes; qui, dans chaque matière, approfondit tous le rapports pour découvrir les résultats, combine et lie toutes les parties pour former un tout; enfin, qui marque le but, l’étendue et les limites des différentes connaissances humaines, et qui seul peut les porter au plus haut degré d’utilité, de dignité et de perfection”. (*De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, p. 2).

[36] *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, p. 389. Interessante ler nas páginas seguintes a narrativa de PORTALIS sobre o terror instaurado na França, especialmente sob uma perspectiva jurídica, abordando, por exemplo, os julgamentos e condenações à morte que se faziam ao arrepio de qualquer formalidade que garantisse um mínimo de direito de defesa.

[37] *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, pp. 396-401.

analisado, contenta-se com estas e sofismaticamente[38] propõe que se tornem os novos padrões de compreensão do todo, do que resulta eliminarem-se "todos os traços de civilização".

Em terceiro lugar, a característica de tudo generalizar, o que é cômodo para os pretensiosos e preguiçosos. Suprimem-se, assim, na vida social, todos os temperamentos que naturalmente decorrem de um juízo de equidade. E, "conforme habitua-se a nada distinguir, acaba-se por nada mais se conhecer".

O falso espírito filosófico torna-se mais perigoso quando encontra campo fértil para se propagar: homens medíocres cuja imaginação é facilmente deturpável e cujo amor-próprio é vulnerável à vanglória e que não possuem a vivência prática que os possa deixar alertas contra os abusos decorrentes das teorias simples que lhes são inculcadas[39].

Enfim, sentencia PORTALIS:

> "Quando a corrupção está apenas nos costumes, pode-se remediar por meio de sábias leis; mas quando um falso espírito filosófico a tenha sedimentado na moral e na legislação, o mal é incurável, porque está no próprio remédio"[40].

Seria então de se perguntar como a França pôde sair dessa situação. PORTALIS indica caminhos:

> "Então uma nação encontra-se na beira de sua ruína; ela não pode suportar nem a liberdade, nem a servidão; e vê-se, pela história, que em casos assim, um povo alçado ao mais alto grau de civilização pode cair na mais assustadora barbárie, se ele não se tornar presa

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[38] P. ex.: por que as boas maneiras, se bastam as virtudes? Por que essa arte tão complicada que se chama política?
[39] *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, pp. 402-403.
[40] No original: "Quand la corruption n'est que dans les moeurs, on peut y remédier par des sages lois; mais quand un faux esprit philosophique l'a naturalisée dans la morale et dans la legislation, le mal est incurable, parce qu'il est dans le remède même" (*De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, p. 404).

> de um povo conquistador menos corrompido, ou se, após crises internas violentas, ele não for regenerado por um libertador"[41].

Esta, aliás, é a última frase de seu livro.

É de se compreender que, com a derradeira palavra, PORTALIS refira-se a Napoleão Bonaparte, o qual, nos anos em que a obra em análise era escrita, já exercia o poder, no sistema do Consulado.

Sobre a relação de PORTALIS com Napoleão, Joël-Benoît d'ONORIO[42] lembra que, retornando do exílio em 1800, foi ele apresentado ao então Primeiro Cônsul Napoleão pelo Terceiro Cônsul Lebrun, logo assumindo funções de confiança no novo governo, especialmente integrando a comissão quadripartite de redação do Código Civil – do qual é reconhecido como o principal artífice[43] – e, no ano seguinte, assumindo também a função de membro do Conselho de Estado.

E justamente PORTALIS vislumbra, no momento da redação do anteprojeto do Código Civil – provavelmente a época próxima daquela em que finalizava *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle* –, a superação do tempo do "espírito revolucionário", este entendido como "o desejo exaltado de sacrificar violentamente todos os direitos a um fim político e de não admitir outra consideração senão aquela de um misterioso e volúvel interesse de Estado"[44].

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[41] No original: "Alors une nation est sur le penchant de sa ruine; elle ne peut supporter ni la liberté, ni la servitude; et on voit, par l'histoire, qu'en pareil cas, un peuple parvenu au plus haut degré de civilization peut retomber dans la plus affreuse barbarie, s'il ne devient la proie d'un peuple conquérant et moins corrompu, ou si, après des crises violentes et intérieures, il n'est régénéré par un libérateur" (*De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, p. 404).

[42] "Preface", p. IX.

[43] E, nesse mister, não deixa de render homenagem a Napoleão. Confira-se trecho de seu *Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil* (p. 13) em que atribui a redação do Código Civil à solicitude do "herói que a nação estabeleceu como seu primeiro magistrado, que tudo anima por seu gênio, e que se empenhará sempre em trabalhar por sua glória".

[44] No original: "[...] le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État" (*Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil*, p. 12).

PORTALIS aponta que, naquele novo tempo, a França respirava, podendo voltar a pensar na sua prosperidade, sob a tranquilidade garantida pela constituição[45]. Era tempo, pois, de "disciplinar as coisas e os homens", com a "sabedoria que preside os empreendimentos duráveis"[46] – não por acaso, diga-se de passagem, o Código Civil francês, de 1804, vigora até hoje.

Acolhendo-se, pois, os pontos de vista de PORTALIS e TOCQUEVILLE, retome-se o fio da argumentação quanto à teoria do direito administrativo.

7. Papel da teoria na elaboração do direito administrativo.

No momento da história que se convenciona simbolicamente apontar como de surgimento do direito administrativo, especificamente no ano 1800 – momento esse em que, para falar com Odete MEDAUAR[47], estão estabelecidas suas "premissas político-institucionais", em torno do modelo de Estado de direito –, a França encontra-se recém saída das fases mais conturbadas de sua grande Revolução, já submetida ao comando napoleônico, ainda que não na etapa de seu governo unipessoal.

O Conselho de Estado, criado por uma decisão do Consulado, de 13 de dezembro de 1799[48], já se estabelecera e, ainda que sua plenitude de autonomia do exercício da função

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[45] Como lembra Michel VERPEAUX, uma proclamação dos Conselhos, de 15 de dezembro de 1799 (24 *frimaire an VIII*), ou seja, pouco mais de um mês após o golpe de Estado de 9 de novembro (18 *brumaire na VIII*), que instaurou o Consulado, dizia: "Cidadãos, a Revolução está consolidada nos princípios que lhe deram início: ela está terminada" (*Manuel de droit constitutionnel*, p. 33).
[46] PORTALIS, *Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil*, p. 13.
[47] *Direito administrativo moderno*, p. 37.
[48] Ver mais informações históricas em <http://www.conseil-etat.fr/fr/naissance-et-evolution/>. É uma evolução que não deixou de passar por percalços, como observa Grégoire BIGOT, ao se referir ao "paradoxal enraizamento do direito administrativo". O autor está vislumbrando o período da Restauração monárquica de 1814 a 1830, sob o comando dos Bourbons e no qual os ultra-realistas – que chamavam o Conselho de Estado de "divã imperial" – exerciam grande poder. Com efeito, foi um período em que o Conselho de Estado recolheu-se ao "marasmo" da atividade contenciosa, ainda assim quase inexistente, e no qual o direito administrativo, de "essência imperial", ou seja, napoleônica, foi "institucionalmente rebaixado e politicamente atacado", sendo de se admirar sua sobrevivência (*Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, pp. 82-83). Tratando do mesmo período histórico, RIBAS lembra que a cátedra de direito administrativo de DE GERANDO foi suspensa durante 9 anos: "o governo conheceu que a luz da ciência, penetrando nos misteriosos áditos da administração, iria pôr peias ao arbítrio dos funcionários, e dar novas armas ao elemento democrático" (*Direito administrativo brasileiro*, p. 25). Com a Revolução de 1830 e a instauração de monarquia de feições liberais na França, o direito administrativo e o Conselho de Estado foram novamente valorizados (BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, p. 102).

jurisdicional só viesse a se consolidar em 1872[49], suas decisões já passavam a configurar o direito administrativo francês.

Sempre interessante notar essa situação peculiar do direito francês do século XIX: em que pese se aponte a França, especialmente por seu código civil, como modelo de Estado lastreado em um direito legislado e mesmo codificado, a específica organização dos poderes estatais, sob o dogma de se apartar a função de julgar a administração do restante da função jurisdicional dos tribunais judiciários, levou à construção de um direito administrativo fundamentalmente de base jurisprudencial[50] – fato hoje em certa medida relativizado pela legiferação unificada no âmbito da União Europeia.

Não se confunda, todavia, o direito administrativo francês de base jurisprudencial, com o direito produzido nos países da matriz inglesa do *common law*.

Com efeito, é da essência do *common law* inglês o pressuposto de que os juízes, ao decidirem, aplicam, com base nos precedentes[51], um direito tradicional da terra, imemorial[52].

Já no caso do direito administrativo francês, justamente o que se pretende é uma ruptura com o direito anteriormente praticado. Os conselheiros de Estado têm então a consciência de *criar* direito, em lugar de buscar *revelá*-lo por meio de precedentes tradicionais.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[49] Desde sua criação, até a alteração legislativa havida em 1872, o Conselho de Estado não exercia plenamente a jurisdição, podendo, em matéria contenciosa, apenas propor uma decisão ao Chefe de Estado (LATOURNERIE, Dominique, *Le Conseil d'État*, p. 2)

[50] Depois de lembrar que KELSEN frequentemente qualifica a "norma jurisdicional" como "individual", Charles EISENMANN admite que existam normas jurisidicionais "gerais" (p. ex.: decisão de anulação de um *règlement*) ("Juridiction et logique", p. 416). Seria o caso de se pensar se não caberia qualificar como normas jurisidicionais gerais, por seu alcance mediato, as decisões do Conselho de Estado. Mas é assunto para outro estudo.

[51] Segundo J. H. BAKER, provavelmente em todos os tempos o *Common law* inglês foi, em algum sentido, um *case law*, o resultado de soluções encontradas em casos reais. Desse modo, a noção atual de que "os casos são fonte do direito" parece sempre ter sido o primeiro princípio da teoria do direito inglesa (*An introduction to English legal history*, p. 225). Nas páginas seguintes, o citado autor analisa as nuanças e intensidades com as quais, ao longo dos séculos, os tribunais ingleses atinham-se mais ou menos estritamente à literalidade das regras decorrentes dos precedentes.

[52] Ou, na visão crítica de Jeremy BENTHAM [referindo-se ao *Common* law inglês]: "aquela composição fictícia que não tem nenhuma pessoa conhecida como autor, nenhum agrupamento de palavras como substância, constitui em toda parte o principal corpo do tecido legal: como aquele suposto éter, o qual, na falta de matéria sensível, preenche a extensão do universo" (no original: "that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms everywhere the main body of legal fabric: like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe") (*An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 8).

Do modo de argumentação e da fórmula extremamente sucinta dos julgados do Conselho de Estado[53], resultam regras enunciadas de modo a preservar para o próprio Conselho certa margem de avaliação de situações específicas no futuro; regras formuladas sem a intenção de tratar questões em tese, mas sim de solucionar problemas concretos[54].

Nesse contexto, aquele espírito filosófico, no sentido virtuoso, que tanto vigor demonstrou no século XVIII, aquela prolífera atividade dos homens de letras, que lhes rendeu, como visto, protagonismo político na Revolução, transpostos para o caso dos juristas administrativistas do início do século XIX, contribuem para explicar a ampla tendência de produção teórica.

Entretanto, no caso dos administrativistas, tal produção sofre o temperamento do modo de criação desse direito: de início legislativa quanto a matérias organizacionais internas à administrativa e progressivamente jurisprudencial quanto a matérias voltadas à relação com os indivíduos.

Não deixam os franceses de produzir teoria – no caso, teoria do direito administrativo – porém, fazem-no de modo peculiar: nesse primeiro momento, a teoria do direito administrativo é, por um lado, descritiva da organização administrativa, com base em leis e regulamentos; por outro, já se faz presente (mas ganhará intensidade em fins do século XIX) o relato das decisões jurisprudenciais (*arrêts*).

Aliás, a atuação dos *arrêtistes*, geralmente advogados, ou mesmo magistrados, divulgando e comentando, sob um ponto de vista prático, decisões de tribunais desde o

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[53] O que parece bem adequado aos seus propósitos – e mesmo desejável para um observador que se situa em País, como o Brasil, no qual os textos dos julgados padecem da tendência de serem cada vez mais prolixos e quase inalcançáveis por sua extensão – mas não deixa de ser objeto de críticas de autores franceses que os consideram herméticos, ou pouco acessíveis à compreensão dos indivíduos em geral. Sobre o tema, entre outros, ver CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 1, pp. 7 e 115-119; RIVERO, Jean e WALINE, Jean, *Droit administratif*, pp. 8-9; DEBBASCH, Charles e COLIN, Frédéric, *Droit administratif*, p. 30; GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, p. 5.

[54] Segundo Jean RIVERO e Jean WALINE (*Droit administratif*, p. 9), daí decorre "uma construção intelectual original, aliando curiosamente, ao empirismo e ao senso das realidades, a sutileza e o gosto pelas nuanças" (No original: "une construction intellectuelle originale, alliant curieusement, à l'empirisme et au sens des réalités, la subtilité et le goût des nuances").

tempo do Antigo Regime, já era mais intensa quanto ao direito civil – não sem críticas ou preconceitos[55] –, ao lado da ação de grandes tratadistas como POTHIER e DOMAT.

Esse fato não passou despercebido a SAVIGNY, em obra escrita em 1814[56], na qual expõe e justifica sua célebre posição contra a codificação na Alemanha[57]. Eis como SAVIGNY refere-se à teoria então desenvolvida na França:

> "Portalis descreveu [a teoria científica do direito] uma vez de maneira muito bela: ela seria como o mar, as leis formando-lhe as margens. Na França, na verdade, esse mar não tem uma grande importância, pois uma ciência jurídica que não repousa sobre sólidos conhecimentos históricos não fornece a bem dizer senão serviços de auxiliar da jurisprudência. Assim se passa efetivamente na França, onde não existe no fundo teoria distinta da jurisprudência, de tal sorte que tudo que se disse da incerteza do direito prático vale também para a teoria."[58]

A visão histórica, aliada à aptidão do teórico de produzir um conhecimento abstrato, todavia profundamente conectado com a realidade à qual servirá, são, de fato, virtudes fundamentais para o cientista do direito na ótica de SAVIGNY:

> "Um sentido duplo é indispensável ao jurista: o sentido histórico para alcançar a particularidade de cada época e de cada forma jurídica, e o sentido sistemático para considerar cada conceito e

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[55] Sobre o tema, ver LEYTE, Guillaume, "'Le droit commun de la France' – observations sur l'apport des arrêtistes".

[56] Na época em que o "*Code* [Napoléon] penetrou na Alemanha e lá se espalhou como um câncer" (SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, p. 49).

[57] SAVIGNY compreende o intuito de busca de contenção do arbítrio, próprio de defensores da codificação. Mas, por diversas razões expostas em profundidade – e que não caberia aqui resumir –, notadamente pela peculiar situação histórica da Alemanha, ainda enfrentando o desafio da unificação, entende que esse objetivo possa ser melhor atingido por "uma ciência jurídica que progrida de maneira orgânica e que possa ser comum a toda a nação" (p. 129).

[58] *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, p. 88. No original (tradução francesa): "Portalis la décrit [a teoria científica do direito] une fois de forte belle manière: elle serait comme la mer, les lois en seraient les rivages. En France, à vrai dire, cette mer n'a pas une très grande importance, car une science juridique qui ne repose pas sur des solides connaissances historiques ne fournit à proprement parler que des services de greffier à la jurisprudence. Ainsi en va-t-il effectivement en France, où il n'existe au fond pas de théorie distincte de la jurisprudence, de telle sorte que tout ce qui a été dit de l'incertitude du droit pratique vaut aussi pour la théorie".

> cada princípio em relação e em interação viva com o entorno, quer dizer no seu contexto natural e verdadeiro. Esse sentido científico duplo é particularmente raro nos juristas do século XVIII e os múltiplos esforços superficiais que se manifestaram então em filosofia tiveram, em relação a isso, efeitos bastante nefastos." [59]

Voltando à perspectiva do direito francês, apenas para registrar o paralelo quanto ao direito civil, o trabalho de seus juristas sofria também um forte temperamento, ainda que por outra causa imediata: não a jurisdição administrativa, mas o Código Civil e as razões que o inspiraram.

Essa corrente de pensamento jurídico, notadamente integrada por civilistas, restou conhecida como Escola da Exegese, cujo nome já indica a centralidade que dava à interpretação fiel à letra do Código.

São valores máximos da Escola da Exegese, conforme John GILISSEN[60], o *estatismo* – "a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito" – e o *racionalismo* – "as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista".

BOBBIO[61], a seu turno, aponta cinco causas principais para o advento da Escola da Exegese: a) a própria codificação; b) a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio de autoridade do legislador; c) a separação dos poderes a justificar essa autoridade; d) o princípio de certeza do direito; e) as pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos de ensino superior de direito.

---

[59] *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, pp. 73-74. Em que pese SAVIGNY traga expressas críticas a PORTALIS ao longo de seu livro, nesse ponto, parece convergir na apreciação crítica do espírito filosófico do século XVIII. Logo antes do trecho acima transcrito, SAVIGNY registra que 'infelizmente, todo o século XVIII foi muito pobre em grandes juristas na Alemanha". No original (da tradução francesa): "Un double sens est indispensable au juriste: le sens historique pour saisir la particularité de chaque époque et de chaque forme juridique, et le sens systématique pour considérer chaque concept et chaque principe en relation et en interaction vivante avec le tour, c'est à dire dans son seul contexte naturel et véritable. Ce double sens scientifique est singulièrement rare chez les juristes du XVIIIe siècle et les multiples efforts superficiels qui se manifestèrent alors en philosophie eurent à cet égard des effets fort néfastes".

[60] *Introdução histórica ao direito*, p. 516.

[61] *O positivismo jurídico*, pp. 78-82.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

Cristalizam-se, portanto, nessa postura, certos dogmas afirmados com a Revolução, ao mesmo tempo em que os teóricos se reposicionam em papel distante do de lideranças revolucionárias, uma vez controlado o poder político pelo novo imperador.

Tome-se como exemplo emblemático dessa fase a obras de Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*[62].

Da leitura de DEMOLOMBE, todavia, percebe-se que a descrição generalizante da Escola da Exegese – na qual autores de tempos mais recentes o incluem[63] – comporta nuanças.

O próprio DEMOLOMBE, no prefácio de seu *Cours de Code Napoléon*, afirma conhecer a "velha querela do comentário e do tratado, do método exegético e do método dogmático" e manifesta sua preferência pelo método dogmático (e pela forma tratado), em lugar do método exegético (e da forma comentário), reconhecendo, de todo modo, que ambos apresentam vantagens e desvantagens.

Na verdade, DEMOLOMBE entende ser o método exegético – descrito, em suma, como "seguir o texto [da lei] passo a passo" – mais propenso à descoberta do pensamento do legislador, porém, prejudicial ao intento metódico de generalização e sistematização "que constitui a ciência e que torna a iniciação mais potente e mais eficaz".

No entanto, mesmo a declarada opção de DEMOLOMBE pelo método que diz dogmático, por oposição a exegético, ainda assim deixa-o bastante ligado ao texto da lei. A diferença está em pretender-se ultrapassar o simples comentário literal, fazendo, em lugar disso, um tratado científico. Em suas palavras:

> "De resto, minha divisa, minha profissão de fé é também: Os textos antes de mais nada! Eu publico um curso do Código de Napoleão; eu tenho, pois, por finalidade interpretar, explicar o próprio Código

[62] Obra em 31 volumes e ainda assim inacabada, afinal concluída por seguidores do autor.
[63] GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, p. 516; CARBONNIER, Jean, *Droit civil – introduction*, p. 250.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

> de Napoleão, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória; e minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de tomar sempre como base os artigos mesmos da lei"[64].

Ainda no âmbito do direito civil, segundo Jean CARBONNIER[65], o século XIX foi aquele dos grandes comentadores do Código Civil, deixando na penumbra o direito romano e o "antigo direito"; o papel que os juristas assumem para si é antes de explicar o Código e deduzir de suas disposições soluções para casos não previstos, sempre tendo "por guias o texto e a intenção do legislador".

No fim do século XIX, uma mudança importante desponta com a obra de François GÉNY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), contendo uma crítica ao método exegético e uma orientação para uma abordagem mais científica do direito. Essa mudança de perspectiva reflete-se nos títulos da obras: Louis JOSSERAND, nos anos 1930, publica um *Cours de droit civil positif*, deixando subentendido que a "verdadeira positivação não é legal, mas jurisprudencial". A partir desse período, ao lado dos tratados ou livros de curso, surgem "novos gêneros literários" (no direito civil): a *note d'arrêt* e a *chronique de jurisprudence*[66].

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[64] No original: "Au reste, ma devise, ma profession de foi est aussi: Les textes avant tout! Je publie um cours de Code Napoléon; j'ai donc pour but d'interpreter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, consideré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire; et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi". (DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*, t. I, "Préface", pp. VI-VII).

[65] *Droit civil – introduction*, p. 249.

[66] As citações contidas no parágrafo são de CARBONNIER, *Droit civil – introduction*, pp. 249-251. Muito significativa, a propósito, é a observação com a qual Raymond SALEILLES sintetiza seu prefácio à primeira edição (1899) da obra de GÉNY, propondo-lhe como divisa "*Par le Code civil, mais au-delà du Code civil!*"; e mesmo acrescentando que ele (SALEILLES) estaria entre os que antes prefeririam uma inversão, para reforçar o sentido de *au-delà*: "*Au-delà du Code civil, mais par le Code civil!*"; enfim, conlui: "Será difícil doravante que esse 'Para além' não se torne a palavra de ordem de todos os juristas" ("*Il sera difficile désormais que cet 'Au-delà' ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes*" ("Préface", p. XXV). O parágrafo com o qual GÉNY abre sua obra é emblemático: "Era, ainda não há muito tempo, uma ideia fortemente disseminada, no que se convencionou chamar *grande público*, que os estudos de direito seriam destinados, por sua própria natureza, a uma rotina desoladora, presos nas bordas de uma escolástica estreita, que constituiria seu método único e necessário; do qual só poderia surgir uma casuística fria e estéril, edificada sobre fórmulas impenetráveis ao comum dos homens, casuística, indispensável talvez para a vida prática da humanidade, mais, certamente, indigna do nome de ciência" ("*C'était, il n'y a pas longtemps encore, une idée fort répandue, dans ce que l'on est convenu d'appeler le* grand public, *que les études de droit seraient vouées, par leur nature même, à une routine désolante, enserrées dans les lisières d'une scolastique étroite, qui constituerait leur méthode unique et nécessaire; d'où ne pourrait surgir qu'une casuistique froide et stérile, échaufaudée sur des formules impénétrables au commun des hommes, casuistique, indispensable peut-être à la vie pratique de l'humanité, mais, à coup sûr, indigne du nom de science*") (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 1). E mais adiante enuncia como princípio capital no novo rumo que aponta para o método de interpretação: "ressalvadas as regras de autoridade que a dominam, e ante as quais toda vontade individual deve ceder o passo, a interpretação

Mesmo nesse novo panorama, entretanto, segundo GÉNY, o abuso, por parte da literatura jurídica, quanto ao método de simplesmente comentar decisões jurisdicionais, de modo desarticulado e fragmentário, traz o risco de que os elementos de fato acabem por suplantar-se ao próprio direito, conduzindo a perder de vista a "unidade das teoria jurídicas", retardando, senão afastando para sempre, sua "síntese completa e definitiva, fim supremo da ciência"[67].

Voltando aos administrativistas, a influência da Escola da Exegese também se fazia sentir em seu meio. Na apreciação de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO:

> "De início os estudos do Direito Administrativo na França mais se voltaram para a compilação das leis e sua exegese, através de comentários e de ordenação de decisões judiciais, como expressão da jurisprudência dos Tribunais Administrativos, que para afirmação de princípios teóricos"[68].

A tendência do direito administrativo francês de produção de comentários às decisões (*arrêts*) do Conselho de Estado mantém-se até os dias de hoje, convivendo com obras teóricas de maior abrangência, na maioria das quais do mesmo modo é valorizada, em grande medida, a jurisprudência (ver tópico 9).

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

jurídica ressurge como senhora necessária de suas decisões, não se sujeitando senão, pelo próprio fim de sua missão, a colher suas inspirações no grande fundo de justiça e de utilidade social, que alimenta a vida orgânica do direito" ("sous la réserve de ces régles d'autorité qui la dominent, et devant lesquelles toute volonté individuelle doit baisser pavillon, l'interprétation juridique nous apparaît maîtresse nécessaire de ses décisions, n'étant assujettie, que par le but même de sa mission, à puiser ses inspirations dans le grand fonds de justice et d'utilité sociale, qui alimente la vie organique du droit) (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 207).

[67] *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 4. De todo modo, tenha-se em mente que a jurisprudência judicial francesa, em matéria, civil, distingue-se totalmente da jurisprudência administrativa – cuja presença nas obras teóricas de direito administrativo será analisada logo a seguir – no tocante ao seu caráter criador do direito. Como observa Jean RIVERO, o juiz administrativo formula a regra e associa à sua violação a sanção contenciosa (jurisdicional) a qual ele próprio domina: "ele é criador e não esconde o fato de sê-lo"; já a jurisprudência civil resta dominada pela regra escrita legislada, em relação à qual exerce papel de intérprete ("Les sources comparées du droit administratif", p. 138).

[68] *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 78. Vislumbrando o período iniciado na década de 50 do século XIX, Pedro LESSA registra: "O golpe de Estado de Napoleão III foi o início de um período de estacionamento para o direito administrativo. O imperados mandou *convidar* os professores desse ramo do direito a se limitarem aos comentários dos textos. A revista de Felix e a de Wolowsky, que eram os órgãos mais conceituados dos cultores do direito administrativo, suspenderam a sua publicação" ("O direito no século XIX", p. 169).

De todo modo, verifica-se aqui também a influência da autoridade da teoria, retroalimentando a produção do direito, mesmo a produção jurisprudencial.

Detenha-se um pouco mais sobre essa evolução da teoria do direito administrativo na França, em sua origem.

Com efeito, como será mais aprofundado na Seção 5, é ela que mais fortemente marca o pensamento dos primeiros administrativistas do Brasil, no tempo do Império. E também os da República, seja indiretamente, ao colherem a influência dos administrativistas do Império, seja diretamente, ainda que, nesse novo momento, teorias de outras origens (em especial, dos Estados Unidos) também se fizessem bastante notadas.

O início do direito administrativo com sentido científico, ao longo do século XIX, na França, comportou uma linha de autores e obras com o sentido mais prático – dedicados quase exclusivamente a comentários sobre decisões jurisprudenciais e a repertoriá-las – e outra linha mais voltada ao que já se pode dizer um embrião de produção de teoria do direito administrativo[69].

Registro de grande interesse sobre a questão encontra-se no estudo de autoria de Achille MESTRE, "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", publicado na coletânea *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869 – 1919): livre du cinquantenaire de la Societé de Législation Comparée*[70].

Nesse texto, MESTRE produz um estudo comparativo da doutrina que se produzia no termo inicial e no termo final do período em questão, aprofundando a análise de duas

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

[69] Para uma análise individual da obra de autores e uma proposta de classificação de suas tendências, ver TOUZEIL-DIVINA, Mathieu, *La doctrine publiciste 1800 – 1880*. Quanto à distinção entre as categorias básicas de práticos e teóricos (ou primo-teóricos, como prefere o citado autor), aponta que estes últimos são essencialmente universitários escrevendo com o fim de divulgar conhecimento e sistematizar o direito administrativo; diferente é o caso do práticos, cuja obra, voltada para a atuação quotidiana do direito, objetivava ajudar os advogados e os administradores em sua atividade (*La doctrine publiciste 1800 – 1880*, p. 81).

[70] No qual, aliás, consta artigo de Clóvis BEVILÁQUA, "L'évolution du droit civil au Brésil de 1869 à 1919", cuja análise também parte de mostrar como o direito civil brasileiro do Império já ganhara uma forte individualidade no termo inicial do período estudado (1869), diferenciando-se do direito antigo, muito por influência de direitos estrangeiros, sobretudo da França.

obras emblemáticas: o *Cours de droit administratif*, de DUCROCQ, de 1874, e o *Précis de droit administratif*, de HAURIOU, na décima edição, de 1921[71].

Não se trata de análise neutra. MESTRE claramente vê virtudes no modo de ser da doutrina do momento em que escreve, sendo crítico ao momento anterior. E crítico também quanto ao modo de se ensinar direito administrativo:

> "Se interrogarmos os homens que tinham vinte anos por volta de 1870 sobre as lembranças que lhes deixaram seus estudos jurídicos, eles não deixarão de fazer uma alusão bem pouco favorável às lições de direito administrativo, as quais eles terão recebido de mestres, entretanto, muito distintos. Durante muito tempo, esse ensino foi considerado particularmente maçante [...]"[72].

Comparando as obras indicadas, MESTRE detecta que praticamente nada elas têm em comum: "dir-se-ia que elas vislumbram objetos diferentes"[73]. A obra de DUCROCQ resume o direito administrativo a "autoridades, conselhos e tribunais". A noção de "contencioso" – que MESTRE revela entender de fundamental importância – está diluída em meio à descrição da organização da administração.

Ao tempo da segunda metade do século XIX, a ênfase das obras gerais sobre direito administrativo é dada na descrição das leis. E as leis de então tratavam notadamente de questões de organização da administração – "direito administrativo organizacional", na

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[71] MESTRE, *malgré le nom*, é reconhecido como importante discípulo de HAURIOU. Mas não deixa de ter uma relevante contribuição original para o direito administrativo, como ilustra o estudo de Fabrice MELLERAY, "Achille Mestre ou les débuts du droit administratif moderne".

[72] "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", p. 19. (No original: "Lorsque nous interrogeons les hommes qui avaient vingt ans vers 1870 sur les souvenirs que leur ont laissés leurs études juridiques, ils ne manquent pas de faire une allusion assez peu bienveillante aux leçons de droit administratif, qu'ils ont reçues de maîtres cependant très distingués. Pendant longtemps, cet enseignement a été consideré comme particulièrement morose [...]").

Essa percepção de um ensino maçante não era estranha mesmo a certos professores da época alvo da crítica de MESTRE. Tome-se o exemplo de J. CHANTAGREL. No prefácio de sua obra, insiste em tratar-se de um livro escrito para os alunos (*messieurs les étudiants en droit*), com o intuito de completar-lhes as anotações, no mais das vezes tomadas às pressas e propiciar-lhes uma preparação eficaz e séria para seu exame de direito administrativo. Também alerta aos alunos para não se perderem na "secura das noções históricas e das datas que tomam um amplo espaço do livro e das aulas na Faculdade", sob pena de "se exporem a uma recusa quase certa" da disciplina.

[73] "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", p. 20.

expressão de Charles EISENMANN[74]. É, por outro lado, o "direito administrativo material" – seguindo com EISENMANN[75] – que será produzido por uma "jurisdição *extra legem*", "sem o menor enquadramento ou apoio legislativo real".

O aporte jurisdicional das regras materiais do direito administrativo viria justamente com a atuação criativa, posterior, do Conselho de Estado, em um movimento harmônico e sincrônico com a percepção de certos autores – especialmente HAURIOU – quanto à importância dessa nova dimensão criativa do direito.

Na análise de Gilles DARCY, dentre os efeitos da lei 24 de maio de 1872, que consolidou a função jurisdicional do Conselho de Estado, está o seguinte:

> "[...] entre os autores de obras de direito administrativo do século XIX tais como Bouchené-Lefer, Foucart, Macarel, Delcros, o direito se identifica ainda com a lei. A jurisprudência existe certamente, mas ela restará muito limitada, esperando Maurice Hauriou, que parece, pelo contrário, tomado pelo contencioso"[76].

Aliás, como nota distintiva principal, em termos de concepção geral das obras comparadas, MESTRE aponta na obra de DUCROCQ a *descrição* tomar o espaço da *construção jurídica*.

Veja-se, portanto, a valorização da ideia de que o trabalho do jurista não seria apenas descrever, mas, ao buscar conhecer seu objeto – e transmitir conhecimento sobre ele –, acrescentar ideias, às quais chega em um processo de abstração, que permitem um discurso reconstrutivo do direito a partir de um patamar diverso, de um primeiro nível de abstração (ver tópico 1): é o papel de atuar para a formação da teoria.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[74] "Juridiction et logique", p. 422.
[75] "Juridiction et logique", p. 422.
[76] "Le théoricien et le rêveur", p. 334. (No original: "[...] *chez les auteurs d'ouvrages de droit administratif du XIXe siècle tels que Bouchené-Lefer, Foucart, Macarel, Delcros, le droit s'identifie encore à la loi. La jurisprudence existe bien sûr, mais elle demeure assez limitée en attendant Maurice Hauriou, qui paraît au contraire dominé par le contentieux*").

Essa nova visão, do século XX, é, portanto, bastante crítica ao modo de se produzir ciência no século XIX, em especial, no caso, a ciência do direito administrativo. Mas quais seriam as causas daquele fenômeno, ou seja, as causas do modo de ser da ciência jurídica do século XIX?

No plano político-sociológico, pode-se chegar a uma possível explicação a partir da análise que Émile DURKHEIM faz sobre como Napoleão Bonaparte e sucessivos governantes da primeira metade dos anos 1800 encaravam a função da ciência.

Segundo DURKHEIM, Napoleão "não era desses homens que têm o culto da ciência e do papel que ela deve normalmente preencher na vida geral de um grande país"[77]. Para ele, a função da ciência era de mero instrumento para o exercício das profissões – ideia, aliás que já fora adotada, no tempo da Revolução, pela Convenção.

Resultado disso foi a abolição, promovida pela Convenção e mantida por Napoleão, da estruturação e até do nome da Universidade de Paris – o mesmo se passando com outras universidades no restante do país –, que se viu dividida em diversas escolas ou faculdades isoladas (dentre as quais a de direito), além da criação das "Grandes Escolas", como a Politécnica e a Normal Superior (de inegáveis méritos, ressalva DURKHEIM[78]).

Foi obra da Terceira República, já na década de 1860, a reorganização da Universidade, sob a compreensão de que "uma sociedade que aspira a governar a si própria, antes de

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[77] "L'histoire de l'Université", p. 15.

[78] "L'histoire de l'Université", p. 15. DURKHEIM observa ainda que foram criadas duas novas faculdades: de ciências e de letras (esta última, da qual foi professor), de início, objeto de grande desinteresse, por não serem profissionalizantes. Essas "faculdades sem alunos" acabaram por desenvolver cursos mais livres, voltados a pessoas da sociedade em geral, interessadas em ganhar cultura, lamentavelmente, no entanto, trocando o rigor da ciência pelo discurso eloquente; de todo modo, isso não impediu que cursos lá ministrados, naquele contexto, tenham se tornado livros clássicos, como *Cité Antique*, de FUSTEL DE COULANGES ("L'histoire de l'Université", pp. 15-16).
Em uma análise específica da Faculdade de Direito da Universidade de Paris (contemporânea àquela feita por DURKHEIM), seu então diretor F. LARNAUDE pondera que a Faculdade deveria mais propriamente se chamar "Faculdade de direito e de ciências políticas e econômicas", e ressalvando, em certa medida, a qualidade do ensino feito na casa no século anterior, que nunca se tornou, de fato, somente e apenas profissionalizante – "*jura in scholis deglutiuntur in palatiis digeruntur*" segundo um velho adágio que cita. LARNAUDE ainda compara o *case system* norte-americano (originário de Harvard) ao modo preferido em Paris: dogmático, *ex cathedra*, complementado por conferências (em que a intervenção dos alunos é aceita) e salas de trabalho (em que professores e alunos se reúnem para atividades práticas simuladas e mesmo para estudo de casos) ("La faculté de droit", pp. 75-99).

mais nada, tem necessidade de 'luzes'" e de que "uma democracia seria infiel a seu princípio se não tivesse fé na ciência"[79].

A vida intelectual, para DURKHEIM, só pode ganhar intensidade sob a condição de se concentrar: "para ela, a dispersão é a morte". "Para dar aos espíritos o gosto das grandes coisas, é preciso alargar seus horizontes", aproximando conhecimentos ditos especializados, artificialmente separados de um todo. "Ora, a escola enciclopédica tem um nome na história, é a Universidade"[80].

Articulando-se, pois, a análise de DURKHEIM – que detecta a valorização do sentido meramente profissionalizante do ensino – com as críticas de MESTRE – sobre a redução do objeto das obras de direito administrativo à descrição do tratamento legal da organização da administração –, é possível compreender certas causas do fenômeno, julgado, aos olhos de acadêmicos do século XX, diminutivo da ciência e do ensino do direito (administrativo, mas também do direito em geral), ao longo do século XIX.

Mas, ao lado dessa explicação político-sociológica para a distinção entre a produção teórica do século XIX e a do século XX, também se podem buscar causas complementares jurídicas, extraídas do modo de ser do direito.

Voltando à exposição de MESTRE, detecta ele duas razões principais para o sentido da evolução pela qual a doutrina administrativista passava no início do século XX: a não codificação do direito administrativo e a atuação da justiça administrativa. A primeira, deixando espaço mais livre para a construção doutrinária; a segunda, fornecendo, "peça a peça", o material para essa construção[81].

As obras de cinquenta anos antes, criticadas por MESTRE como meramente descritivas, também seriam criticáveis por tomarem por objeto dessa descrição antes a legislação do que a jurisprudência.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

[79] DURKHEIM, "L'histoire de l'Université", p. 17.
[80] "L'histoire de l'Université", p. 17.
[81] "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", p. 25.

Por outro lado, dialogando com as críticas de MESTRE, pode-se aqui questionar se isso não seria uma consequência inevitável da possível falta de maturidade da jurisprudência administrativa de então, sabendo-se que a função jurisdicional do Conselho de Estado consolidou-se em 1872.

MESTRE mesmo dedica o tópico final de seu estudo à análise da evolução do Conselho de Estado após 1872, chamando atenção para uma feliz interação entre doutrina e jurisprudência decorrente da circunstância da destacada atuação de dois conselheiros de Estado – AUCOC e LAFERRIÈRRE – que também foram professores de direito administrativo e doutrinadores: puderam assim, com a mesma capacidade intelectual, "sistematizar no ensino os princípios cuja aplicação eles haviam sido chamados a assegurar na prática"[82].

De rigor, podem-se interpretar as críticas de MESTRE aos anteriores, e seu elogio aos seus contemporâneos, como sendo a valorização de um novo grau de amadurecimento da teoria, que só foi possível com amadurecimento da produção do Conselho de Estado.

Com efeito, na sequência de sua exposição, MESTRE[83] arrola cinco exemplos de construções teóricas presentes na obra de HAURIOU e antes ausentes: a) o recurso por excesso de poder; b) a teoria do "ministro juiz"[84]; c) a responsabilidade do Estado por "*faute de service*"; d) a responsabilidade dos municípios (*communes*)[85]; e e) a teoria do "Estado devedor"[86].

Ora, em relação a todos esses temas, para que eles pudessem aflorar, há de se reconhecer não apenas o já mencionado amadurecimento da jurisprudência administrativa, mas ainda, figurando como causa anterior, o amadurecimento de certas concepções políticas

[82] "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", p. 32. Aliás, na mesma obra em que se insere esse estudo, há outro, com proposta semelhante, todavia, tendo por objeto a evolução da jurisprudência administrativa, justamente da autoria de Maurice HAURIOU: "Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870", no qual são dados diversos exemplos de novos temas que passaram a integrar o direito administrativo a partir de decisões do Conselho de Estado.
[83] "L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 a 1919", pp. 26-30.
[84] De interesse específico para o contexto francês da época: uma discussão sobre recorribilidade de decisões ministeriais ao Conselho de Estado, como se a decisão do ministro já valesse como uma primeira instância de julgamento.
[85] Antes sujeitos ao regime de responsabilidade das pessoas privadas.
[86] Outra matéria cujo interesse específico é do contexto francês da época: discutia-se competência exclusiva da jurisdição administrativa para decidir sobre dívidas do Estado.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA – NÃO DIVULGAR

– no caso, quanto à necessidade de se ampliarem a proteção do indivíduo contra os abusos dos agentes estatais e a possibilidade de responsabilização do Estado.

Nesse sentido, cabem as observações de Jacques CHEVALLIER:

> "Os arranjos ideológicos subjacentes à construção de grandes noções do direito administrativo transbordam o campo jurídico para tocar a simbologia política: por trás das controvérsias aparentemente técnicas, voltadas aos problemas de delimitação do campo de aplicação das regras ou das competências jurisdicionais, perfilam-se visões diferentes das relações Estado/sociedade; então mesmo que se fale em critérios, regimes, procedimentos, não se cessa jamais em direito administrativo de se 'falar política'"[87].

Enfim, a França, no tocante ao direito administrativo, produz uma teoria que alia sua propensão tradicional ao "espírito filosófico" com um peculiar modo de produção desse direito desde o século XIX.

Não somente a França, por certo, mas também outros países do mesmo contexto cultural europeu produziram teoria do direito administrativo, todavia, em boa medida pautados pelo protagonismo francês[88].

Não se pretende afirmar que a formulação teórico-doutrinária possua maior ou menor importância para o direito administrativo do que possuiria para outro ramo do direito. Uma afirmação assim genérica fatalmente careceria de fundamento científico.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[87] "Les interprètes du droit", p. 271-272. (No original: "Les enjeux idéologiques sou-jacents à la construction des grands notions du droit administratif débordent le champ juridique pour toucher à la symbolique politique: derrière les controverses apparemment techniques, portant sur les problèmes de délimitation du champ d'application des règles ou des compétences juridictionnelles, se profilent des visions diferentes des rapports État/société; alors même qu'on parle critères, régimes, procédures, on ne cesse jamais en droit administratif de 'parler politique'").

[88] Sobre a origem francesa do direito administrativo e sua expansão na Europa ocidental, ver MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, pp. 29 e segs.. E mesmo autores alemães e italianos admitem a influência francesa nas origens de seus direitos administrativos; a propósito, ver, entre outros: MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, pp. 66-67; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 85-86; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 18; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, p. 57; e GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, v. I, p. 31.

Mas dois aspectos podem ser destacados, a sugerir, *dadas certas circunstâncias*, um relativamente maior impacto da teoria em relação àquele ramo do direito.

Em primeiro lugar, um aspecto que diz com a circunstância temporal. Cuidando-se de um direito de consolidação científica recente, o direito administrativo ainda sente a influência que naturalmente, como mostra Odete MEDAUAR, a "doutrina ou ciência do direito", "fundamental no enunciado de conceitos, princípios e vínculos entre normas" exerce "nesses primórdios de ramo jurídico"[89].

Em segundo lugar, um aspecto relacionado à circunstância político-social de determinado país. É bem esse o caso do Brasil.

Especialmente no caso brasileiro, alguns fatores propiciaram uma especial relação da teoria – ou da doutrina, fornecendo seu substrato – com o direito administrativo.

Como houve oportunidade de explorar em outro trabalho[90], o direito administrativo brasileiro ao tempo do Império, ou seja, durante aproximadamente sete décadas do século XIX, via-se muito influenciado pelo direito francês – notadamente pela centralização administrativa, própria de um Estado unitário, e pela leitura peculiar do princípio da separação de poderes, a levar à criação de uma dualidade de jurisdições, havendo uma jurisdição administrativa encabeçada pelo Conselho de Estado[91].

Com a proclamação da República, sob declarada influência[92] do modo de ser dos Estados Unidos da América, adotou-se no Brasil, além da organização federativa, uma leitura da separação de poderes que remetia à unicidade de jurisdição.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[89] *O direito administrativo em evolução*, p. 27. Ou, como afirma Juan Carlos CASSAGNE, "em direito administrativo não se pode desconhecer a transcendência que teve o direito científico em sua evolução" (*Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 173).

[90] Retomam-se aqui ideias expostas em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato administrativo*, pp. 43-51.

[91] Sobre este ponto, ver mais observações no tópico 18. E para uma abrangente análise dos trabalhos do Conselho de Estado no Brasil, ver LOPES, José Reinaldo de Lima, *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império.*

[92] Manifestada por seus ideólogos: cite-se, exemplarmente, Ruy BARBOSA, *Obras Completas de Ruy Barbosa* (*A Constituição de 1891),* v. XVII (1890), t. I, pp. 152 e segs..

De todo modo, o Brasil manteve um sistema de produção do direito fundamentalmente legislado, não adotando um sistema nos moldes do *common law* – até porque, pela própria essência deste último, não se trata de sistema passível de ser adotado abruptamente, por simples decisão política; pelo contrário, pressupõe a sedimentação, ao longo do tempo, de um direito imemorial da terra.

Ocorre que, quanto à produção do direito administrativo, em um fenômeno que durou com intensidade variável praticamente até a década de 80 do século XX, estabeleceu-se uma lacuna: suprimiu-se a ação potencialmente criadora do Conselho de Estado e, no entanto, o legislador não se mobilizou para produzir o direito pela via legislativa.

Não que não houvesse leis sobre temas de direito administrativo; porém, eram preponderantemente voltadas à organização e ao funcionamento internos da administração, disciplinando, por exemplo, aspectos relativos à estrutura dos órgãos administrativos, ou aos servidores públicos.

Já leis sobre temas que hoje seriam tidos como fundamentais (por exemplo: normas gerais de contratação, de processo administrativo, de concessão de serviços públicos e de outras formas de parceria com a iniciativa privada em matéria de atividades públicas) datam dos anos 1980 ou 1990.

Mas esse espaço não restou vazio; foi preenchido progressivamente pela doutrina. Como esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

> "Na realidade, a influência da doutrina na formação do direito administrativo brasileiro foi muito grande. O direito positivo previu a unidade de jurisdição e o princípio da legalidade. Mas, pelo trabalho da doutrina, fortemente inspirada no direito europeu continental, os tribunais foram acatando e aplicando teorias e princípios não consagrados no direito positivo, senão em fase bem mais adiantada da evolução do direito administrativo brasileiro. Veja-se, por exemplo, que, em termos de contratos administrativos, de teoria dos atos administrativos, seus vícios, nulidades, revogação, convalidação, discricionariedade, responsabilidade

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

> objetiva do Estado, tivemos todo um regime jurídico construído e elaborado muito antes de sua previsão legal.[...]
>
> "Se for analisada a fundo a evolução do direito administrativo brasileiro, poder-se-á caminhar no seguinte sentido: trabalho da doutrina (fortemente inspirada no direito francês), acolhido pela jurisprudência e consagrado no direito positivo. Doutrina, jurisprudência e direito positivo. Esse foi o sentido da evolução"[93].

É certo que, ao tempo da Primeira República, nota-se uma produção doutrinária de direito administrativo relativamente menos extensa do que a havida em outros ramos do direito, ou do que a do próprio direito administrativo após a década de 1930[94].

Com efeito, na Era Vargas, tomando o Estado brasileiro contornos intervencionistas na vida econômica e social e reforçando-se as estruturas internas da máquina administrativa, era mesmo esperada uma ampliação da reflexão e da produção teórica sobre o direito administrativo.

De todo modo, mesmo que de início mais escassa, a doutrina administrativista da República sempre marcou sua influência sobre o modo de ser do próprio direito positivo, cristalizando ideias que posteriormente nele ingressariam, passando pelo acolhimento jurisprudencial e legislativo.

Durante todo esse período a doutrina seguiu recebendo em boa medida influência do pensamento estrangeiro.

Mas isso não impede que se possa chegar à teoria do direito administrativo produzida no Brasil.

É essa teoria que a presente tese se propõe a investigar.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

---

[93] *Direito administrativo*, p. 24.

[94] Themistocles Brandão CAVALCANTI registra esse fenômeno: "Nas duas primeiras décadas [do século XX], quase nada sobre ele [Direito administrativo] se escreveu, os seus problemas nenhum interesse mereciam e talvez por isso mesmo, caímos em uma burocracia retardatária, cuja influência se faria sentir até os nossos dias [década de 40]" (*O Direito Administrativo no Brasil*, p. 13).