

Seção 5 – Ensino: obras gerais

Plano da Seção: 17. Critérios de análise. 18. Império: observações preliminares. 19. Império: obras gerais. 20. Primeira República: observações preliminares. 21. Primeira República: obras gerais. 22. Pós-1930, até 1988: observações preliminares. 23. Pós-1930, até 1988: obras gerais.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

17. Critérios de análise.

A proposta do presente Capítulo, com suas duas Seções, é apresentar, sob a forma analítica, em perspectiva histórica, até o momento que antecede a vigência do atual ordenamento constitucional, os principais elementos definidores de modelos da teoria do direito administrativo no Brasil.

Ao falar-se em Brasil, pressupõe-se o Brasil como Estado soberano, ou seja, atenta-se para o período histórico iniciado com sua independência até os dias atuais.

Quando se diz que tais elementos serão apresentados sob a forma analítica, toma-se, com André LALANDE¹, “análise” no sentido de “decomposição de um todo em suas partes, seja materialmente: ‘a análise química’; seja idealmente: ‘a definição é a análise de um conceito’”².

LALANDE ainda observa que, por consequência, “análise” também pode ser entendida como “todo método ou estudo comportando um exame discursivo, mesmo se ele resulta em seu conjunto em uma síntese”. E, com efeito, a síntese – “operação pela qual se remonta dos detalhes ao conjunto; visão geral que resulta dessa operação”³ – do quanto será analisado nas Seções seguintes será apresentada parcialmente ao final de cada qual e, globalmente, na Conclusão.

¹ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, p. 54.

² Aliás, a análise está na essência de toda abordagem científica de um fenômeno, como bem ilustra este trecho de Pierre TEILHARD DE CHARDIN: “Quando nós queremos saber o que há em um apartamento, nós abrimos a porta; num relógio, nós o desmontamos; numa noz, nós a quebramos. O primeiro movimento do espírito que quer saber em que consiste uma coisa é fazê-la em pedaços, é analisá-la. Toda Ciência decorre desse gesto instintivo. A Ciência é essencialmente uma análise.” (*Science et Christ*, pp. 51-52. No original: “*Quand nous voulons savoir ce qu’il y a dans un appartement, nous ouvrons la porte, - dans une montre, nous la démontons, - dans une noix, nous la brisons. Le premier mouvement de l’esprit qui veut savoir en quoi consiste une chose, c’est de la mettre en pieces, c’est de l’analyser. Toute la Science est sortie de ce geste instinctif. La Science est essentiellement une analyse.*”).

³ Eis, no original, o trecho cujas partes foram acima traduzidas:

“Analyse – (1^o sens) – A. *Décomposition d’un tout en ses parties, soit matériellement: ‘L’analyse chimique’; soit idéalement: ‘La définition est l’analyse d’un concept’*. B. *Par suite, toute méthode ou étude comportant un examen discursivo, même si elle aboutit dans son ensemble à une synthèse au sens C.* [...]”

“Synthèse – [...] – C. *Opération par laquelle on remonte des détails à l’ensemble; vue générale qui résulte de cette opération.* (‘*Pour un jour de synthèse, il faut des années d’analyse*’ Fustel de Coulanges, *Hist. des Institutions Politiques, Introduction*). [...]”. (LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, pp. 54 e 1091-1092).

Optou-se ainda, na presente abordagem, por uma primeira divisão analítica tomando por critério duas das funções que contemporaneamente a Constituição brasileira atribui às universidades – ensino e pesquisa –, ao formular, em seu art. 207, o princípio da “indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

É esse apenas um mote para o desenvolvimento. Daí não decorre que esta tese pretenda sugerir que a teoria seja produzida apenas nas universidades; nem, no sentido inverso, que as universidades produzam apenas teoria.

No entanto, parece ser da essência da universidade – em sua concepção ocidental, tributária da tradição renascentista – possuir uma função muito próxima da produção de teoria, no sentido convencionado na Seção 1 desta tese. Nas palavras de Carlos Henrique de BRITO CRUZ:

“A força da Universidade não está no pretense monopólio sobre o conhecimento. Está, sim, na capacidade de gerar um tipo especial de conhecimento, na habilidade em trabalhar com ele e, principalmente, na competência em formar e educar pessoas para continuarem a executar ambas as tarefas. A força da Universidade, sua característica mais singular, está na aliança entre educação e avanço do conhecimento.”⁴

Dentre as duas funções típicas da universidade acima destacadas, que mais estreita relação guardam com a teoria – funções de ensino e pesquisa –, explore-se em primeiro lugar o

⁴ “Pesquisa e universidade”, p. 42. Aliás, a ideia de “educação e avanço do conhecimento” remetem aos conceitos de ensino e pesquisa, adotados como critério de organização da análise a ser desenvolvida nesta e nas seguintes Seções.

Lembre-se ainda a proposta de León DUGUIT, em suas lições dadas na então recém criada Universidade do Cairo: “Uma universidade é uma instituição que tem por primeiro dever a busca da verdade. Haverá uma missão mais alta que aquela de descobrir a verdade ou ao menos a pequeníssima parcela da verdade que nos é permitido conhecer? Haverá uma tarefa que seja mais nobre e que mais eleve a humanidade?” (*Leçons de droit public général*, p. 24. No original: “*Une université, c’est une institution qui a pour premier devoir de chercher la vérité. Y a-t-il une mission plus haute que celle de découvrir le vérité ou du moins la toute petite parcelle de vérité qu’il nous est permis de connaître? Y a-t-il une tâche qui soit plus noble et qui élève plus l’humanité?*”).

Não se quer com isso afirmar que efetivamente se possa chegar à verdade, nem mesmo que se possa cientificamente identificar a existência concreta de uma verdade. Mas é sua busca que importa ao conhecimento científico.

Atende-se, assim, para falar com TEILHARD DE CHARDIN, à “tendência essencial de nosso espírito [...] de procurar penetrar no coração do Mundo” (*Science et Christ*, p. 50).

ensino: a dimensão formal da educação, esta concebida como “processo de reconstrução da experiência”, como mostra José AFONSO DA SILVA⁵, e tratada constitucionalmente como direito de todos e dever do Estado.

Há, na tradição universitária ocidental, aí incluída a brasileira, a praxe de professores escreverem obras que apresentam o sentido primordial de ensinar, ou seja de levar o conhecimento aos leitores.

Certamente entre tais leitores estão os próprios alunos dos autores – no mais das vezes, sendo estes seu principal público alvo – ou estudantes em geral, mesmo de outras instituições de ensino.

Todavia, a atividade de ensino, em seu sentido mais amplo, não se resume ao ensino formal, dado aos estudantes matriculados nos estabelecimentos credenciados para outorgarem graus acadêmicos.

São, portanto, igualmente público-alvo dessas publicações todos os profissionais que lidem com o assunto versado em suas atividades quotidianas. E não só eles, pois, o conhecimento está aberto a todos os indivíduos, mesmo que por puro diletantismo.

No caso específico do direito e, ainda mais específico, do direito administrativo, muito mais que o salutar e prazeroso exercício de enriquecerem-se os conhecimentos, o estudo dos livros fornece fundamentais instrumentos para a vida cívica.

Isso já era notado, no Brasil, por um de seus autores pioneiros, Antônio Joaquim RIBAS, o Conselheiro RIBAS:

“No regime representativo a ciência e o Direito Administrativo não devem ser arcanos eleusinos, somente revelados a privilegiados adeptos.

⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 845-846.

“A administração trata dos interesses de todos e responde pelos seus atos. Todos devem pois, habilitar-se para julgar estes atos e conhecer a extensão dos seus direitos e deveres para com a administração. Assim, podia-se inscrever neste livro a epígrafe: *vestra res agitur.*”⁶

Como amostra representativa da produção teórica que se está associando a ensino, decidiu-se, nesta tese, analisar os livros que apresentem abordagens do direito administrativo de modo abrangente, isto é, abrangente de todos os temas que, em cada circunstância histórica, entende-se necessário serem levados ao alcance de quem pretenda ou deva conhecê-lo.

Segundo Carlos Ari SUNDFELD:

“A transmissão da cultura do direito administrativo, seguindo uma tradição antiga, tem sido realizada por esses livros de referência, escritos por juristas especializados. Eles se destinam ao uso tanto de estudantes – essa disciplina é obrigatória nas faculdades de Direito e também em algumas outras – como de profissionais do Direito (advogados públicos e privados, juízes, membros dos Tribunais de Contas e do Ministério Público etc.) e outro que trabalham na Administração (agentes públicos) ou para ela.”⁷

Convencione-se aqui o uso da expressão “obras gerais” para designar o universo desses livros a serem analisados.

Muitos deles se apresentam nominalmente como “cursos” de direito administrativo; outros, via de regra com proposta de maior abrangência, dizem-se “tratados”; e ainda há os que levam seus títulos palavras como “manual”, “ensaio”, “lições”, “princípios”, entre

⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 15.

⁷ *Direito administrativo para céticos*, p. 21. O autor sugere que são esses livros que permitem que se entenda “mesmo” o direito administrativo, não apenas pela exposição sob a forma de um sistema racional que trazem, ou pela indicação de textos normativos e de jurisprudência, mas sobretudo pelo “discurso”: “ideias gerais, frases, expressões e palavras sobre o mundo da Administração Pública”, das quais os profissionais “tiram os argumentos para tentar convencer os outros a aceitarem suas conclusões” (p. 20).

outras, ou que simplesmente se intitulam “direito administrativo”, eventualmente adjetivado (por exemplo: “brasileiro”, “moderno”)⁸.

É certo que, enquanto meio de transmissão do conhecimento, os livros em geral – inclusive aqueles sob a forma monográfica, que se aprofundam em um tema específico, sem o propósito de percorrer todos os assuntos do direito administrativo – e também outras formas de publicação, tais como revistas ou artigos avulsos, independentemente de expressarem seu conteúdo como cursos ou similares, prestam-se a constituir importantes instrumentos do ensino.

Contudo, escolheu-se tomar as obras gerais como amostragem significativa do ensino do direito administrativo justamente porque se propõem a percorrê-lo de modo a abranger todos os seus temas.

No sentido de obras gerais, portanto, a serem analisadas na presente Seção da tese, incluem-se as que se dizem “tratados”, “cursos”, “manuais”, “lições”, entre outras expressões próximas, ou mesmo que se intulem simplesmente “direito administrativo”, adjetivado ou não, mas sempre que tenham o propósito de levar ao conhecimento dos leitores uma visão geral, relativamente aprofundada, de todos os temas considerados próprios do direito administrativo.

Ressalve-se, porém, que dentre tais obras gerais não se incluem aquelas expressamente apresentadas como “esquemas”, “resumos”, “apostilas”, ou obras voltadas a treinar os leitores para a realização de provas, especialmente de concursos públicos⁹.

Essa exclusão não implica censura ou preconceito, nem falta de respeito para com seus autores, mas simplesmente a compreensão de que elementos do conteúdo de obras com esse perfil não cabem no sentido próprio de produção teórica.

⁸ Não há regra exata para associar essas palavras à dimensão ou a outros aspectos de forma dos livros. Por exemplo, “manual”, que poderia sugerir literalmente uma obra de menor extensão, que pudesse ser comodamente portado com as mãos, é o nome dado por Jorge MIRANDA à sua obra em 7 volumes sobre o direito constitucional.

⁹ Fenômeno editorial, aliás, muito presente no Brasil dos dias de hoje.

A escolha de se tomar as obras gerais como amostra suficiente de material de pesquisa, quanto à revelação da teoria pela vertente do ensino, parte ainda da consideração metódica de que esse conjunto constitui, ao longo do período histórico que se pretende estudar, uma série consistente.

Diferente seria, por exemplo, a situação de revistas ou de estudos monográficos, mais frequentes em tempos recentes e praticamente ausentes nos momentos mais antigos. Já quanto às obras gerais – especialmente as apresentadas como livros de curso –, mesmo que mais numerosas nos dias atuais do que nos primórdios do Império, pode-se supor que mantenham uma certa regularidade quantitativa se considerada a proporção em relação ao aumento populacional, ao aumento de faculdades de direito e ao aumento de profissionais da área.

Ademais – e aqui vai um dado de observação empírica da realidade brasileira – muitos autores consideram como suas obras mais relevantes, enquanto expressão de seu pensamento mais abrangente, as obras gerais¹⁰.

A análise que se pretende fazer das obras gerais não tomará a forma de resenha de cada uma, nem terá por foco destacar a individualidade do pensamento de cada autor (como tradicionalmente fazem vários relevantes trabalhos sobre história das ideias jurídicas).

Em lugar disso, pretende-se, sim, buscar extrair elementos – “modelos” – que permitam uma análise comparativa, ao longo de diversos períodos históricos, do modo de ser daquilo que se possa vir a considerar uma teoria do direito administrativo no Brasil.

¹⁰ Este autor já ouviu, por exemplo, manifestação pessoal de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO quanto à sua opção de sempre incorporar nas sucessivas edições de seu *Curso de direito administrativo* as ideias novas que tenha e que queira comunicar ao público, pois entende que esse é o modo mais eficiente de atingir seu intento, vez que a grande maioria dos leitores de trabalhos jurídicos, mesmo no âmbito das academias, lê principalmente, senão apenas, as obras gerais.

Paulo Ferreira da CUNHA, após descrever o contexto da “crise dos estudos humanísticos”, e após contrastar os imprescindíveis tratados e monografias com a tendência de se buscar conhecimento em “fugazes pesquisas na *Internet*”, conclui:

“Daí que seja vital haver bons manuais, e que eles não alienem a sua necessária dimensão humanística, que muito pode perder no passar puro e simples de mensagens deglutidas e prontas-a-consumir para passar em concursos e provas.

“É preciso tomar cuidado com os manuais, e incentivar os melhores de entre os pesquisadores e professores a elaborar bons manuais, não deixando esse terreno a amadores, oportunistas, e imediatistas” (“Contra-ataque humanístico – Da elaboração de um manual de filosofia do direito à importância formativa dos manuais”, p. 31).

Toma-se, portanto, “teoria”, com o sentido de “coisa pública”, coletiva e “não privada e pessoal” – como ensina Paulo Ferreira da CUNHA¹¹, a partir do pensamento grego clássico. A teoria destaca-se, com independência, da opinião, ou do pensamento de cada autor, formando uma abstração coletiva.

A partir da própria pesquisa cujos resultados a seguir serão expostos, decidiu-se adotar para a periodização histórica os seguintes marcos: independência do Brasil, proclamação da República, revolução de 1930, Constituição de 1988.

Dentre outras opções que se poderiam considerar igualmente válidas, a opção por esses marcos justifica sua consistência porquanto:

- i) o período imperial, notadamente por sua peculiar estruturação da separação de poderes estatais (com a existência da jurisdição administrativa) e da forma de Estado (unitária), oferece relevante contraste com as subseqüentes fases do período republicano;
- ii) a primeira fase republicana, apresentou notas próprias de um Estado que ainda guardava feições mais classicamente liberais;
- iii) o período da chamada Era Vargas inaugurou um modelo de Estado mais intervencionista na vida econômica e social, um Estado, por conseguinte, demandante de maior estruturação interna, características essas que, em que pese matizadas pela alternância de regimes mais autocráticos ou mais democráticos, mantêm-se nas décadas seguintes;
- iv) a Constituição vigente, mesmo não tendo alterado alguns elementos estruturais do Estado de matriz varguista, trouxe outros peculiares de um debate contemporâneo globalizado de questões jurídicas, notadamente atinentes aos direitos humanos, bem como uma maior abertura do País para novas formas de relacionamento jurídico no plano internacional.

¹¹ *Filosofia do direito*, p. 675.

Situadas as obras gerais nessas quatro fases, serão abordados, como critérios de análise propícios a conclusões sobre uma teoria do direito administrativo:

- a) as funções mais relevantes das obras;
- b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam;
- c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores.

Quanto a esse item “c”, um breve esclarecimento. Na Seção anterior desta tese, propôs-se tentar empreender uma análise da teoria do direito administrativo brasileira por meio dos “modelos hermenêuticos axiológicos” (na expressão de Miguel REALE), ou seja, de pautas valorativas que inspiram os autores ao produzirem ideias que formarão a teoria.

Sugeriu-se, nesse sentido, adotar como dois modelos, ou antes “macromodelos”, pertinentes ao Estado de direito ocidental, a *legalidade* e a *justicialidade*.

Agora, no entanto, se está a falar em “temas que merecem mais ênfase por parte dos autores”. E esses “temas” não se confundem com os “modelos”.

Quando se está pensando em temas, vislumbram-se os elementos conceituais do direito administrativo científico, ou os correlatos institutos do direito administrativo positivo, sobre os quais dissertam os autores.

E a tendência da evolução da teoria do direito administrativo hoje constatada no Brasil é de que progressivamente esses temas se desenvolvam com ênfase na compreensão valorativa que tenham da legalidade e da justicialidade.

É certo que as próprias *legalidade* e a *justicialidade*, além de *modelos valorativos*, podem igualmente ser abordadas, em outra dimensão, como *temas* – haverá nas obras de direito administrativo um tópico ao menos, senão um capítulo todo, para explicar-lhe o sentido. Mas isso não nega nem afasta sua dimensão de modelos para a compreensão da teoria do direito administrativo.

No tocante aos critérios para a escolha das obras gerais a serem analisadas, não existe um catálogo consagrado que forneça ao pesquisador, com exatidão, o universo de tais obras sobre direito administrativo no Brasil. Até porque pode haver algum grau de divergência sobre que o incluir, ou não, no sentido de obra geral que acima se apresentou.

É certo que períodos mais antigos propiciam um mapeamento mais preciso, dada a exiguidade numérica das obras e a maior sedimentação de estudos que as identifiquem. O inverso ocorre com os períodos mais recentes.

Alguns autores mais contemporâneos trazem em suas obras gerais um capítulo dedicado especialmente à indicação da literatura sobre direito administrativo, existente no Brasil, em perspectiva histórica¹². Esses livros são importante fonte para confirmação da seleção do material de pesquisa que a seguir vai ser analisado.

No entanto, ainda que sem um capítulo específico para esse fim, a maioria das obras gerais, pela indicação da bibliografia em que se baseou, também contribuiu para a elaboração da seleção do material de pesquisa desta tese.

18. Império: observações preliminares.

Como observa Miguel REALE¹³, “o Império, instaurado em 1822, ao se tornar o Brasil independente de Portugal, cuidara logo de assegurar bases jurídicas próprias à novel

¹² Entre outros, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 141-146; CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de direito administrativo*, pp. 94-98; CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de direito administrativo*, v. 1, pp. 283-293; ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de direito administrativo*, pp. 48-49; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, pp. 63-66.

Carlos Ari SUNDFELD, agregando à sua indicação uma escolha pessoal de obras que representem períodos marcados da história brasileira, observa:

“As continuidades e mudanças na cultura do direito administrativo brasileiro podem ser percebidas com clareza nas obras de referência dos administrativistas, que, tendo traduzido o espírito de suas épocas, lograram reconhecimento e, em alguns casos, foram capazes de influir amplamente na literatura especializada, na legislação, na jurisprudência e na prática.

“Foram eles o Visconde do Uruguai no II Império, Alcides Cruz na República Velha, Themístocles Brandão Cavalcanti na Era Vargas, Hely Lopes Meirelles durante o Regime Militar e Celso Antônio Bandeira de Mello na redemocratização da década de 1980” (*Direito administrativo para céticos*, p. 43).

¹³ *100 anos de ciência do direito no Brasil*, p. 3.

nacionalidade¹⁴, com a fundação, em 1827, de duas Faculdades de Direito”, em São Paulo e em Olinda.

Igualmente registrando o fenômeno, mas de modo a destacar a consciência das “elites dirigentes” quanto à necessidade de formar quadros para a administração do Estado, Carlos Guilherme MOTA conclui avaliando que a criação dos cursos jurídicos visava a atender “a questão crucial daquele momento”, que era “formar elites para manter em funcionamento o Estado herdado e implantar o novo Estado, e não propriamente para articular e mobilizar a sociedade civil”¹⁵.

A percepção da necessidade estratégica da oferta de formação universitária, especialmente no campo do direito, em território nacional, antecede em alguns anos a efetiva criação das duas primeiras faculdades.

Já nos debates por ocasião da Assembleia Constituinte de 1823, por proposta de José Feliciano Fernandes Pinheiro, o Visconde de SÃO LEOPOLDO¹⁶, passou-se a discutir a criação, no Brasil, de uma universidade, com destaque para o ensino do direito.

Explicitava o autor da proposta que a instituição dessa universidade propiciaria a “base sólida de um governo constitucional”, devendo ser configurada “de uma maneira digna das luzes do tempo e da sabedoria dos seus colaboradores”¹⁷.

Nota-se, pois, uma associação entre a oferta de formação jurídica nacional e a consolidação do governo constitucional brasileiro. E essa defesa ideológica de um governo constitucional está nas bases do movimento liberal que inspirou a independência

¹⁴ Para uma análise, a partir de aspectos constantes da Constituição de 1824, sobre a existência de “elementos sociais de uma nacionalidade brasileira”, ao tempo da independência do País, ver GARCIA, Maria, “A Constituição Política de 1824: a instituição do Brasil: as metamorfoses do Estado e a Constituição permanente: o pacto fundacional”, pp. 191-195.

¹⁵ *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro – século XVI a 1850*, pp. 134-135.

¹⁶ Eis o texto integral da proposta, apresentada em Sessão de 14 de junho de 1823:

“Proponho que no Império do Brasil se crie quanto antes uma universidade, pelo menos para assento da qual parece dever ser preferida a cidade de S. Paulo pelas vantagens naturais, e razões de conveniência geral.

“Que na Faculdade de Direito Civil, que será sem dúvida uma das que comporá a nova universidade, em vez de multiplicadas cadeiras de Direito Romano, se substituam duas uma de Direito Público Constitucional, outra de Economia Política” (*Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 4).

¹⁷ Visconde de SÃO LEOPOLDO, discurso pronunciado na Sessão de 14 de junho de 1823 da Assembleia Constituinte (documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 3).

do Brasil¹⁸, sendo simbólico notar que D. Pedro I foi “Imperador Constitucional do Brasil antes de termos uma Constituição”¹⁹.

Os longos debates parlamentares que se seguiram nos anos posteriores à Assembleia Constituinte²⁰, até a decisão da criação dos cursos jurídicos, tanto no âmbito da Câmara dos Deputados, como no do Senado, revelam aspectos da percepção da necessidade da formação de quadros para o Estado brasileiro, com compreensão mais direta da realidade nacional, em uma postura de ruptura com Portugal, aliás, bem ilustrada na expressão empregada pelo Visconde de SÃO LEOPOLDO: “o Tietê vale bem o Mondego”²¹.

¹⁸ Segundo Nilo PEREIRA, “liberalismo e constitucionalismo eram, então, palavras sinônimas. Não se compreendia uma nação liberal sem a tradução desse anseio num estatuto constitucional conformado às exigências do espírito nacional, numa fase de transição e de exaltação” (Introdução”, p. XIX).

Para Sérgio ADORNO, “a cultura jurídica do Império produziu um tipo específico de intelectual: politicamente disciplinado conforme os fundamentos ideológicos do Estado; criteriosamente profissionalizado para concretizar o funcionamento e o controle do aparato administrativo; e habilmente convencido senão da legitimidade, pelo mesmo da legalidade da forma de governo instaurada. Nesse contexto político-cultural, a Academia de São Paulo constituiu-se no espaço *par excellence* do bacharelismo liberal” (*Os aprendizes do poder*, p. 91).

Como bem nota, a seu turno, Vicente BARRETO, o liberalismo político exige, para ser compreendido, a adequada contextualização histórica; assim, distinguindo-se, por exemplo, do contexto inglês de fins do século XVII, em que LOCKE buscava, com sua doutrina, alcançar a estabilidade política, o liberalismo de fins do século XVIII e começo do XIX no Brasil tomava ora feições de radicalismo revolucionário, ilustrado pelo pensamento de Frei CANECA e pela Revolução Pernambucana de 1817, ora feições de defesa da igualdade, como na Conjuração Baiana de 1798. Enfim, com o movimento de independência, o Brasil passou a viver um “estado liberal em sua forma monárquica”, como resultado do “compromisso entre o liberalismo político radical e o liberalismo econômico dos grandes proprietários rurais” (BARRETO, Vicente, *A ideologia liberal no processo da independência do Brasil (1789 – 1824)*, especialmente pp. 67 e segs., 81 e segs., 109 e segs. e 147 e segs. – a frase citada encontra-se na p. 109).

Para uma análise do tema pela perspectiva de um liberalismo antes “assimilado”, do que simplesmente “importado”, por ocasião da independência do Brasil, ver SALDANHA, Nelson, *Formação da teoria constitucional*, pp. 218-223.

¹⁹ PEREIRA, Nilo, “Introdução”, p. XIX. Adriana LOPEZ e Carlos Guilherme MOTA, explorando a frase de D. Pedro I – “sou constitucional, e ninguém mais do que eu, mas não sou louco nem faccioso” – registram que o Imperador não apreciava os ventos revolucionários que derrubaram o Antigo Regime, porém tampouco apreciava a Restauração; sua apreciação de “novas ideias” era até mesmo objeto de preocupação de D. Leopoldina, em correspondência com seu pai (*História do Brasil*, p. 361).

Nesse sentido, Samuel Rodrigues BARBOSA anota que “o discurso do constitucionalismo luso-brasileiro dos anos 1821 e 1822 opera com indeterminação. Por um lado desafia e transige com estruturas e práticas políticas do antigo regime, e, de outro, possibilita o experimentalismo institucional” (“Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822”, p. 30).

²⁰ A qual, como se sabe, acabou dissolvida por D. Pedro I, ante profundas divergências, sobretudo no âmbito econômico, entre o grupo nacionalista (integrado, entre outros, pelos Andrada e por Vergueiro) e o grupo com interesses mais próximos de Portugal (em que despontam o Marquês de Queluz e o Visconde da Cachoeira), no tocante à definição de regras sobre remessa de capitais a Portugal, “liberando para uso brasileiro recursos de ausentes e defuntos, em grande parte, portugueses” (LOPEZ, Adriana e MOTA, Carlos Guilherme, *História do Brasil*, p. 390).

²¹ LOPEZ, Adriana e MOTA, Carlos Guilherme MOTA, *História do Brasil*, p. 380. Curioso notar que a questão dos respectivos rios merece outras referências nos debates parlamentares de então: o deputado Marcos Antonio de SOUZA, manifestando-se na Sessão de 12 de maio de 1862, quando a Câmara dos Deputados, acompanhando proposta no mesmo sentido apresentada pelo deputado Lúcio Soares TEIXEIRA DE GOUVEIA, defende que a instalação dos cursos jurídicos se dê em São Paulo, entre vários outros motivos, pelo fato de a cidade contar com “rio navegável” que “fará as delícias dos acadêmicos, bem

O célebre projeto de “Regulamento” ou “Estatutos”, elaborado pelo Visconde da CACHOEIRA para os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, retoma essa preocupação com a formação de “sábios magistrados”, “peritos advogados”, “dignos deputados e senadores” e “aptos para ocuparemos lugares diplomáticos, e mais empregos do Estado”²².

Nesse projeto, tomando por termo de comparação os Estatutos da Universidade de Coimbra, o Visconde da CACHOEIRA critica a tradicionalmente reduzida ênfase nos estudos do direito pátrio (português) ao longo do curso, ante reserva de demasiada carga horária para o estudo do direito romano²³; com tal perspectiva, propõe que os cursos brasileiros não incorram no mesmo problema:

“[...] contudo, é o Direito Pátrio um corpo formado de instituições próprias deduzidas do gênio, e costumes nacionais, e de muitas leis romanas já transvertidas ao nosso modo, e bastava, portanto, que depois do estudo das Institutas se explicasse o Direito Pátrio.”²⁴

E a ideia de “nacional” aparece nesse momento não apenas por contraste com o estrangeiro, mas também com o apenas “regional” ou “local”.

No plano geral da política, como registra José AFONSO DA SILVA²⁵, com a proclamação da independência, o primeiro ponto a ser resolvido na organização institucional era o “princípio da *unidade nacional*”, com o objetivo de que se “fressem e até demolissem os poderes regionais e locais que efetivamente dominavam o País”.

como o Mondego é as delícias da Universidade de Coimbra” (documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 182). A propósito dos debates parlamentares, grande parte das discussões, dada a natural postura dos parlamentares de buscarem prestigiar suas bases eleitorais, dizia respeito simplesmente à localização das futuras faculdades. E, a propósito de curiosidades constantes dos debates, vale ainda citar o argumento levantado pelo deputado José da SILVA LISBOA, em defesa do Rio de Janeiro – e da pureza da língua –, contra São Paulo: “Sempre em todas as nações se falou melhor idioma nacional nas cortes. Nas províncias há dialetos, com seus particulares defeitos, o Brasil os tem em cada uma, que é quase impossível subjugar, ainda pelos mais doutos do País. É reconhecido que o dialeto de S. Paulo é o mais notável. A mocidade do Brasil, fazendo aí seus estudos, contrairia pronúncia mui desagradável” (documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 46).

²² Documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 587.

²³ Algo que se mitigou com reforma dos referidos Estatutos da Universidade de Coimbra, em 1805.

²⁴ Documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, p. 591.

²⁵ *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*, pp. 91-92.

Essa visão produziu efeitos no ensino do direito. Segundo a análise de Carlos Guilherme MOTA:

“[...] a Independência, além do Liberalismo, trouxe à cena a questão nacional. Agora, o problema era o de definir o tipo de ensino que melhor preparasse elites não somente de caráter regional ou local, mas nacional.”²⁶

Nota-se, pois, na estratégia da criação dos cursos jurídicos no Brasil, um viés mais imediato do ensino do direito, mas também um viés mais mediato que se volta à estruturação político-ideológica do País.

Este segundo viés não é o que toca mais diretamente esta tese. Sobre ele, de todo modo, adotem-se, a título de síntese conclusiva, as lições de Alberto VENÂNCIO FILHO:

“São Paulo e Recife, principalmente nos últimos decênios do Império, foram, através das suas academias, centros de um admirável movimento intelectual, inteiramente idealista, inteiramente tendente a realizar, no Brasil, a ‘Ideia Nova’²⁷. [...]”

“O papel exercido pelas academias em nossa evolução política não tem sido, porém, apenas esse, que resultou do fato de serem elas aqui os centros principais da elaboração do idealismo europeu: também atuaram – naquela época incomparavelmente mais do que hoje – como agentes da disseminação desse idealismo, tal como o periodismo e a publicística. E isto porque, dado o seu número limitado, para elas confluíram os melhores elementos das nossas novas gerações provincianas, egressos dos recessos das propriedades rurais e afluídos de todos os pontos do país. [...]”

²⁶ *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro – século XVI a 1850*, p. 141.

²⁷ Especialmente os movimentos abolicionistas, republicano e federalista, contextualizados pelo liberalismo.

“Destarte, sob a ação infiltrante do ‘doutor’, remergulhando com o seu diploma no seu primitivo meio provinciano e rural, a área de influência das nossas academias se fez, durante todo o período imperial, comparavelmente mais vasta do que pode parecer à primeira vista. [...]

“Essa particularidade é que facilitou, num país de estrutura social inteiramente fragmentada pelo regime de clã, a formação dos dois grandes partidos nacionais, agindo em prol de programas gerais.”²⁸

Concentre-se, pois, no viés que logo acima se disse mais imediato: o ensino do direito, buscando sua relação com a teoria do direito administrativo.

Voltando à proposta do Visconde de SÃO LEOPOLDO, nela já se detecta a atenção para com a introdução de aspectos de direito *nacional* no programa dos cursos, substituindo-se parte do ensino do direito romano, por direito público constitucional.

Com efeito, a Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, em São Paulo e Olinda, em seu art. 1º, prevê, dentre as cadeiras do programa, como a “1ª Cadeira” do 1º ano, “Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia”²⁹.

Quanto ao direito administrativo, não foi ele contemplado nessa primeira versão do programa do curso. No entanto, na interpretação do Conselheiro RIBAS:

“[...] a experiência afinal mostrou quanto era necessária a cultura desta ciência, tanto para os que se dedicam à carreira da política e

²⁸ *Das arcadas ao bacharelismo*, pp. 162-163.

²⁹ Os quatro anos seguintes contavam com duas cadeiras cada: “2º ano – 1ª cadeira – continuação das matérias do ano antecedente. 2ª cadeira – Direito Público Eclesiástico”; “3º ano – 1ª cadeira – Direito Pátrio Civil. 2ª cadeira – Direito Pátrio Criminal com a Teoria do Processo Criminal”; “4º ano – 1ª cadeira – continuação do Direito Pátrio Civil. 2ª cadeira – Direito Mercantil e Marítimo”; “5º ano – 1ª cadeira – Economia Política. 2ª cadeira – Teoria e Prática do Processo adotado pelas leis do Império” (documento consultado em *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*, pp. 581-582).

da administração, como para os que se votam à vida menos brilhante, porém não menos honrosa, do foro.”³⁰

E prossegue:

“Conquanto já em 1833 houvesse aparecido pela primeira vez, no relatório apresentado às câmaras pelo Ministro do Império, o Senador N. P. de Campos Vergueiro, a ideia da criação de uma cadeira de Direito Administrativo, para complemento dos estudos de ciências sociais e jurídicas das nossas academias, foi só em 1851, durante o ministério do Marquês de Monte Alegre, que essa necessidade foi satisfeita pelo Poder Legislativo. Com esta cadeira foi nessa mesma ocasião criada a de Direito Romano e o governo autorizado a dar novos estatutos a estas academias (Decreto n. 608, de 16 de agosto de 1851). Três anos depois, sendo Ministro do Império o Sr. Conselheiro L. P. do Couto Ferraz, foram decretados os atuais estatutos (Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854), e no ano seguinte (1855) coube ao autor deste escrito a árdua tarefa de lecionar sobre esta matéria na Faculdade de Direito de São Paulo.”³¹

Numa avaliação da produção doutrinária em geral (não específica do direito administrativo), ao tempo do Império, Miguel REALE afirma:

“A experiência doutrinária brasileira, durante os 67 anos do Império, já atingira alto nível em vários ramos do Direito, mantendo fidelidade às fontes lusitanas³², mas com a assimilação das teorias mais representativas do Direito europeu, com

³⁰ *Direito administrativo brasileiro*, p. 26.

³¹ RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, p. 26. Sobre RIBAS – cuja atuação na Faculdade de Direito de São Paulo Alberto VENÂNCIO FILHO destacava, formando com o Barão de RAMALHO e o Conselheiro CRISPINIANO “trindade expressiva de conselheiros” (*Das arcadas ao bacharelismo*, p. 123) – ver interessante estudo de Jorge AMERICANO. AMERICANO ressalta, antes de mais nada, a grande vocação docente de RIBAS e o seu respeito na Academia, tanto por seus pares, como pelos alunos (*O Conselheiro Ribas*).

³² O que, pondere-se, não é bem o caso do direito administrativo.

predomínio do pensamento francês, especialmente da Escola da Exegese, cujos ensinamentos determinaram alterações significativas no antigo Direito português.”³³

Com efeito, as observações de REALE cabem, como se pretende ilustrar a seguir, para o direito administrativo.

Postas essas observações preliminares, dedique-se atenção às obras gerais de direito administrativo do período.

19. Império: obras gerais.

No período do Império, seis são os autores cujas obras cabem ser analisadas, dentro da proposta desta tese: além dos já citados Conselheiro RIBAS e Visconde do URUGUAI, também Vicente Pereira do REGO, Prudêncio Giraldes Tavares VEIGA CABRAL, Francisco Maria de Souza FURTADO DE MENDONÇA e José RUBINO DE OLIVEIRA.

Insista-se: em que pese a indicação individual desses autores e das respectivas obras (o que é facilitado pelo número restrito), não se pretende aqui produzir um estudo específico de cada qual, nem uma resenha individual de suas ideias. O intuito é analisar o sentido da teoria do direito administrativo no período, mediante os critérios acima sugeridos.

a) as funções mais relevantes das obras

Um **primeiro ponto** a ser destacado a propósito do assunto é a consciência geral de se estar a inaugurar um ramo da ciência jurídica no Brasil.

Isso, de plano, leva os autores a certas ressalvas – pelo visto, algo comum na retórica da época – como escusas pela imperfeição inevitável de um trabalho pioneiro.

³³ 100 anos de ciência do direito no Brasil, p. 3.

REGO alude à sua obra como “temerária empresa, a respeito de uma ciência ainda nova para nós”³⁴.

Já RIBAS, afirmando que “a jurisprudência³⁵ não se constitui em um dia; não sai completa da inteligência do juriconsulto, como Minerva do cérebro de Júpiter; é o resultado do concurso de muitos, do trabalho lento dos séculos”, diz contentar-se em “ser um dos que primeiro trabalharam” nos alicerces do “monumento da jurisprudência administrativa”³⁶.

E mesmo URUGUAI encerra o preâmbulo de seu livro com a ressalva:

“Não sei se conseguirei o meu fim [ao escrever o livro]. Infelizmente é para mim mais provável que não. Em todo caso, hei de trabalhar para consegui-lo, e o meu trabalho, quando para mais não sirva, poderá provocar o exame e a discussão, os quais somente podem trazer melhoramentos reais e sérios. É preciso pensar, meditar, trabalhar seriamente para melhorarmos as nossas instituições e Estado.”³⁷

Mas ainda nesse primeiro ponto interessa frisar o sentido de inauguração de um ramo da ciência jurídica *no Brasil*.

A propósito, URUGUAI se manifesta:

“Tive muitas vezes ocasião de deplorar o desamor com que tratamos o que é nosso, deixando de estudá-lo, para somente ler superficialmente e citar coisas alheias, desprezando a experiência que transluz em opiniões e apreciações de estadistas nossos.”³⁸

³⁴ *Elementos de direito administrativo brasileiro*, p. II.

³⁵ Aqui no sentido de ciência do direito.

³⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 17.

³⁷ *Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 75-76.

³⁸ *Ensaio sobre o direito administrativo*, p. 69. URUGUAI se refere a elementos da realidade brasileira, dos quais tomou conhecimento em sua atuação na Administração pública, além de outros que obteve em suas pesquisas sobre atos do Poder Legislativo e do Conselho de Estado.

E também RIBAS:

“Talvez pensem alguns que se pode fundar a jurisprudência administrativa pátria em teorias formuladas pelos juristas estrangeiros.

“Mas estas teorias não podem conter a explicação racional de leis muito diversas daquelas de que emanam.

“Daí os perigos desses escritos que, lidos sem grande critério, tão graves erros têm entre nós propalado.”³⁹

Isso não significa, como será visto a seguir, a ausência de influência ou de referência a autores estrangeiros, mesmo nas obras de RIBAS e URUGUAI. Entretanto, propõe-se atender criticamente para a adequação de ideias e institutos de outras origens à realidade nacional.

Como **segundo ponto**, note-se que, desses autores, a maioria produziu suas obras com o intuito imediato de servir de base para os respectivos cursos que lecionavam nas Faculdades de São Paulo ou do Recife⁴⁰.

Assim, FURTADO DE MENDONÇA propõe como subtítulo de sua obra: “para servir de compêndio na aula da 3ª cadeira do 5º ano da Faculdade de Direito da imperial cidade de S. Paulo”; RUBINO DE OLIVEIRA⁴¹ explica que seu livro é resumo das preleções que fez, “desenvolvendo as teses indicadas no programa, por mim apresentado à muito ilustrada Congregação dos Lentes da nossa Faculdade de Direito [de São Paulo], na primeira sessão do corrente ano de 1884”; e REGO⁴² esclarece que como lente substituto

³⁹ *Direito administrativo brasileiro*, p. 13.

⁴⁰ José Reinaldo de Lima LOPES classifica os “gêneros literários dos juristas do Império” de modo a reconhecer, de um lado, os “manuais ou compêndios para uso nas faculdades do Império” e, de outro, “os manuais práticos: os manuais para tabeliães, a própria *Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas, os livros para os vereadores, para os procuradores da Fazenda, o *Auxiliar jurídico* de Mendes de Almeida, sua própria edição comentada e atualizada das *Ordenações Filipinas* e do *Tratado de direito mercantil e leis da marinha* do Visconde de Cairu, entre outros” (*O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*, p. 109).

⁴¹ No prefácio “Ao leitor”.

⁴² *Elementos de direito administrativo brasileiro*, p. II.

na Faculdade de Direito do Recife, adotou como livro texto das lições o *Resumo de direito administrativo francês*, de P. PRADIER-FODERÉ, mas, havendo constado a insuficiência daquela obra no que diz respeito à análise do direito positivo brasileiro, decidiu escrever a sua, a qual, de todo modo, tem como subtítulo: “*comparados com o direito administrativo francês, segundo o método de P. PRADIER-FODERÉ*”.

Isso não impede que alguns reconheçam expressamente o interesse do estudo do direito administrativo fora do ambiente acadêmico, conforme já visto no trecho anteriormente citado de RIBAS, que em 1855 passou a lecionar direito administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo, propondo ao seu livro a epígrafe “*vestra res agitur*”⁴³.

VEIGA CABRAL, em que pese lente da Faculdade de Direito de São Paulo, expressamente afirma:

“A obra que publicamos sob o título de *Direito Administrativo Brasileiro* não é um curso desenvolvido de Direito Administrativo, que por ora começa a ser considerado como ciência entre nós; nem é somente um Manual ou Resumo; é a exposição de princípios, e da legislação, em que se procura sobretudo coordenar, e vivificar os elementos da ciência; ou para melhor dizer é o plano do Código Administrativo Brasileiro.”⁴⁴

Constata-se, pois, claro intuito de influenciar uma eventual legislação sistematizada, e mesmo codificada, de direito administrativo – coisa que se sabe não haver ocorrido.

Afirma ainda VEIGA CABRAL que sua obra dirige-se a estadistas, funcionários públicos, alunos das Faculdades de Direito e, “em geral a todos os que querem conhecer os direitos e deveres dos cidadãos no exercício das liberdades públicas; os direitos e deveres da administração nas suas relações com os cidadãos, e a sociedade”⁴⁵.

⁴³ *Direito administrativo brasileiro*, p. 15.

⁴⁴ *Direito administrativo brasileiro*, p. v.

⁴⁵ *Direito administrativo brasileiro*, p. v. Apesar desse deliberado intuito, a obra foi objeto da crítica de URUGUAI, no tocante ao seu distanciamento em relação à realidade da prática da Administração (ver segunda nota de rodapé a seguir).

Quanto a esse aspecto de trabalho voltado ao ensino em Faculdades, enfoque diverso surge na obra de URUGUAI, na qual a visão do estadista substitui-se à do acadêmico⁴⁶:

“Demais, a maior parte dos tratados e obras existentes foram escritos por professores de direito administrativo, mui versados em teorias, porém faltos daquela prática que somente pode ser adquirida na administração⁴⁷. [...]”

“É preciso primeiro que tudo estudar e conhecer bem as nossas instituições, e fixar bem as causas por que não funcionam ou por que funcionam mal e imperfeitamente.”⁴⁸

Das palavras de URUGUAI, pode-se perceber a tensão entre a visão dos acadêmicos e a visão dos homens de Estado, tensão essa que tende a se encontrar, com naturais variações, em diversos momentos históricos – e não apenas no Brasil –, integrando certo juízo de senso comum quanto ao distanciamento entre a academia e a realidade, ou, especialmente, entre a abordagem acadêmica do direito e a sua aplicação política para a solução dos problemas reais.

Interessante, a respeito da matéria, a análise de Sérgio ADORNO⁴⁹, indicando que grandes juristas do Império, em que pese formados na Faculdade de São Paulo, não se tornaram docentes da casa (por exemplo: Pimenta Bueno, Teixeira de Freitas, Conselheiro Lafaiete e Rui Barbosa). E, noutra faceta do fenômeno do descolamento entre produção acadêmica e política, ADORNO nota que muitos homens públicos com destaque no cenário político nacional e ativos participantes de importante obra legislativa ou de edificação institucional não deixaram obra acadêmica escrita no campo do Direito

⁴⁶ Sobre URUGUAI, ver o ensaio “Entre a autoridade e a liberdade”, de José Murilo de CARVALHO.

⁴⁷ [Esta nota de rodapé é original de URUGUAI:]

“Já possuímos duas obras sobre o direito administrativo, a saber:

“Os *Elementos de direito administrativo comparado com o direito administrativo francês*, segundo o método de Pradier Fodéré, pelo Dr. Vicente Pereira do Rego, lente da Faculdade de Direito do Recife. [...] É verdadeiramente um compêndio organizado pelo distinto professor para uso dos seus discípulos e, como tal, não podia deixar de ser, como a obra de Pradier, que seguiu, bastante resumido.

“O *Direito administrativo brasileiro*, pelo finado conselheiro Veiga Cabral, o qual foi meu lente de Direito Pátrio na Academia de São Paulo. Abstenho-me por isso de observações”.

⁴⁸ *Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 72 e 74.

⁴⁹ *Os aprendizes do poder*, pp. 132-133.

(por exemplo: José Bonifácio, Martim Francisco, Américo Brasiliense, Carneiro de Campos).

É certo que as Faculdades de Direito no Brasil surgiram, como visto, com o intuito de atuar muito proximamente das forças políticas voltadas à edificação no novo Estado nacional. E se, por um lado, ao longo de décadas, desde o século XIX até meados do século XX, os principais quadros do governo, da administração, enfim, da política em geral do Brasil, saíram dos bancos das Faculdades de Direito⁵⁰, por outro lado, os profissionais que se dedicam à academia como professores tendem, progressivamente na história, a distanciar-se da ação política⁵¹.

Para efeito da presente tese, não se está, repita-se, identificando teoria com conhecimento produzido no âmbito das universidades, do mesmo modo que, nesta Seção, não se estão restringindo as chamadas “obras gerais” àquelas de autoria de professores como instrumento auxiliar no ensino a seus alunos.

Nesse sentido, a abordagem acadêmica do direito administrativo não se opõe à atividade prática no âmbito da Administração, como fontes da teoria⁵². Da visão de um “estadista na prática” como URUGUAI também resulta uma obra na qual se percebem elementos propícios à formação da teoria do direito administrativo.

⁵⁰ Sem deixar de se reconhecer, por outro lado, que, em boa medida ao longo do tempo do Império, a busca pelas faculdades de direito possuía, para parte da elite possuidora de rendas que lhe permitissem viver sem a necessidade da atuação profissional jurídica, o sentido de um enriquecimento cultural (“cultura desinteressada”) e implicava modo de acesso ao título de “doutor” – o qual “tomou-se para o Brasil o que o de *gentleman* era para a Inglaterra: um título de nobreza pessoal, que o povo brasileiro tende hoje a empregar como fórmula de polidez para com todas as pessoas cuja superioridade social quer reconhecer” (LAMBERT, Jacques, *Os dois Brasís*, p. 208).

⁵¹ Esta afirmação, admite-se, mereceria estudo empírico mais exato, o qual foge ao alcance desta tese. De todo modo, por um conhecimento geral da biografia dos professores, particularmente da Faculdade de Direito de São Paulo, bem como por uma vivência própria, acredita-se não haver grande imprecisão na suposição de que a maioria dos professores – numa tendência crescente no tempo desde a fundação dos cursos jurídicos – não atua diretamente na edificação ou manutenção das instituições políticas do País, seja por atuarem, ao lado da docência, como profissionais do direito em áreas mais técnico-jurídicas, seja por se dedicarem exclusivamente à academia.

Algumas ideias a mais sobre a interação do direito e da política, tanto na teoria do direito, como na atuação prática dos profissionais do direito, este autor já expôs em “Celso Lafer: direito e política”.

⁵² Teoria e prática são coisas distintas, ainda que não necessariamente opostas. Porém, é perfeitamente compatível formular-se teoria a partir de uma experiência prática.

Aqui, portanto, um **terceiro ponto** – ainda dentro do critério de análise “funções mais relevantes das obras” – consistente no fornecimento da matéria necessária para se fazer teoria (independentemente do uso da expressão teoria).

RIBAS defende enfaticamente a importância da teoria, mostrando a insuficiência do mero conhecimento do texto das leis:

“Talvez entendam outros que se podem dispensar estas ideias gerais; que o estudo deve consistir no mero conhecimento dos textos de nossas leis administrativas.

“Mas a noção material das leis sem a compreensão do espírito que as vivifica, e razão que as explica, nunca pode constituir o jurisconsulto e sim o obscuro leguleio, quer trate-se do direito privado, quer do administrativo ou de qualquer outro.

“Não há ciência sem as sínteses fundamentais; tiradas estas, só resta informe acervo de ideias, em cujo labirinto a inteligência não pode deixar de transviar-se. [...]

“Força é confessar que a nossa legislação administrativa vai sendo composta aos retalhos, segundo as exigências da ocasião e as inspirações das ideias do momento; não há método, nem vestígios de espírito sistemático. [...]

“Grave dificuldade é esta, por certo, para os que querem elevar o nosso Direito Administrativo às alturas da ciência.

“Mas a simples confrontação dessas disposições incoerentes e a indicação de suas lacunas já constituem grande vantagem, porque lançam o espírito nas vias de úteis e refletidas reformas.”⁵³

⁵³ *Direito administrativo brasileiro*, p. 14.

Ainda que RIBAS não use a palavra “teoria”, o sentido de sua observação corresponde ao que nessa tese a ela se atribuiu.

URUGUAI, com seu *Ensaio*, igualmente se aproxima da noção de teoria, buscando uma compreensão geral e a crítica das instituições administrativas brasileiras, pretendendo deixar para obra subsequente o estudo pontual e minucioso da legislação administrativa pátria⁵⁴.

RUBINO DE OLIVEIRA mostra-se propenso à concepção teórica em sua obra, na qual estuda as “bases filosóficas e primeiros fundamentos positivos da ciência do direito administrativo brasileiro”; e também VEIGA CABRAL⁵⁵ reconhece o direito administrativo como ciência e busca formular seus princípios, meios e fins, no contexto do imenso “caos nas nossas leis e disposições, que constituem a legislação administrativa”.

Já FURTADO DE MENDONÇA⁵⁶, em que pese buscar investigar as teorias da administração – tendo por objeto as regras de governar os Estados, algumas consistindo em “verdades absolutas” e outras sujeitas à busca da conveniência a ser realizada pelo estadista – acaba por apontar a falta de uma teoria geral da ciência administrativa, que se explica pela “dificuldade em apreender a analogia entre os atos da ordem administrativa, sua prodigiosa multidão, seu isolamento, e variedade”. Daí concluir que “só com a prática, mais do que com os estudos teóricos, se adquira o dom chamado *tato administrativo*”.

b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam

Com a expressão “fontes de informação”, quer-se aqui referir tanto aos elementos do direito positivo, objeto do estudo dos autores em questão (normas legisladas, decisões jurisdicionais), como à bibliografia por eles consultada.

⁵⁴ *Ensaio sobre o direito administrativo*, p. 73.

⁵⁵ *Direito administrativo brasileiro*, p. VI.

⁵⁶ *Excerto de direito administrativo pátrio*, p. 12.

No caso das primeiras obras brasileiras sobre direito administrativo, de plano, nota-se uma preocupação com uma descrição, em certo grau de minúcia, quanto às fontes de direito positivo das informações prestadas.

Há, portanto, bastantes referências da Constituição e, especialmente, de leis e decretos, no mais das vezes, relativos à organização e competências dos diversos órgãos da Administração.

Por vezes, há mesmo referência de direito positivo estrangeiro, a título de comparação.

URUGUAI, cuja obra já se disse mais propensa a uma visão política, colhe com alguma intensidade, manifestações de parlamentares e outros homens de Estado brasileiros da época.

Decisões jurisprudenciais, no entanto, são mais raras nas obras em geral. Isso principalmente em virtude do modelo de jurisdição administrativa adotado.

Aliás, poder-se-ia supor que houvesse referências mais diretas às manifestações do Conselho de Estado. Todavia, não são assim frequentes.

Esse fato harmoniza-se com a análise de José Reinaldo de Lima LOPES quanto à postura subordinada do Conselho em relação ao Imperador e refratária à assunção de poderes decisórios:

“[O Conselho de Estado] oferecia pareceres e opiniões ao Imperador nos casos concretos que lhe eram submetidos. Quando foi chamado a assumir outras funções deliberativas propriamente ditas, negou-se e, quanto pôde, recusou-as.”⁵⁷

Sobre o caráter imperfeito do Conselho de Estado no Brasil, como órgão jurisdicional, Odete MEDAUAR aponta que não se trata da adoção de um modelo de “justiça

⁵⁷ *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*, p. 191.

administrativa independente”, mas sim da criação de um “órgão de assessoramento do Imperador para assuntos graves e medidas gerais”⁵⁸.

E ainda, adotando-se a perspectiva crítica de URUGUAI, numa análise contemporânea ao funcionamento do próprio Conselho de Estado, percebe-se também a dimensão da dificuldade de acesso à produção daquele órgão, tanto em termos de publicidade como em termos de meios de organização e divulgação de seus trabalhos:

“O nosso processo administrativo é muito deficiente e perfunctório, como veremos oportunamente.

“A publicidade, garantia importantíssima, não está organizada e desenvolvida como na França. E de pouco serviria uma vez que o governo tem o arbítrio de subtrair as questões contenciosas e de decidi-las pelo meio discricionário.

“As consultas das seções e do Conselho de Estado não têm a força e importância que têm, por exemplo, na França.

“Não têm sido coligidos, nem se trata de coligir, as tradições e arestos, que podem servir, como na França servem, de regra e guia, pelo que a jurisprudência administrativa contenciosa é entre nós muito arbitrária e obscura, e apenas acessível aos que têm entrada nas secretarias e coragem bastante para desempoeirar maços de papel enormes, onde tudo jaz sepultado no pó do esquecimento.”⁵⁹

RIBAS⁶⁰, ao arrolar as fontes do “Direito Administrativo Pátrio Geral”, indica os atos do Poder Constituinte (“Constituição Política do Império e o Ato Adicional a ela”), os atos do Poder Legislativo Ordinário (leis posteriores à independência e mesmo a legislação

⁵⁸ *O direito administrativo em evolução*, p. 60.

⁵⁹ *Ensaio sobre o direito administrativo*, p. 165.

Por outro lado, com avaliação mais positiva quanto à autoridade do Conselho de Estado e sua contribuição para a formação do direito administrativo – no entanto, avaliação essa produzida sob perspectiva temporal diversa – ver CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *O Direito Administrativo no Brasil*, pp. 7 e segs..

⁶⁰ *Direito administrativo brasileiro* pp. 41-42.

anterior mantida em vigor pela Lei de 20 de outubro de 1823) e os atos do Poder Executivo.

Dentre estes últimos, incluem-se decretos, instruções, regulamentos, portarias (entre outros atos de hierarquia inferior) e – destaque-se para efeito da análise que se vinha fazendo – “as resoluções sobre consulta do Conselho de Estado e Supremo Tribunal Militar, ou sobre pareceres das seções daquele”⁶¹.

Os atos do Conselho de Estado, portanto, aparecem indiretamente como fontes. As fontes de direito positivo propriamente são resoluções do Poder Executivo sobre consultas ao Conselho de Estado, ou sobre seus pareceres.

Quanto às fontes bibliográficas, é previsível que, no século XIX, no Brasil, o acesso a elas fosse extremamente restrito, ao menos por duas razões evidentes: uma, a inexistência de referências anteriores em termos de produção nacional, sendo ainda que, mesmo no exterior, a produção em direito administrativo era muito recente; outra, a restrição tecnológica dos meios de comunicação e de circulação de pessoas e bens (livros), se comparada aos dias de hoje.

Nem era usual que os livros contivessem citações bibliográficas mais completas ou relação de obras consultadas ao final.

Na edição ora consultada do *Ensaio sobre o direito administrativo*, organizada por José Murilo de CARVALHO e que se faz acompanhar de estudo introdutório de sua autoria, o organizador esforçou-se por identificar as referências bibliográficas de URUGUAI, de modo a apresentá-las (com eventuais imprecisões, ressalva ele) com as informações completas nos moldes da prática atual⁶².

Nessa relação, veem-se 111 obras – número alto se comparado às outras obras analisadas neste tópico – das quais a grande maioria correspondente a juristas ou filósofos franceses (68), além de ingleses, brasileiros (como PIMENTA BUENO, VEIGA CABRAL e

⁶¹ RIBAS, *Direito administrativo brasileiro* pp. 41-42.

⁶² CARVALHO, José Murilo de, *Visconde do Uruguai*, pp. 51-55.

REGO), um administrativista espanhol, um administrativista português e os clássicos (HOMERO, HORÁCIO, TÁCITO, VIRGÍLIO e CAMÕES).

RIBAS⁶³, por sua vez, inclui um tópico de seu livro para indicar a “bibliografia do direito administrativo”. Cita 51 livros⁶⁴, sendo 34 franceses, alguns (não mais que 3 de cada nacionalidade) belgas, alemães, austríacos, espanhóis e italiano (e ainda um, em língua alemã, sobre o direito inglês), além dos brasileiros: URUGUAI, REGO, FURTADO DE MENDONÇA, VEIGA CABRAL, PIMENTA BUENO e SILVESTRE PINHEIRO (estes dois últimos sobre direito constitucional, mais propriamente).

Interessante notar um pequeno detalhe simbólico no rol oferecido por RIBAS: a sequência de citação traz primeiro os brasileiros, depois os de língua francesa, seguidos dos demais europeus. Todavia, antes mesmo dos brasileiros, RIBAS posiciona a obra de DE GÉRANDO.

Já REGO, como visto, explicita no subtítulo de seu livro que se trata de um estudo “*comparado com o direito administrativo francês, segundo o método de P. PRADIER-FODERÉ*”.

Em geral, enfim, nota-se preponderância da influência francesa: FURTADO DE MENDONÇA, cuja obra, aliás, traz bibliografia ao final, cita quase somente franceses (aproximadamente 40) e alguns brasileiros; VEIGA CABRAL, que também lista as obras citadas, menciona apenas franceses, além de URUGUAI e OLINDA⁶⁵.

Constata-se, enfim, da leitura dessas obras brasileiras pioneiras que, se em formulações mais propensas a formar teoria (em geral nas partes introdutórias), inspiram-se no pensamento francês, quando passam a analisar o direito brasileiro (e trata-se então de seus

⁶³ *Direito administrativo brasileiro* pp. 42-43.

⁶⁴ E ressalva: “Omitimos muitos excelentes tratados especiais, que aliás também podem ser consultados com proveito” (*Direito administrativo brasileiro* p. 43).

⁶⁵ Na apreciação de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, “todas essas obras [do Império] foram plasmadas sob o influxo do pensamento dos juristas franceses da Escola Legalista e do Método Exegético. Neles há a preocupação de expor sistematicamente os institutos jurídicos desse novel ramo do direito segundo a legislação que os ordenava. Buscam oferecer a melhor interpretação dos seus textos e discutir a orientação jurisprudencial a respeito. Dadas as peculiaridades, entretanto, da vida jurídica pátria, procuram adaptar as incipientes manifestações doutrinárias alienígenas às realidades nacionais e, destarte, completá-las com considerações de cunho crioulo” (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 141). Aliás, poder-se-ia questionar a inclusão do *Ensaio sobre o direito administrativo*, de URUGUAI, nesta apreciação.

desenvolvimentos mais extensos), valem-se quase exclusivamente de uma análise pessoal e descritiva do direito positivo: leis, decretos, outros atos administrativos e eventuais manifestações do Conselho de Estado.

O pioneirismo doutrinário francês já seria de se supor causa para sua influência sobre os autores brasileiros. Porém, não exclusivamente na França surgiam obras de direito administrativo na época em questão, já tendo sido lembrada a pioneira obra de ROMAGNOSI na Itália.

Outra causa mais abrangente há de ser invocada para a influência francesa sobre o pensamento administrativista brasileiro, a qual também opera como causa anterior para justificar a própria existência de um maior desenvolvimento teórico do direito administrativo na França.

Trata-se de uma causa decorrente da estrutura política do Estado francês e do contexto de ruptura histórica no qual foi ela edificada.

É feliz a síntese que URUGUAI faz a respeito; o trecho é longo, mas vale ser integralmente citado:

“A França foi, em tempos modernos, a primeira das nações latinas que, pela sua estrondosa revolução, inaugurou o sistema constitucional. Não o conquistou pouco a pouco, como a Inglaterra. Não o firmou com lutas seculares em precedentes, recordações e tradições históricas. Destruiu todo o antigo edifício (o que também fizemos); varreu e limpou o terreno, edificou sobre ele outro inteiramente novo, simples, sistemático, reguladas todas as suas proporções pelas teorias mais liberais e filosóficas do tempo. A obra da Assembleia Constituinte francesa durou pouco. Foi substituída pelas bacanais da demagogia. Estas pelo despotismo militar, em cujo seio refugiou-se a França espavorida. Este foi seguido pela Restauração, pelo regime parlamentar e pelo sistema administrativo do Império, desenvolvido e modificado, segundo as ideias e exigências mais ou menos liberais dos tempos.

“O sistema francês, inteiramente diverso do anglo-saxônio, mais ou menos modificado, é o mais simples, mais metódico, mais claro e compreensivo, e o que mais facilmente pode ser adotado por um país que arrasa, de um só golpe, todas as suas antigas instituições, para adotar as constitucionais ou representativas, e isto muito principalmente quando esse país larga as faixas do sistema absoluto e, abrindo pela primeira vez os olhos à luz da liberdade, está mal ou não está de todo preparado para se governar em tudo e por tudo a si mesmo.

“A universidade e clareza da língua francesa, o método sintético e didático de seus livros, a abundância que tem de tratados e resumos elementares, o pouco trabalho que dão a quem se satisfaz com noções superficiais, o seu modo de proceder por generalidades, a falta de cunho especial e original de suas instituições, que por isso se prestam a outros países onde esse cunho especial e original não se dá também, são certamente as causas pelas quais os povos de raça latina que se têm organizado constitucionalmente, têm ido beber na organização francesa bases e desenvolvimento para sua nova organização.”⁶⁶

Em suma, a influência francesa, que já se faz marcante na estruturação do novo Estado constitucional brasileiro – especialmente nos aspectos fundamentais atinentes à separação de poderes, com a previsão da jurisdição administrativa, e à forma de Estado unitária – também é notável na formulação da teoria do direito administrativo no Brasil.

c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores

As obras em relação às quais se tem centrado atenção neste tópico não guardam entre si maior semelhança em termos de forma de apresentação, nem de sequência temática desenvolvida.

⁶⁶ *Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 501-503.

Como observa Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

“Compulsando-se os doutrinadores da época, verifica-se que não há uniformidade no tratamento da matéria, nem mesmo em relação ao seu objeto. A grosso modo, pode-se afirmar que eles se preocupam em distinguir ciência da administração e direito administrativo; tratam de matérias que hoje constituem ramos autônomos, como o direito constitucional e o tributário; tratam também de problemas afetos à teoria do Estado e às finanças públicas. Tratam dos atos administrativos, porém sem as características hoje apontadas.

“Preocupam-se em analisar as relações da Administração (poder administrativo) com os Poderes Legislativo, Judiciário e Moderador.”⁶⁷

Todavia, a partir de uma apreciação geral quanto a elas, pode-se tentar extrair uma visão sintética.

De considerações feitas em passagens anteriores desta Seção, sabe-se que os autores de obras gerais sobre direito administrativo no Império possuíam a consciência de estarem a produzir uma ciência nova e, ao mesmo tempo, de terem de voltar sua atenção para a realidade da administração brasileira.

Realmente, o reflexo dessa postura em termos dos temas desenvolvidos nas obras estudadas leva a que, em linhas gerais, principiemos por uma contextualização da exposição no quadro de um direito administrativo tomado como ciência.

Cuida-se de um momento no qual a noção moderna de ciência – que surgira e que se destacara da antiga noção ampla de filosofia, desde o início do século XVII, primeiro

⁶⁷ “500 anos de direito administrativo brasileiro”, pp. 10-11.

abarcando as ciências da natureza, como física, química, astronomia e biologia⁶⁸ – já se expandira para as chamadas “ciências humanas e sociais”.

Entretanto, cuida-se também de um momento em que a ciência do direito não havia acolhido ainda o positivismo jurídico⁶⁹.

Pode-se até supor, em algumas passagens, um positivismo *avant la lettre*, por exemplo, por parte de RIBAS⁷⁰, ao conceber o direito administrativo em um sentido restrito, ao lado de um sentido amplo.

O restrito é o sentido da “verdadeira disciplina jurídica” que, portanto, “não pode abranger mais do que o estudo de direitos e deveres” que “emanam das relações da administração para com os indivíduos sobre quem exerce a sua ação”.

Já o sentido amplo para RIBAS⁷¹ – que, não sendo o ideal, era o que se via na contingência de adotar para o ensino do direito no Brasil – compreende elementos que não têm uma “substância propriamente jurídica”, como a “organização administrativa e as suas atribuições hierárquicas” e a prática da Administração.

Outros autores, a seu turno, inserem a visão científica ainda no âmbito de um típico jusnaturalismo. RUBINO DE OLIVEIRA⁷² considera haver duas ordens de fundamentos da ciência do direito administrativo brasileiro, como de resto se passa com “qualquer outro ramo do direito positivo”: “a primeira consiste nos princípios imutáveis da justiça, ou do direito natural, sobre os quais se baseia toda a instituição justa e sábia; a segunda, porém, na legislação positiva, nos usos e costumes, na jurisprudência ou prática”. Acrescentando um aspecto religioso, FURTADO DE MENDONÇA⁷³ também aponta a base de direito natural para o direito administrativo e invoca a “Providência” para justificar a inclinação dos homens ao bem e à justiça.

⁶⁸ VILLEY, Michel, *Philosophie du droit*, p. 19.

⁶⁹ Sobre a filosofia positivista em geral no Brasil e o início de sua influência quanto ao pensamento jurídico brasileiro, ver MACHADO NETO, A. L., *História das ideias jurídicas no Brasil*, pp. 43-69.

⁷⁰ *Direito administrativo brasileiro*, pp. 29-31.

⁷¹ *Direito administrativo brasileiro*, pp. 29-31.

⁷² *Epítome de direito administrativo brasileiro*, p. 20.

⁷³ *Excerto de direito administrativo pátrio*, p. 5.

Mesmo URUGUAI⁷⁴, cujo enfoque é antes o de estadista que o de acadêmico, traz em seus capítulos iniciais a invocação do direito natural – que identifica com a filosofia do direito – e a discussão sobre a distinção entre ciência da administração e direito administrativo (com sentido científico, ao lado do sentido de conjunto de leis), bem como a distinção entre direito administrativo e outros ramos do direito.

Vencida essa temática inicial da definição do direito administrativo como ciência⁷⁵, passam os autores a explorar os temas de direito positivo.

Em uma análise global das obras, pode-se concluir que há, de um lado, aspectos descritivos do modo de ser da Administração brasileira conforme o disposto em leis e decretos: com atenção, por exemplo, para a organização administrativa e atribuições das principais autoridades e para o funcionamento do contencioso administrativo⁷⁶.

No entanto, para além dessa postura descritiva, é possível identificar tendência nas obras do período – mais ou menos explícita ou consciente em cada qual – de estruturar sua visão sobre o direito administrativo em dois pilares temáticos básicos: a relação da Administração com os indivíduos e a relação dos poderes estatais entre si.

Isso, por certo, não é obra do acaso. Trata-se, afinal, dos dois temas fundamentais do constitucionalismo contemporâneo – ou seja, do constitucionalismo cujo marco fundador (não o único, mas o simbolicamente mais relevante) é a Revolução Francesa –, explicitados no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”⁷⁷

⁷⁴ *Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 79-96.

⁷⁵ Aliás, RIBAS considera que “as definições acham-se colocadas no pórtico das ciências, como esfinges misteriosas que as resguardam de serem devassadas pela curiosa leviandade que não tem bastante perspicácia e perseverança para decifrar seus enigmas” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 27).

⁷⁶ REGO vai ainda a detalhes de certos campos concretos de ação administrativa, dedicando o tomo II de seu *Elementos de direito administrativo brasileiro* ao estudo pontual de: agricultura, caça, expropriação, minas, pesca, águas, florestas, estradas, aprendizado, patentes, restrições à indústria (monopólios do Estado), domínio nacional, impostos e dívida pública.

⁷⁷ A tradução é de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Direitos humanos fundamentais*, p. 173).

E são temas que evidenciam a referência aos dois macromodelos da *legalidade* e da *justicialidade*, como pautas axiológicas que os autores adotam para a compreensão do Estado de direito brasileiro.

Em primeiro lugar, veja-se a apresentação do tema da *relação da administração com os indivíduos*.

RIBAS⁷⁸, cuja obra, dentre as analisadas, mais diretamente reflete a identificação de temas que se acaba de indicar, divide seu livro em três títulos: “Da ciência do direito administrativo”, “Da administração” e “Dos administrados”.

O autor, que, recorde-se, já apresentara o direito administrativo em sentido restrito explicitando o reconhecimento de direitos dos administrados, classifica os administrados em três grupos, que gozam de distintos direitos: nacionais, estrangeiros e escravos⁷⁹.

Esses direitos, por sua vez, podem ser de quatro ordens: “individuais ou fundamentais”⁸⁰, “privados ou civis em sentido estrito”, “administrativos” e “políticos”.

Os administrativos, que seriam também civis em sentido amplo, “nascem das relações da administração com os administrados, ou destes entre si em vista do interesse público”, constituindo o “objeto peculiar do Direito Administrativo”⁸¹. E segue sua obra analisando os tipos de direitos aplicáveis a cada grupo de administrados.

Linha semelhante de perspectiva e de exposição (explorando diferenças de regimes entre nacionais e estrangeiros) é encontrada em RUBINO DE OLIVEIRA, que, de início manifesta sua definição do direito (em geral) tomando por referência a liberdade: “[direito é] regra da liberdade para o justo desenvolvimento da atividade humana no meio social”⁸². E, mais adiante, dedica uma parte da obra aos “administrados”:

⁷⁸ *Direito administrativo brasileiro*.

⁷⁹ RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, p. 161.

⁸⁰ Basicamente: liberdade, igualdade, segurança e propriedade – “que se denominam individuais, por que são oriundos da razão individualizada, e fundamentais, porque são as bases sobre que se firmam todos os que constituem a vida individual e social do homem” (RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, p. 161).

⁸¹ RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, p. 162.

⁸² *Epítome de direito administrativo brasileiro*, p. 22.

“[...] a coexistência de homens sujeitos às mesmas leis, ao mesmo governo, em uma sociedade politicamente constituída, é, como temos feito observar, a fonte de todas as relações geradoras de direitos e deveres recíprocos entre ela e os indivíduos, que habitam o seu território.”⁸³

Para ele a administração deve realizar e tornar exequíveis os direitos e deveres existentes entre ela e os administrados, sendo encarregada dos “serviços necessários à conservação, desenvolvimento e bem-estar dos habitantes”⁸⁴.

Também VEIGA CABRAL – é certo que em passagem voltada a marcar elogio ao governo imperial – explicita perspectiva que enfatiza o Estado de direito liberal, ou seja, a submissão dos governantes e administradores ao direito, com a finalidade de se evitar o arbítrio e, enfim, garantir-se a liberdade:

“[...] o decreto n. 608 de 16 de agosto de 1851 criando a cadeira de Direito Administrativo em cada uma das Faculdades de Direito do Império é digno do governo, que apoiado nas leis mandou ensinar nas Academias de Direito aquelas que restringem, ou limitam o seu poder; ao jurisconsulto pertence colocar a administração em frente do Direito, e demonstrar quais os meios protetores contra os abusos, e quais as regras para fazer triunfar o regime equitativo contra o arbitrário, e estabelecer a segurança nas relações dos cidadãos com o Estado, no que a administração ganha em respeito o que perde em autoridade.”⁸⁵

Já o *Ensaio sobre o direito administrativo*, de URUGUAI, estrutura-se em torno da análise da separação dos poderes e dos instrumentos pelo quais especialmente o

⁸³ *Epítome de direito administrativo brasileiro*, p. 195.

⁸⁴ RUBINO DE OLIVEIRA, *Epítome de direito administrativo brasileiro*, p. 196.

⁸⁵ *Direito administrativo brasileiro*, p. VII. Na obra de VEIGA CABRAL ganham tópicos específicos temas como garantias de direitos individuais, especialmente políticos, deveres profissionais e “instituições com o fim do progresso intelectual e moral”, inclusive a “necessidade da fundação da Universidade Brasileira”; além de temas ligados a atividades e serviços da Administração: mineração, obras públicas e desapropriação, estradas de ferro, navegação, correios e telégrafos.

Executivo desenvolve suas funções. A perspectiva de defesa da liberdade individual permeia a obra, mas não configura o elemento organizador de seu pensamento.

É certo, por outro lado, que URUGUAI mesmo aponta que seu *Ensaio sobre o direito administrativo* seria apenas uma primeira parte da obra que gostaria de produzir. Ocorre que, mais adiante, quando publica os *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil* esclarece:

“Quando publiquei em 1862 o meu Ensaio sobre o Direito Administrativo, com referência ao estado e instituições peculiares do Brasil, exprimi a intenção que então tinha de fazê-lo seguir por outro trabalho que contivesse a dupla vantagem: 1º, de conter a exposição positiva e metódica, a mais completa que me fosse possível, de toda a nossa legislação administrativa, de modo que pudesse servir de guia aos que se ocupam da administração; 2º, de compreender, separadamente do texto, observações que indicassem e demonstrassem os defeitos e lacunas daquela legislação, e os melhoramentos e reformas que me parecem convenientes.”⁸⁶

Contudo, por alegadas razões de saúde, acaba por publicar apenas estudos práticos sobre a administração das Províncias no Brasil, incluindo estudos sobre o Ato Adicional, as presidências de Províncias, as municipalidades e paróquias de Província.

Nessa última obra, em que principalmente discute o tema da centralização e da descentralização, em meio à análise do Ato Adicional, dá, por exemplo, elementos que permitem aproximar-se de seu pensamento quanto às liberdades. Criticando o sentido do Ato Adicional “liberal”, que buscou dar poder às Províncias, em detrimento do poder central e do poder municipal, afirma: “O ato adicional matou, como veremos, as liberdades municipais. Que liberalismo! Que progresso!”. E, mais adiante:

“Liberdade política provincial! O que é liberdade política provincial? Em que difere liberdade política de uma Província da

⁸⁶ *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, t. I, p. III.

outra? A Província não é uma divisão política, mas administrativa. E as liberdades municipais, onde estão elas entre nós? O ato adicional matou-as. Entretanto nenhum povo pode ser livre sem instituições livres municipais. Que o digam a Inglaterra e os Estados Unidos.”⁸⁷

Por outro lado, sem negar o pressuposto liberal, FURTADO DE MENDONÇA parece adotar linha diversa, prenunciando tendência que destaca como centro metodológico do direito administrativo não a liberdade do indivíduo, mas o interesse público, vindo, no caso, como natural a flexibilidade que juízes (do contencioso administrativo) dependentes do próprio governo tenham quanto à aplicação das leis administrativas, para conciliar pretensões com o interesse público.

Isso resta claro quando, para distinguir o direito administrativo do civil, e, conseqüentemente as respectivas jurisdições, aponta quatro critérios: a) quanto à base, as leis civis fundamentam-se na justiça universal e preexistem aos códigos, enquanto as leis administrativas fundamentam-se em equidade em razão de elementos variáveis, são positivas e, portanto, arbitrárias⁸⁸; b) quanto ao objeto, o direito civil cuida de matérias de interesse privado – “o interesse individual é seu domínio” –, enquanto o administrativo, do interesse público – “o interesse geral é seu domínio” –; c) quanto aos fins, o direito civil “procura mediatamente o bem geral no particular”, enquanto as leis administrativas “promovem imediatamente a felicidade comum”; e d) quanto aos meios, as leis civis lidam com regras positivas de justiça, com direitos rigorosos e absolutos, devendo ser aplicadas por magistrados independentes e perpétuos, enquanto as leis administrativas “dobram-se aos desejos da equidade, pesam e conciliam pretensões de ordens diversas,

⁸⁷ *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, t. I, p. XI. A última frase citada, aliás, faz bem lembrar TOCQUEVILLE: “É bem no município que reside a força dos povos livres. As instituições municipais estão para a liberdade assim como as escolas primárias estão para a ciência; elas restam ao alcance do povo; elas lhe propiciam experimentar seu uso sereno e lhe habitua a delas se servir. Sem instituições municipais, uma nação pode se dar um governo livre, mas ela não tem o espírito da liberdade” (no original: “*C’est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l’usage paisible et l’habituent à s’en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n’a pas l’esprit de la liberté*”) (*De la Démocratie en Amérique*, p. 123).

⁸⁸ No sentido de dependerem da vontade do legislador positivo.

em grande parte emanam do próprio poder que geralmente cuida da observância de suas disposições por magistrados em geral amovíveis”⁸⁹.

Veja-se agora o segundo tema a examinar: *relação dos poderes estatais entre si*.

Em termos de volume, esse segundo grande eixo temático estruturante é mais presente nas obras dos administrativistas do Império do que o tema dos direitos individuais.

Isso é mesmo de se compreender como natural. O contexto histórico no Brasil de então era antes o de se construir um novo Estado, após um processo de independência, do que o de se edificar um novo sistema de proteção dos indivíduos contra arbitrariedades de regime autoritário derrubado do poder.

Dentro da questão da organização dos poderes, não merecia muita discussão, senão constatação, a separação tal como constitucionalmente posta. Dispunha o art. 10 da Constituição de 1824: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

Contudo, em certos autores, nota-se uma tendência de formular doutrina, apresentando em primeiro lugar o que seria uma separação ideal – dois Poderes: o que “ordena” e o que “aplica”, respectivamente, o Legislativo e o Executivo –, adaptando depois a explicação à realidade brasileira⁹⁰.

Por ser uma peculiaridade nacional, o Poder Moderador era mencionado em todas as obras. Porém, como justifica URUGUAI, “o assunto do poder Moderador não é por certo administrativo, mas sim político” – o que, no seu caso, dado o tom mais político da obra, não o impede de pedir licença ao leitor para desenvolver a polêmica política sobre essa “questão de atualidade”⁹¹.

⁸⁹ FURTADO DE MENDONÇA, *Excerto de direito administrativo pátrio*, p. 20.

⁹⁰ Ver RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 50-52; REGO, *Elementos de direito administrativo brasileiro*, p. 2; e RUBINO DE OLIVEIRA, *Epítome de direito administrativo brasileiro*, pp. 23-28. As expressões “que ordena” e “que aplica” são de REGO.

⁹¹ *Ensaio sobre o direito administrativo*, p. 306 (o tema é desenvolvido por mais de 100 páginas). Segundo Pedro DUTRA, a “questão do Poder Moderador avassalou a literatura constitucional do Império, impondo-se como tema central aos autores da época o exame das prerrogativas do Estado, em lugar do estudo

No entanto, os dois temas que, aos olhos de um leitor atual, mais soam típicos da análise teórica do direito administrativo do Império quanto à organização dos poderes são a) (no aspecto de organização funcional) a estruturação da jurisdição, isto é, a questão da jurisdição administrativa, e b) (no aspecto organização territorial) a centralização da Administração, no contexto de um Estado unitário.

É sobre eles que os autores, no mais das vezes, ultrapassam a descrição da realidade do direito positivo brasileiro, buscando, em uma formulação propícia à formação de teoria, extrair do direito positivo um conhecimento organizado, que chegue a elementos gerais, abstratamente apreendidos, propensos à comparação com outros direitos e eventualmente a influenciar o próprio modo de ser do direito pátrio.

Procuram, por exemplo, investigar como se dá em outros países a estruturação da jurisdição, emitem opiniões de política legislativa e procedem a classificações – funções administrativas consultivas e ativas; estas últimas (as ativas) sendo espontâneas ou jurisdicionais; e estas (jurisdicionais), a seu turno, gratuitas e contenciosas⁹².

afirmativo dos direitos do cidadão, cujos princípios já haviam sido proclamados pelas revoluções americana e francesa” (*Literatura jurídica no Império*, p. 103).

⁹² RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 77 e segs.; URUGUAI, *Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 131 e segs..

Cite-se o seguinte trecho de RIBAS, revelador até mesmo de uma polêmica entre autores, quanto à compreensão do texto constitucional, polêmica essa que ele propõe resolver com argumentos tipicamente doutrinários. O ponto seria qual a autoridade com atribuição para dar a palavra final em recursos contra julgamentos do contencioso administrativo. Explique-se: o contencioso administrativo é visto pelos autores da época como parte da jurisdição administrativa, que também comportaria o aspecto gratuito, este, referindo-se a interesses, aquele, a direitos. Essa noção de jurisdição contenciosa e gratuita também é aplicável à jurisdição judiciária (RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, p. 98). Eis o trecho:

“Mas a quem deverá ser dada a atribuição de conhecer destes recursos? É manifesto que não poderá sê-lo ao próprio administrador de quem se recorre, cujo juízo está prevenido e que naturalmente persistirá pela maior parte das vezes no juízo que uma vez proferiu.

“Entendem alguns que esta atribuição não pode caber em vista de nossa lei fundamental senão ao poder judicial, e que só este oferece as necessárias seguranças de imparcialidade e de acerto. Mas nenhum artigo encontramos na Constituição donde se possa deduzir semelhante doutrina.

“Pelo contrário, no art. 151 ela determina que o poder judicial será composto de juizes e jurados, que terão lugar no *civil* como no *crime*; a competência deste poder acha-se pois limitada ao civil e ao crime, e dela excluído o administrativo.

“Demais, quando tão explícita não fosse a Constituição, assaz seria a distinção fundamental que a ciência faz entre a esfera de ação do poder judicial e a da administração; e sempre deverá ela ser interpretada de acordo com os princípios da ciência” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 113).

O mesmo se diga quanto à análise do tema da centralização, “motivo principal da obra teórica do Visconde do Uruguai”, nas palavras de Pedro DUTRA⁹³.

Entretanto, aspectos fundamentais da discussão atual, decorrentes do tema da relação dos poderes estatais entre si – como os diversos sentidos da legalidade, a sua relação com a constitucionalidade, os limites do poder normativo da administração, o controle do poder discricionário – não são típicos da produção de índole teórica do Império.

Com o advento da República, a organização da jurisdição e a centralização administrativa mudarão sensivelmente quanto ao tratamento do direito positivo e, por isso mesmo, continuarão pautando, dentro do eixo temático da relação dos poderes estatais entre si (ao lado do eixo relação com os indivíduos), a formação da teoria do direito administrativo no Brasil.

20. Primeira República: observações preliminares.

Com a proclamação da República, em 1889, operaram-se mudanças fundamentais na organização jurídico-institucional do Estado brasileiro – além da evidente alteração da

⁹³ *Literatura jurídica no Império*, p. 110.

Exemplifique-se, a propósito, com conhecida postura de URUGUAI de defesa da centralização, circunstancialmente, no caso brasileiro:

“A maior ou menor centralização ou descentralização depende muito das circunstâncias do país, da educação, hábitos e caráter nacionais, e não somente da legislação. Uma nação acostumada por muito tempo ao gozo prático de certas liberdades locais; afeita a respeitar as suas leis e os direitos de cada um; que adquiriu com a educação e o tempo aquele senso prático que é indispensável para tratar os negócios; que tem a fortuna de possuir aquela unidade, mais profunda e mais poderosa, que a que dá a simples centralização das instituições, a saber a que resulta da semelhança dos elementos sociais; essa nação pode sem inconveniente dispensar em maior número de negócios a centralização. Estas breves considerações explicam por que a descentralização na Inglaterra e nos Estados Unidos não produz os inconvenientes que, levada ao mesmo ponto, infalivelmente produziria em outros países.

“É certo que o poder central administra melhor as localidades quando estas são ignorantes e semibárbaras e aquele ilustrado; quando aquele é ativo e estas inertes; e quando as mesmas localidades se acham divididas por paixões e parcialidades odiantas, que tornam impossível uma administração justa e regular. Então a ação do poder central, que está mais alto e mais longe, que tem mais pejo e é mais imparcial, oferece mais garantias.

“As condições topográficas de um país; a dispersão ou concentração da sua população; as divisões territoriais; a sua extensão; a facilidade ou dificuldade das comunicações; o maior ou menor número de homens habilitados para a gerência dos negócios nas localidades; a maior confiança que, em geral, podem inspirar; a maior ou menos harmonia entre os interesses econômicos das diversas frações do território, são circunstâncias de alto valor, que muito cumpre consultar e atender para a maior ou menor centralização” (*Ensaio sobre o direito administrativo*, pp. 437-438).

Sobre a célebre polêmica travada entre URUGUAI e TAVARES BASTOS em torno do tema da centralização, ver FERREIRA, Gabriela Nunes, *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde de Uruguai*.

forma de governo –, mudanças essas sistematizadas no plano constitucional em 1891, com a edição de nova Constituição.

Tais mudanças podem ser aglutinadas em dois pontos centrais: a descentralização federativa e a concentração da função jurisdicional no poder judiciário.

De um lado, tratava-se de atender a antigo anseio de certas lideranças políticas e econômicas, situadas em distintas localidades do País, por maior autonomia regional na gestão do direito e do Estado⁹⁴.

De outro, cuidava-se de eliminar a justiça administrativa, por ser a parte da estrutura do poder estatal mais fisiologicamente integrada ao Poder Moderador (e, portanto, ao poder do próprio Imperador⁹⁵), transferindo-se a função jurisdicional para os tribunais judiciários.

Assim, reorganizaram-se as instituições jurídico-estatais a partir dos elementos: presidencialismo, federação, unicidade de jurisdição (incluindo o controle difuso de constitucionalidade das leis).

⁹⁴ “De um certo modo, a contestação dos liberais, que constituiu quase sempre um brado contra a centralização, representou também uma crescente acusação à Monarquia. E estas duas ideias, centralismo e Monarquia, passaram a ser combatidas juntas, a partir de certo tempo. Com algumas exceções, pedir a República significou pedir Federação” (SALDANHA, Nelson, *O pensamento político no Brasil*, p. 94). Eis, a propósito, emblemático depoimento pessoal de Ruy BARBOSA: “Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quanto a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à federação” (*Obras Completas*, v. 17, t. 1, 1890, p.148). Diz-se emblemático por ser Ruy BARBOSA talvez o exemplo de jurista (e estadista) que melhor ilustre o pensamento republicano concretizado no Brasil. Como registra Josaphat MARINHO, Ruy BARBOSA atuou pessoalmente na concepção do Decreto do Congresso Constituinte e no projeto de Constituição proposto pelo governo, a ponto de tê-los redigido de próprio punho em suas versões finais: a do primeiro, publicada; a do segundo, submetida ao exame da representação nacional (“Análise da Constituição de 1891”, p. 57).

⁹⁵ “O Conselho de Estado consultava o Imperador quando este, ou um ministro de Estado, tivesse que arbitrar conflitos segundo regras. Nesses termos, o Conselho de fato opinava nos casos cotidianos em que o Moderador devesse ser exercido, e não apenas nas aparentemente grandes questões – como a dissolução da Assembleia. Opinava naquelas que envolviam, por exemplo, a separação das esferas administrativa e judiciária em inumeráveis casos; também interferia nos casos em que os poderes locais, isto é, das Assembleias Provinciais, invadiam os poderes da Assembleia Geral. Opinava em questões jurídicas, isto é, questões cuja resposta dependia da aplicação imediata de uma norma jurídica preexistente (constitucional ou legal que fosse). Não se tratava de juízos de conveniência. Um bom exemplo era a tarefa de o Conselho rever anualmente a legislação provincial, para mantê-la dentro dos limites constitucionais” (LOPES, José Reinaldo de Lima, *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*”, pp. 115-116).

Plasmados no texto constitucional, esses elementos, na visão de Nelson SALDANHA, propiciavam uma coesão sistemática maior do que aquela encontrada na Constituição imperial:

“E, ao contrário da Carta imperial, a Constituição de 1891 trazia uma unidade interna maior. Enquanto aquela tinha conjugado o ‘princípio’ monárquico com os postulados liberais da separação de poderes e das garantias individuais, revelando inclinações díspares e ensejando interpretações contrastantes, o texto republicano abrigava uma coerência bem mais sólida. O federalismo e o presidencialismo se casavam bem, e não era por acaso que ambos se encontravam no grande modelo, a Constituição dos Estados Unidos; o papel do Supremo Tribunal, também fundamentalmente calcado neste modelo, completava (quase como um outro Moderador, em nova dimensão) a estruturação dos poderes.”⁹⁶

Dois aspectos desse trecho citado comportam ainda breves comentários.

O primeiro é que a notória influência norte-americana sobre as concepções brasileiras republicanas de presidencialismo, federação e jurisdição não impediu que, no entanto, o direito administrativo brasileiro seguisse inspirado por conceitos e pelo modo de ser do direito francês⁹⁷.

O segundo é que o mesmo adjetivo “liberal” – a marcar certos postulados da Constituição imperial, bem como a marcar as linhas gerais do pensamento republicano, em que pese evidencie uma matriz ideológica comum – possui significados diversos em termos de

⁹⁶ *O pensamento político no Brasil*, p. 107. O mesmo autor nota, na sequência, que “a geração dos constituintes [da Constituição de 1891] testemunhava a entrada dos publicistas norte-americanos nas leituras políticas brasileiras”.

Há, de todo modo, leituras críticas dessa opção. Registre, por exemplo, a posição de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, que considera a adoção de um sistema, à moda norte-americana, de jurisdições federal e estadual diferenciadas, num “regime jurídico incipiente”, um “exotismo político” que poderia atentar contra a natureza nacional (*História breve do constitucionalismo no Brasil*, p. 26).

⁹⁷ José Reinaldo de Lima LOPES refere-se a uma “combinação única no direito público brasileiro” e lembra haver no Brasil de então uma “cultura saturada de familiaridade com as instituições europeias: o direito administrativo inspirava-se na França; o direito civil de longa data inspirava-se nos alemães” (*O direito na história*, pp. 350-351). Vislumbrando o mesmo momento, Ruy CIRNE LIMA vale-se da expressão “exotismo, mais político do que jurídico”.

postura política e social: o liberalismo da República tinha como “pressuposto sociológico” a “ascensão da burguesia urbana” e como “modelos intelectuais as obras dos pensadores da Europa evolucionista e positivista”; também o liberalismo da República importava postura de “estar com o governo” (enquanto ao tempo do Império, ser liberal “era divergir”)⁹⁸.

De todo modo, o liberalismo da Constituição 1891 refletia “o desinteresse da Primeira República pelos problemas sociais”, o que iria catalisar a confluência, na Revolução de 1930, de “correntes das mais variadas que tinham apenas em comum o propósito de reagir contra uma situação existente, de rebelar-se contra o *status quo*”⁹⁹.

No plano do ensino do direito administrativo, pode-se supor que um Estado de feições liberais, tal como o instaurado com a Primeira República, tenda a induzir desenvolvimentos mais modestos¹⁰⁰.

Como observa Miguel REALE:

“Os estudos de Direito Administrativo, nos primórdios da República, tiveram caráter predominantemente exegético, como era de se esperar de um Estado com reduzidas funções no plano econômico-social.”¹⁰¹

Ainda assim, o simples fato de se estar a construir novo regime político-constitucional, reformando-se as estruturas administrativas, poderia ensejar algum movimento no direito administrativo.

No entanto, como mostra Ruy CIRNE LIMA, se a administração brasileira adquire sentido novo – “flexibiliza-se, expande-se, move-se, vive” –, de modo contrastante “nossos doutores” mostram-se “tardos em classificar-lhe os progressos sob a rubrica do

⁹⁸ SALDANHA, Nelson, *O pensamento político no Brasil*, p. 99.

⁹⁹ VENÂNCIO FILHO, Alberto, “Análise da Constituição de 1934”, pp. 84-85.

¹⁰⁰ Aliás, para a análise histórica da crítica então corrente sobre a qualidade do ensino jurídico em geral, no Brasil, ver VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das arcadas ao bacharelismo*, pp. 221-269.

¹⁰¹ *100 anos de ciência do direito no Brasil*, p. 16.

Direito Administrativo”: “Escassa ou nenhuma é a atenção concedida a esse ramo do direito, como disciplina autônoma e sistematicamente organizada”¹⁰².

Uma crítica – compreenda-se – mais voltada à omissão de muitos do que à iniciativa de poucos.

Aprofunde-se a análise, verificando-se as obras gerais do período.

21. Primeira República: obras gerais.

Destacam-se, nesse período, como obras gerais, as de Augusto Olímpio VIVEIROS DE CASTRO, Alcides CRUZ, Manuel Porfírio de OLIVEIRA SANTOS, Carlos PORTO CARREIRO e Aarão REIS ¹⁰³.

Eis uma apreciação individualizada cada uma dessas obras oferecida por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO:

“Esta última [a obra de Aarão REIS] foi escrita com o objetivo de divulgar entre os alunos da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, onde era professor, a legislação administrativa que interessa aos engenheiros, informando-a de elementares princípios doutrinários.

“Já, os livros de Porto Carreiro e Oliveira Santos têm a forma de preleções ministradas na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, em que se mesclam, por vezes, assuntos de Política da Administração, de Sociologia e Economia. Pertencem à Escola Histórico-Política. O primeiro citado é de maior valor que o do último.

“Precusores da Escola Técnico-Jurídica foram Viveiros de Castro e Alcides Cruz. O trabalho deste, embora mais resumido que o

¹⁰² *Princípios de direito administrativo*, p. 64.

¹⁰³ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 143; CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de direito administrativo*, p. 96.

daquele no desenvolvimento da matéria, lhe é, entretanto, superior, pela segurança dos conceitos, pela sistematização adequada dos princípios; ao contrário do outro, sem método, com excessiva citação de opiniões alheias e com omissão da sua, faz com que a obra deixe de ter unidade de pensamento. Contudo, em ambos se nota a predominância dos ensinamentos de Orlando e Barthélemy.”¹⁰⁴

Prossiga-se, agora, com a mesma grade de análise aplicada às obras do Império.

a) as funções mais relevantes das obras

No caso das obras do Império, destacaram-se três pontos a respeito das funções mais relevantes das obras: a consciência geral dos autores de estarem a inaugurar um ramo da ciência do direito no Brasil; o objetivo imediato de que as obras servissem de base aos cursos que ministravam nas faculdades (com a exceção de Visconde do URUGUAI); e a produção de considerações propensas a alimentar a formação da teoria.

Ao tempo da Primeira República, o primeiro e o terceiro desses pontos perdem nitidez, como já se poderia intuir a partir das observações de REALE e CIRNE LIMA acima citadas.

A geração que produz suas obras nas primeiras três décadas do século XX naturalmente já tem por referência a obra fundadora dos administrativistas do século anterior.

Não se trata mais, portanto, da inauguração de um ramo da ciência jurídica no País; mas sim de consolidação dessa ciência, adaptando-a às instituições republicanas.

Nas palavras de Alcides CRUZ, “na literatura jurídica do país, jamais esse ramo do Direito atravessou tão assinalada crise como nos últimos tempos, por efeito da extinção do regime monárquico”¹⁰⁵. Anota ainda que as ilustres obras produzidas ao tempo do

¹⁰⁴ *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 143-144.

¹⁰⁵ *Direito administrativo brasileiro*, p. 7.

Império já haviam perdido “todo alcance quer teórico quer prático”, datando a mais recente delas de mais de quarenta anos¹⁰⁶.

Mas poucas, como visto, são as obras que vêm em socorro dessa carência. Duas – a de Alcides CRUZ e a de Augusto Olympio VIVEIROS DE CASTRO – destacam-se com uma maior preocupação, autorreferente, de fazer ciência jurídica.

VIVEIROS DE CASTRO propõe desde a introdução de seu livro uma determinada problematização da atitude científica quanto ao direito administrativo: não mais afirmar sua existência, mas distingui-lo, como ciência jurídica, da ciência da administração, enquanto “conteúdo social da administração” (na expressão que empresta de ORLANDO)¹⁰⁷. Entretanto, o autor cuida de ambos, intitulando sua obra como *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*.

Para VIVEIROS DE CASTRO, o direito administrativo – como ciência jurídica – não deixa de ter um sentido finalístico prático:

“Por seu lado, o Direito Administrativo, cientificamente considerado e, portanto, obrigado a verificar a razão das leis, tem de entrar na pesquisa das condições econômicas e sociais que inspiraram e geraram os diferentes institutos administrativos, tendo por escopo o ideal aperfeiçoamento dos mesmos.”¹⁰⁸

Ainda assim, o autor, distinguindo direito administrativo e ciência da administração, tende a ver mais utilidade nesta última:

“Em vez de um conjunto de regras áridas e enfadonhas que explicavam o movimento da pesada organização burocrática, há uma *ciência administrativa*, cujos importantes problemas são da maior utilidade na vida prática.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 8.

¹⁰⁷ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, pp. XVII e XVIII.

¹⁰⁸ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. XVII.

¹⁰⁹ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. XX.

Para PORTO CARREIRO¹¹⁰, a distinção está em o direito administrativo “apreciar relações jurídicas que resultam da atividade específica do Estado”, enquanto a ciência da administração tem “feição técnica e prática dos objetos relativos à administração”.

Quanto a esse ponto, Aarão REIS¹¹¹, diferentemente, critica a tentativa de se separarem, como ciências concretas distintas, as “regras gerais de administração”, em relação ao direito administrativo, que leva certos autores a uma dificuldade artificial de traçar limites entre elas.

Já Alcides CRUZ, em sua obra, propõe-se a

“[...] deduzir algumas regras jurídicas das várias disposições esparsas da desordenada legislação pátria, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas, para desse modo metodizar o que fosse possível, à guisa de uma modesta exposição elementar.”¹¹²

Vê-se, portanto, a produção desses autores revestir-se, de fato, de um viés mais exegético, a reduzir a sua relevância como fontes de teoria do direito administrativo conscientemente produzida – o que não significa que nelas não se possa vislumbrar uma certa parcela de função teórica, como definida de início nesta tese.

Mais peso de construção teórica, todavia, encontra-se na parte da maioria dessas obras destinada a esclarecer as mudanças sofridas pelo Estado brasileiro com a adoção da forma republicana, especialmente a federação.

Tais partes, porém, tendem ao que mais comumente seria dito direito constitucional ou teoria do Estado. Aarão REIS, por exemplo, dedica o “Livro I” de sua obra expressamente

¹¹⁰ *Lições de direito administrativo*, pp. 87-88.

¹¹¹ *Direito administrativo brasileiro*, pp. 119-120.

¹¹² *Direito administrativo brasileiro*, p. 7.

ao “Direito constitucional”¹¹³; VIVEIROS DE CASTRO¹¹⁴ e PORTO CARREIRO¹¹⁵ têm em seus capítulos iniciais temas como definição do Estado e sua evolução histórica, federalismo e o Estado federal brasileiro.

Quanto ao aspecto de servirem como base para cursos acadêmicos, assim como se passava com as obras relativas ao Império, ele está presente na maioria das obras ora em questão¹¹⁶.

Alcides CRUZ, lente catedrático da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, modestamente restringe o público alvo de sua obra à “juventude que frequenta as faculdades de ensino jurídico”¹¹⁷ e acrescenta que “juristas, políticos e administradores escassamente aprenderão nesta obra elementar”¹¹⁸.

As demais obras do período têm predominantemente o sentido de lições práticas, seja aos estudantes, seja a certos profissionais que lidam com o direito administrativo.

No caso das *Lições de Direito Administrativo* de PORTO CARREIRO, o subtítulo indica tratar-se de “resumo estenográfico das aulas professadas pelo Dr. Carlos Porto Carreiro na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro”, sob os cuidados de “um aluno”, mediante autorização e revisão do professor.

Já Aarão REIS, que foi engenheiro e professor da Escola Politécnica da Universidade do Rio de Janeiro¹¹⁹, escreve uma obra voltada aos seus alunos do curso de engenharia, mas

¹¹³ *Direito administrativo brasileiro*, pp. 34-108.

¹¹⁴ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*.

¹¹⁵ *Lições de direito administrativo*.

¹¹⁶ Não tão explícito na de VIVEIROS DE CASTRO, que a apresenta como um “trabalho de divulgação” “útil aos que, precisando conhecer o Direito Administrativo e a Ciência da Administração, não têm tempo disponível para consultar numerosos expositores”, cujas lições de modo deliberado procura “transladar fielmente” (*Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. XXI). O autor, todavia, foi lente catedrático da antiga Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro (havendo lecionado as cadeiras de direito civil, administrativo e internacional), antes de ser ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁷ “[...] e se a ela servir, de pouco que seja, terei justificado o orgulho que acaso possa ostentar; porque o ser útil à mocidade estudiosa é a maior satisfação a que pode aspirar um obscuro expositor” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 8).

¹¹⁸ *Direito administrativo brasileiro*, p. 9. No entanto, acompanhando aqui a já citada apreciação de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, talvez seja a de Alcides CRUZ a obra do período que possua mais virtudes científicas na visão do direito administrativo.

¹¹⁹ Autor de diversas obras de engenharia e matemática, deputado federal, ocupante de vários cargos de direção na administração pública, líder (como engenheiro e urbanista) da construção de Belo Horizonte.

que não deixou de receber elogios de Clóvis BEVILÁQUA: referindo-se ao “livro dum eminente engenheiro”, nele vê não apenas “um compêndio de direito administrativo brasileiro para engenheiros somente”, mas um excelente trabalho “que a todos aproveitará, e que, entre as suas vantagens didáticas, oferece, também, a de acentuar a aproximação entre as ciências que estudam a sociedade e as que estudam as leis mais gerais do universo”¹²⁰.

b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam

Em uma apreciação resumida das principais fontes de informação das obras ora estudadas, pode-se indicar como a principal delas a doutrina estrangeira.

Há referências à legislação brasileira, ainda incipiente e esparsa, tratando sobretudo de temas afetos à dinâmica interna da administração. Também há citação de normas regulamentares, disciplinadoras da ação administrativa em diversos serviços e de decisões do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, além do Tribunal de Contas.

Mas não é a legislação nem a jurisprudência que balizam os caminhos seguidos pelo pensamento dos autores. A sensação é de que entram no texto mais como ilustração ou reforço de alguma ideia previamente afirmada. É certo que, em partes mais descritivas de detalhes da ação ou da organização administrativa, a legislação aparece de modo mais intenso.

Todavia, o fio condutor das ideias parece estar previamente estabelecido na mente dos autores por influência de ideias trazidas da doutrina estrangeira, cujas construções são tratadas como argumento de autoridade.

Nesse passo, a principal referência é a autores franceses e italianos, seguidos de norte-americanos. Eventualmente, quando se trata de uma abordagem histórica, citam-se os administrativistas do Império¹²¹.

¹²⁰ A carta de Clóvis BEVILÁQUA está inserida na publicação: *Direito administrativo brasileiro*, p. XV.

¹²¹ Numa relação bibliográfica que contém 63 obras, Alcides CRUZ cita 24 francesas, 13 italianas, 11 brasileiras e 10 norte-americanas. Também VIVEIROS DE CASTRO, citando 80 autores em sua bibliografia, apresenta proporções semelhantes. Ainda assim, a leitura do texto indica a ser a base mais constante de argumentação a doutrina de alguns autores franceses e italianos.

Verificando, agora, não as fontes dos autores em suas obras, mas as fontes que os autores entendem ser as do direito administrativo, encontra-se em VIVEIROS DE CASTRO (depois de citar diversas opiniões de juristas estrangeiros) a indicação, nesta ordem, de: Constituição Federal; leis e decretos legislativos; decretos e outros atos do Presidente da República; atos de Ministros de Estado; em caráter de “direito supletório” o costume e os princípios gerais do direito; e, por fim, com caráter de “precedente”, a jurisprudência administrativa, especialmente do Tribunal de Contas¹²².

Já Alcides CRUZ apresenta o seguinte rol, também em uma ordem de precedência: a) a Constituição da República; b) a legislação; c) decretos regulamentares e outros regulamentos; d) atos infraregulamentares expedidos por ministérios; e) princípios gerais de direito público e os de direito privado aplicáveis ao direito administrativo; f) jurisprudência administrativa nacional especialmente do Tribunal de Contas; g) a jurisprudência “norte-americana, *ex-vi* do dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890, art. 387”¹²³; h) o costume ou praxe seguida nos negócios públicos; i) “a doutrina e a jurisprudência estrangeiras na falta de disposições no direito pátrio”¹²⁴.

Chame-se atenção para três pontos a partir dessas indicações:

Em primeiro lugar, ambos os autores referem-se à jurisprudência administrativa. Poder-se-ia supor que incluíssem no sentido dessa expressão a jurisprudência dos tribunais judiciais em matéria administrativa. Todavia, Alcides CRUZ explica: “[...] a jurisprudência administrativa formada pelas decisões das autoridades administrativas [...]”. Curioso, pois, notar tanto o resquício de tratamento dessas decisões como “jurisdição” quanto a ausência de menção à jurisprudência judicial, ainda mais quando o próprio CRUZ menciona, na sequência, a jurisprudência estrangeira, sem adjetivar como “administrativa”.

¹²² *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. 111.

¹²³ Há erro na citação: o número correto do artigo é 386.

¹²⁴ *Direito administrativo brasileiro*, p. 27.

Também CRUZ esclarece que na menção à jurisprudência administrativa como fonte incluem-se decisões das instituições do tempo do Império – em especial do Conselho de Estado – que não sejam contrárias ao regime republicano.

Em segundo lugar, a indicação, por CRUZ, da doutrina estrangeira, como fonte, na falta de disposições do direito pátrio. Mas não da brasileira. Esse ponto, porém, não é comentado pelo autor.

Em terceiro lugar, a menção à jurisprudência norte-americana. Realmente, o citado Decreto n. 848, de 1890, dá base para tal afirmação.

Cuida-se de Decreto do governo provisório, ao tempo do governo do Marechal Deodoro, editado para complementar o disposto no Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890 – Constituição provisória da República –, visando a dar organização à Justiça Federal, inclusive dispendo sobre o Supremo Tribunal Federal.

O art. 386 do Decreto 848/90 assim previa:

“Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto.

“Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

Trata-se, pois, de veemente elemento a indicar a opção pelo direito norte-americano como inspiração para a edificação da República do Brasil; e a instigar, em outra sede que não esta tese, uma pesquisa histórica sobre a efetiva aplicação de normas estrangeiras como subsídios para as decisões da justiça brasileira em matéria processual.

c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores

Comentou-se, ao se analisarem as obras do Império, que os temas tratados pelos autores de então poderiam, em linhas gerais, ser organizados sob as rubricas *relação da administração com os indivíduos e relação dos poderes entre si*.

No caso das obras da Primeira República, essas duas linhas temáticas sofrem certa diluição. Não deixam os autores de mencionar aspectos atinentes a esses temas. Porém, nota-se um deslocamento de foco.

O personagem central das atenções passa a ser a própria administração. Em linhas gerais, as temáticas são estruturadas em torno dos eixos *organização da administração e ação da administração*¹²⁵.

De todo modo, são temas que continuam evidenciando a referência aos dois macromodelos da *legalidade* e da *justicialidade*, como pautas valorativas dos autores para a compreensão do Estado de direito no Brasil.

Essa é uma análise feita com os olhos de um leitor distanciado no tempo. Não que os autores necessariamente se valessem dessas rubricas para organizar seus textos.

Alguns até o fazem: Alcides CRUZ denomina as duas partes de seu livro respectivamente “organização da administração pública” e “ação administrativa”; Aarão REIS, quanto ao “livro” dedicado ao direito administrativo (fora o dedicado ao direito constitucional), divide-o em três partes: “noções e ideias gerais”, “organização da atividade administrativa” e “funcionamento da atividade administrativa”.

Já VIVEIROS DE CASTRO, além de ideias propedêuticas, divide seu livro em “ciência da administração” e “direito administrativo”; de todo modo, percebe-se o tratamento das questões da ação administrativa na primeira parte; e da organização, na segunda.

¹²⁵ É sugestivo notar que, em uma obra sobre o centenário da criação dos cursos jurídicos no Brasil, em que diversos autores relatam a história de distintos ramos do direito, normalmente por ângulos gerais como “O direito civil e sua codificação”, ou “O direito processual”, o direito administrativo é abordado, por VIVEIROS DE CASTRO, expressamente pelo aspecto da *organização administrativa*: “Organização administrativa do Brasil sob o regime colonial, monárquico e republicano”.

O tema da *relação da administração com os indivíduos* (empregado nesta tese para indicar tendência dos autores do Império) encontra-se, pois, diluído na abordagem dos tópicos integrantes do que se está a dizer *ação da administração*¹²⁶.

Por vezes há destaque para assuntos como “ação protetora do Estado quanto ao exercício dos principais direitos individuais”¹²⁷; ou “ação do Estado quanto às necessidades físicas da sociedade” (segurança, higiene, saúde) ou o mesmo quanto a “necessidades culturais” (ensino, ciência, arte, religião)¹²⁸. Ou então o tema é abordado em capítulo sobre a polícia administrativa¹²⁹.

De todo modo, resta uma sensação de que o centro das atenções é a administração, independentemente de sua relação com os indivíduos.

VIVEIROS DE CASTRO¹³⁰, para justificar a escassez de cultores do direito administrativo no Brasil, por comparação a todos os outros ramos do direito, invoca diversos fatores que, de um lado, revelam uma prática da administração distanciada das garantias de direitos dos indivíduos, mas, de outro, revelam uma percepção do próprio autor de ser o direito administrativo naturalmente voltado aos agentes e órgãos internos da administração. Com efeito, cita ele: a ausência de preparo técnico do funcionalismo público e dos ocupantes de altos cargos governamentais, o arbítrio da administração no exercício do poder disciplinar quanto aos funcionários – assunto que não era “jurisdicionalizado” – e, por fim, o fato de que as “reclamações dos particulares vinham esbarrar com o chamado *jus imperii*”.

De todo modo, há registros da percepção da teoria da época quanto à edificação do direito administrativo em um espaço tensionado pelas forças da liberdade e da autoridade, o que será mais marcante em fase subsequente da histórica republicana. Eis um trecho significativo, da autoria de Clóvis BEVILÁQUA, referindo-se à obra de Aarão REIS:

¹²⁶ Alcides CRUZ, no entanto, mantém uma definição de direito administrativo próxima à de RIBAS, dizendo-o o “conjunto de princípios de direito público que regulam o exercício da administração pública quer nas suas relações entre si, quer nas relações dela para com os administrados” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 22).

¹²⁷ PORTO CARREIRO, *Lições de direito administrativo*, p. 349 e segs..

¹²⁸ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, pp. 149 e segs. e 325 e segs..

¹²⁹ CRUZ, Alcides, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 160 e segs..

¹³⁰ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, pp. XI-XII.

“Com igual elevação estão escritas as outras partes do livro, onde o direito constitucional e o administrativo, nas suas generalidades, e este último nas suas particularidades, são estudados, sempre, com grande proficiência e um justo equilíbrio entre as aspirações progressivas da liberdade e as exigências orgânicas da autoridade”¹³¹.

Outro aspecto do tema da interface da administração com os indivíduos, que ganhará relevo no período seguinte da República, mas que se prenuncia desde esse primeiro momento, é a referência ao serviço público.

Com efeito, já se nota a adoção, nas obras brasileiras, da noção de serviço público, derivando daí análises sobre os serviços em espécie (serviço postal, serviço ferroviário, defesa) e sobre formas de prestação, especialmente a concessão ¹³², mas ainda preponderantemente por uma ótica da atividade da administração do que por uma ótica de direito dos indivíduos.

Enfim, boa síntese da fase pela qual passava a teoria do direito administrativo no período em questão pode-se extrair da epígrafe, da autoria de FAIRLIE (*National administration of the United States*) – aliás, interessante notar a opção por um autor norte-americano – escolhida por Alcides CRUZ para abrir seu livro, e por ele mesmo citada em inglês:

*“It may indeed be safely asserted that the problems of administration are the important problems of the present; and that they receive the attention which in earlier times was given to problems of constitutional organization.”*¹³³

¹³¹ “Carta”, inserida em *Direito administrativo brasileiro*, p. XV.

¹³² CRUZ, Alcides, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 222 e segs.; REIS, Aarão, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 359 e segs..

¹³³ *Direito administrativo brasileiro*, p. 3.

De fato, progressivamente os temas de direito administrativo vão ganhando especialidade técnica em relação ao direito constitucional¹³⁴.

Não que cientificamente hajam nascido como um mesmo ramo do conhecimento jurídico, mas, no século anterior, as respectivas teorias ostentavam maior integração de ideias e de problemas a serem solucionados, a partir do substrato fundamental comum do constitucionalismo liberal.

No mesmo sentido, VIVEIROS DE CASTRO afirma¹³⁵:

“As mais importantes questões do Direito Constitucional estão resolvidas, e nesse ramo do direito parece impossível surgir uma hipótese verdadeiramente nova; ao passo que o próprio período de formação em que ainda se acha o Direito Administrativo torna interessantíssimos os seus problemas, sendo o jurisconsulto obrigado a descobrir entre as teorias opostas um critério seguro que o guie no exame de árduas questões na vida forense.”¹³⁶

E quanto ao outro tema invocado mais acima para indicar tendência dos autores do Império – *relação dos poderes estatais entre si* –, também ele se faz presente, porém de modo diluído no tratamento do que aqui se diz *organização da administração*.

Menos do que discutir separação de poderes, as obras da primeira fase da República tomam por temas centrais a análise da organização administrativa na nova ordem federativa e da estruturação da jurisdição (no tocante ao controle da administração) ante a extinção da justiça administrativa – isso além de aspectos, já constantes das obras do Império, ligados à descrição dos órgãos administrativos e respectivas competências.

¹³⁴ Entretanto, obra emblemática para o direito administrativo, como a de DUGUIT, era produzida na França no âmbito de seu *Traité de droit constitutionnel*. Cuida-se, todavia, de exceção, mesmo na França.

¹³⁵ Não sem causar certo espanto em um leitor distanciado no tempo, quanto à sua previsão sobre o direito constitucional.

¹³⁶ *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. XIX. A afirmação, contudo, parece contestável pela própria discussão presente nas obras de direito administrativo, por exemplo, sobre a federação; e que pode ser posta em xeque pela evidência de que, nas décadas seguintes, surgem amplas discussões de teoria constitucional quanto a questões ligadas a democracia, instrumentos processuais de garantia de direitos individuais, implementação de direitos econômicos e sociais, ou controle de constitucionalidade.

Nesse ponto, os autores expressam claramente convicções pessoais de política do direito, além de procederem a descrições técnicas das instituições.

Vejam-se os seguintes exemplos:

De PORTO CARREIRO, no tocante à federação:

“As províncias não tiveram parte ativa, *atual*, mas passiva e *histórica*, na proclamação da República e na instituição da forma federativa.

“Receberam direitos, poderes, qualificação de Estados, receberam tudo isso do poder ditatorial de origem militar, estabelecido pela revolução triunfante. [...]

“Houve erro em decretar o regime federativo?

“Houve, se considerarmos: que as Províncias não tinham feito ainda seu aprendizado administrativo e político para gozarem, na realidade, de sua autonomia; que muitas das Províncias não tinham condições de vida própria, nem a capacidade econômica e cultural necessária; que à maior parte das populações faltavam o tirocínio político, a educação cívica, a perfeita consciência dos deveres públicos e dos direitos individuais; que, enfim, a muitas faltava e falta a proporção entre o território e a população, o que não pode deixar de produzir desigualdade de capacidade real e de estrutura política entre os Estados.”¹³⁷

De VIVEIROS DE CASTRO, também sobre a federação:

¹³⁷ PORTO CARREIRO, *Lições de direito administrativo*, p. 67. Mas o autor não deixa de registrar, por outro lado, o acerto, ou antes a inevitabilidade, do ponto de vista das causas históricas, da adoção da federação.

“O nosso regime federativo, é forçoso confessar, ainda não tem existência real.

“Os Estados, em sua maioria, são verdadeiras capitâneas enfeudadas a donatários felizes, que, usufruindo a título precário, procuram tirar das suas *concessões* o maior lucro possível.”¹³⁸

E de Alcides CRUZ, quanto à jurisdição – discordando da opção do constituinte republicano, seja para defender a existência de uma jurisdição administrativa, seja para criticar a prática então vigente do “contencioso administrativo fiscal”:

“Somos, pois, convicto partidário do contencioso administrativo, ou pela separação das funções judiciária e administrativa; queremos o juízo administrativo organizado sobre as mesmas bases do judiciário, com magistrados providos por concurso e que se mantenham nos seus cargos enquanto os bem servirem; e só assim ter-se-á uma garantia dos direitos do particular, litigante, a quem inspirará confiança na administração pública, despojando-a assim do arbítrio e da parcialidade no julgamento das questões que escapam à competência dos tribunais judiciários. Mas resolutamente combatemos o contencioso administrativo fiscal servido e composto, como se acha, de funcionários leigos, ignorantes do Direito, como ordinariamente o são os inspetores das alfândegas, os delegados fiscais e o gabinete do Ministro da Fazenda. É claro que a jurisdição administrativa dos negócios da fazenda nacional, confiada a tão incompetentes julgadores, justifica cabalmente o conceito do visconde do Uruguai ‘o arbítrio puro e simples da administração’.”¹³⁹

¹³⁸ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, p. 82.

¹³⁹ CRUZ, Alcides, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 254.

Importa notar que, dentro do tema do controle da administração, no contexto da extinção da jurisdição administrativa, os autores tendem a dar ênfase à criação do Tribunal de Contas¹⁴⁰.

Na verdade, a questão é mais complexa, pois, no início da República considerava-se ainda haver tribunais administrativos com competência para proferirem decisões definitivas em certos casos de jurisdição contenciosa.

Alcides CRUZ indica os seguintes:

“I, o Tribunal de Contas; II, o Supremo Tribunal Militar; III, o Ministro da Fazenda; IV, os delegados fiscais, inspetores das alfândegas e administradores das mesas de rendas federais; V, as juntas e inspetorias comerciais; VI, o Conselho Superior de Ensino.”¹⁴¹

E Alcides CRUZ acrescenta uma crítica que merece ser transcrita, pois bem ilustra a realidade da época, por um viés de quem já antevê um sentido de *processo* que passará a ocupar a atenção da teoria do direito administrativo posterior à vigência da Constituição de 1988:

“Qualquer julgamento administrativo deve ser precedido de processo, ainda que sumário ou sumaríssimo, com formas regulares e designação de instâncias e alçadas. São de ordinário, mais simples, menos solenes e de prazos mais abreviados, que os processos judiciários. Entretanto eles são quase draconianos, por defeito das leis que os instituem, e em relação à defesa, deixam muito a desejar; ela fica verdadeiramente tolhida, ou pela exiguidade de prazos ou pela desconfiança dos funcionários a quem estão afetos, sempre receosos que o advogado da defesa, um

¹⁴⁰ Em “Prefácio” (p. XI) ao livro de Aarão REIS, Augusto TAVARES DE LYRA, Ministro do Tribunal de Contas, destaca como as duas modificações introduzidas pela República, mais sensíveis ao direito administrativo, a extinção do contencioso administrativo e a criação do Tribunal de Contas.

¹⁴¹ *Direito administrativo brasileiro*, p. 259. Na sequência, o autor explora as competências de cada qual.

chicanista terrível ou um profano sagasíssimo, seja capaz de descobrir algum *segredo da repartição*; ou pelas injustas imposições legais, tais como a de não ter vista dos autos a defesa, mal lhe sendo permitido um perfunctório exame na própria repartição; a de não poder interpor recurso sem o prévio depósito ou fiança idônea; em suma, nem mesmo sendo muitas vezes coletivo o julgamento, como é o das juntas da fazenda, ele sequer é público!”¹⁴²

O tema da inafastabilidade do controle jurisdicional judicial ainda sofrerá, como será visto a seguir, evolução e consolidação em termos da teoria do direito administrativo e do direito positivo.

22. Pós-1930, até 1988: observações preliminares.

O período histórico que vai da tomada do poder por Getúlio Vargas, em 1930, até a instauração da ordem constitucional hoje vigente engloba momentos políticos e sistemas constitucionais bastante diferentes entre si.

Todavia, em uma perspectiva de análise que procura vislumbrar as obras gerais sobre direito administrativo, encontra-se no período determinada homogeneidade a justificar um tratamento unificado, por contraste com o que se passava nos períodos anteriores e também – como se verá – com o que se passará no período cujo início se convencionou marcar em 1988.

A homogeneidade basicamente refere-se à conformação de um Estado que – apesar de diversas concepções político-ideológicas em sucessivos governos – passa a dotar-se de mecanismos de intervenção para a realização de direitos econômicos e sociais.

¹⁴² *Direito administrativo brasileiro*, pp. 261-262.

São direitos que nascem nos primórdios de um período que já evoluía rumo ao autoritarismo¹⁴³, ainda que seu primeiro marco constitucional seja uma Constituição (de 1934) de aparência liberal-democrática¹⁴⁴, mas logo sucedida por outra (de 1937) de evidente tendência autoritária.

A abertura democrática simbolizada pelo regime da Constituição de 1946¹⁴⁵ não afastava, entretanto, a tendência de continuidade, por parte de um Estado intervencionista, na busca do desenvolvimento econômico e social do País, agora voltado para a “modernidade”¹⁴⁶.

O regime autoritário iniciado em 1964 – progressivamente recrudescendo esse caráter até a primeira metade dos anos 1970, seguindo-se a “distensão lenta, gradual e segura”¹⁴⁷ – não deixa de manter uma visão estatizante da economia, no sentido de, num sistema de livre iniciativa, lançar mão amplamente de autarquias e de empresas estatais para promover a prestação de serviços públicos e o desempenho de atividades econômicas (especialmente financeiras e voltadas à realização de obras de infraestrutura). E isso no contexto de uma centralização excessiva de poderes, seja na União em relação aos outros entes federativos, seja no Executivo em relação aos outros poderes estatais¹⁴⁸.

¹⁴³ “No Brasil, a introdução de um pensamento social nestes termos fez-se debaixo de um período autoritário e assim nossa tradição jurídica encontrou-se perplexa” (LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história*, p. 355).

¹⁴⁴ “[...] é inegável que a Constituição de 34 se insere como expressão avançada do melhor constitucionalismo da época, incorporando aquilo que os autores costumam chamar ‘o sentido social do direito’” (VENÂNCIO FILHO, Alberto, “Análise da Constituição de 1934”, pp. 91-92).

Sobre a influência que a ideologia da Revolução Constitucionalista exerceu sobre a Constituição de 1934, em razoável contraste com os propósitos do governo federal, ver MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, “O corpo de doutrina jurídico da Revolução de 1932 e sua influência sobre o regime constitucional brasileiro de 1934”. Aliás, as concessões que Getúlio Vargas fez em nome de uma conciliação política na Constituinte não o impediam de declarar (como se pôde registrar no artigo aqui indicado, p. 192): “Creio que serei o primeiro revisionista da Constituição”.

¹⁴⁵ Uma Constituição muitas vezes criticada por excessivamente acadêmica, no sentido de voltada a um ideal e não adaptada à realidade do País: crítica injustificada – concorde-se com Cláudio PACHECO (“A Constituição de 1946”, p. 161) – se se pretende com a Constituição contribuir para uma mudança da realidade.

¹⁴⁶ “Após 1945, o ‘país do futuro’ passava de ‘atrasado’ a subdesenvolvido (para utilizarmos duas palavras correntes na linguagem daquele longo período que se estende até 1964). Novas formas de capitalismo iam sendo implantadas aqui e ali, em lentíssima transição: a ‘modernidade’ instalava-se em apenas algumas regiões ou microrregiões do país. Em verdade, uma transição bastante incompleta, pois a atuação das lideranças no plano econômico-social e cultural jamais fez o país saltar fora das molduras de sua condição periférica” (MOTA, Carlos Guilherme, “Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas”, p. 69).

¹⁴⁷ Na expressão que marca o discurso do governo de então.

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “A Constituição de 1967”, p. 192. Esse autor assim encerra sua análise: “E, nesse momento de concluir, cabem algumas considerações pessoais. Estou convicto de que a Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, não representa o modelo adequado para a democracia brasileira. Entendo que as exigências políticas brasileiras reclamam reformas políticas que aperfeiçoem as nossas instituições em variados e diferentes pontos” (p. 202).

Enfim, os diversos regimes políticos presentes no período são marcados pela presença significativamente mais forte do Estado no meio social e econômico, em movimentos cíclicos de centralização e descentralização (federativa) e, correlatamente, de governos autoritários e governos liberal-democráticos¹⁴⁹.

Essa dinâmica da vida política, a partir de 1930, leva os administrativistas a produzirem “uma investigação de caráter mais apegado à experiência social e política”, nas palavras de Miguel REALE¹⁵⁰.

O direito administrativo passa a ostentar mais claramente um “conteúdo socioeconômico”, pondo a técnica e a lógica jurídicas a serviço “das complexas atribuições do Estado intervencionista” – ainda segundo REALE¹⁵¹.

Ao longo desse período – como será visto a seguir e como, de modo breve, adiantou-se na Introdução – ocorre um adensamento da teoria do direito administrativo que permite cogitar da *formação da continuidade teórica*.

Esse adensamento, ao mesmo tempo, marca o ponto evolutivo da teoria em que ela passa a ostentar uma consistência suficiente para interagir com as tensões ideológicas que, com diferentes matizes, percorrem a história do Brasil.

Como proposto na Introdução, adaptando-se o pensamento de Hélio JAGUARIBE e levando-se em consideração elementos sugeridos por Carlos Guilherme MOTA, a incidência das tensões ideológicas existentes em um plano mais amplo na realidade política nacional permite identificar, na teoria do direito administrativo, duas grandes correntes.

Esclareça-se que essas correntes não significam “teorias” do direito administrativo. Trata-se de um instrumento de análise que ora se propõe como modo de organizar a

¹⁴⁹ Para um estudo da correlação entre democracia e descentralização; e entre autoritarismo e centralização, ver ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, “A federação a serviço da democracia e do Estado de direito”.

¹⁵⁰ *100 anos de ciência do direito no Brasil*, p. 16.

¹⁵¹ *100 anos de ciência do direito no Brasil*, p. 17.

compreensão *da teoria* do direito administrativo no Brasil, vislumbrando os principais eixos em torno dos quais se aglutinam e estruturam seus (da teoria) diversos matizes, não raro conflitantes.

Como instrumento de análise, essas correntes ideológicas não significam enquadramento preciso de todas as nuances e variantes daquilo que se está dizendo, no singular, a teoria do direito administrativo no Brasil. São apenas aproximações gerais.

Ademais, não se pretende neste trabalho classificar autores e obras como integrantes de uma ou outra corrente. Essas correntes se prestam a uma compreensão da teoria como resultante coletiva e impessoal, desconectada do pensamento com o qual cada autor contribui para sua formação.

Desse modo, a citação de autores e obras específicas, na sequência desta exposição, tem o objetivo de evidenciar aspectos que (com ou sem consciência dos autores) parecem propícios a explicitar os principais elementos da teoria em sua conexão com as correntes ideológicas. Aliás, não é incompatível com a análise que aqui se faz que eventualmente distintas ideias de um mesmo autor, ou até mesmo extraídas de uma só obra, prestem-se a ilustrar posturas opostas, correspondentes a uma e a outra corrente.

As correntes ideológicas em questão correspondem a dois grandes troncos: o *liberal* e o *estatizante*, cada qual com duas variantes.

Neste período histórico, a corrente *liberal* explicita primordialmente sua variante *democrática*; e a corrente *estatizante*, sua variante *nacionalista* (ver Introdução). Daí falar-se em “liberal-democrática” e “estatizante-nacionalista”.

O adjetivo “democrático” acrescido a “liberais” não nega que os estatizantes possam igualmente pretender defender a democracia; e a ausência da referência ao nacionalismo dos liberais não significa que sejam eles alheios aos anseios e interesses nacionais.

Apenas quer-se sugerir que os estatizantes tratam seu nacionalismo como valor mais forte do que a democracia, tendendo a ver no Estado, mais do que no indivíduo, o elemento

aglutinador por excelência dos valores da nacionalidade; enquanto para os liberais, a democracia toma a preeminência, como instrumento de garantia da liberdade.

Com essas balizas buscar-se-á investigar a produção de obras gerais de direito administrativo no período.

23. Pós-1930, até 1988: obras gerais.

A análise referente a este novo período histórico segue a mesma chave de análise já aplicada aos períodos anteriores: a) as funções mais relevantes das obras; b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam; c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores.

E para o estudo deste período também tomaram-se por base as obras gerais, ou seja, obras que proponham uma apresentação sistemática do que entendam ser todos os capítulos do direito administrativo, via de regra voltadas ao ensino (acadêmico ou profissional) da disciplina.

Todavia, no período ora estudado, dada sua extensão e a relativamente maior base de consulta, as considerações a serem feitas nesta tese inevitavelmente tomarão aspecto mais generalizante, com menos referências a cada obra em especial.

Aliás, muitas delas contaram com diversas edições e mesmo com reformulações: obras que foram se avolumando ou se reduzindo, e mudando de nome e forma de apresentação¹⁵².

¹⁵² Para um histórico detalhado das obras do período, suas sucessivas edições e alterações formais, ver, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 145-146. Pelos critérios aqui adotados, não estão referidas obras, ainda que levem o nome “direito administrativo”, “direito público”, ou similar, que correspondam a coletâneas de pareceres ou de estudos originalmente produzidos de modo esparsos. Muitas destas são obras de consulta obrigatória para os estudiosos do direito administrativo. Citem-se especialmente:

a) Victor NUNES LEAL, com seu *Problemas de direito público*, aos quais postumamente, por iniciativa do Ministério da Justiça, adicionou-se um segundo volume (*Problemas de direito público e outros problemas*), com coletânea de outros textos antes esparsamente publicados. São notórios os estudos de Victor NUNES LEAL, sempre em defesa de uma leitura liberal e democrática da administração, por exemplo, quanto ao tema da legalidade e do poder regulamentar; ou do papel institucional do Supremo Tribunal Federal. Aliás, Victor NUNES LEAL, enquanto Ministro do Supremo Tribunal, foi o criador intelectual da figura da súmula. Isso para não falar em sua obra de referência para a compreensão da dinâmica do poder político no Brasil, com foco no fenômeno eleitoral, a partir da conjugação de forças

O objetivo aqui, reiterar-se, não é proceder a uma história das ideias sobre direito administrativo, com foco no pensamento individual de cada autor, mas sim buscar a compreensão de tendências da teoria do direito administrativo brasileira no período.

a) as funções mais relevantes das obras

Quanto ao primeiro período da República, já se afirmou que os autores de obras gerais, por terem como referência a obra fundadora dos administrativistas do Império, não se propunham a tarefa de inauguração de um ramo da ciência jurídica no País, mas sim a de consolidação dessa ciência, com adaptações às instituições republicanas.

desde o nível municipal: *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil* (São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 4ª ed.). O autor desta tese dedicou parte relevante de sua atividade de pesquisa ao pensamento e à atuação de Victor NUNES LEAL, como indicam as publicações (ora citadas na íntegra porque não incluídas na bibliografia ao final) de livro sobre sua atuação no Supremo Tribunal Federal, *Memória Jurisprudencial: Ministro Victor Nunes* (Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006 – também disponível na íntegra na internet em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/VictorNunes.pdf>>) e de artigos como “Súmula vinculante: estudo com base no pensamento de Victor Nunes Leal” (ver indicação completa na bibliografia); “Atos administrativos normativos” (in *Os caminhos do ato administrativo* – coord. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011); “Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação” (in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, out/dez, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006); e “Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal” (in *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, abr/jun, n. 174. Brasília: Senado Federal, 2007).

b) Caio TÁCITO, cujo *Direito administrativo* (reeditado e ampliado, em 3 volumes, entre 1997 e 2002) traz suas clássicas teses sobre concessão de serviço público, especialmente cuidando do equilíbrio financeiro na concessão, e sobre abuso e desvio de poder (incluindo substancial desenvolvimento dos temas da legalidade e da discricionariedade), entre outros.

c) Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, com dezenas de obras publicadas (livros monográficos e artigos) sobre diversos temas do direito administrativo, alguns dos quais efetivamente utilizados nesta tese e citados da bibliografia, mas tendo sua íntegra disponível na internet, no sítio do Instituto Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (disponível em <<http://www.institutooliveirafranco.org.br/obras.htm>>).

d) Francisco CAMPOS, cujo pensamento está fortemente ligado às bases jurídicas do governo Vargas e do início do governo militar de 1964, mas que publicou uma série de estudos em seu *Direito administrativo*, nos quais, especialmente nos atinentes à matéria de contratos de concessão, defende postura que, surpreendentemente, poder-se-ia dizer liberal, em favor da propriedade como direito subjetivo e do respeito ao *pacta sunt servanda*. Aliás, sobre a complexidade do pensamento do autor, ver SEELAENDER, Ayrton Cerqueira-Leite. “Um Jurisconsulto Adaptável – Francisco Campos (1891-1968)”.

E, para além de obras com a forma de coletânea de temas em geral de direito administrativo, registre-se ainda uma que, mesmo monográfica, por sua visão abrangente é referência para a compreensão da legalidade e da justiça no período: *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, de Miguel Seabra FAGUNDES.

Não se trata, pois, de uma exclusão por qualquer juízo de mérito, mas tão somente pela adoção de um critério metódico de pesquisa. Tem-se consciência, no entanto, de que esta simples nota não faz justiça a esses autores.

Com mais razão, a partir dos anos 1930, sequer é uma questão a ser discutida – senão a ser relatada em retrospectiva histórica – a fundação de um direito administrativo científico no Brasil.

Também naturalmente sai de cena a preocupação com a transição do sistema monárquico para o republicano, entrando em seu lugar questões decorrentes das novas feições do Estado sob o governo de Getúlio Vargas, com as sucessivas alternâncias democratizantes ou autoritárias.

Os autores de obras gerais, em sua maioria, são professores universitários. Mas as formas das obras passam a sofrer variações, conectadas com a finalidade que eles lhes pretendem dar.

Há, por certo, cursos ou lições voltadas primordialmente ao público acadêmico, como, por exemplo, o *Curso de direito administrativo*, de Mário MASAGÃO; as *Lições de direito administrativo*, de Tito PRATES DA FONSECA; os *Princípios de direito administrativo*, de Ruy CIRNE LIMA; o *Curso de direito administrativo*, de Themístocles Brandão CAVALCANTI; o *Curso de direito administrativo*, de José CRETELLA JÚNIOR¹⁵³; as *Noções de direito administrativo*, de Fernando Henrique MENDES DE ALMEIDA; o *Manual de direito administrativo*, de Onofre MENDES JÚNIOR; o *Programa de direito administrativo*, de Valmir PONTES; o *Compêndio de direito administrativo*, de Carlos Schmidt de BARROS JÚNIOR; os *Princípios gerais de direito administrativo*, de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO; as *Lições de direito administrativo*, de Sérgio de Andréa FERREIRA; o *Curso de direito administrativo*, de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO; e o *Curso de direito administrativo*, de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO¹⁵⁴.

Por outro lado, desenvolveu-se tendência de se publicarem tratados, não apenas no nome, mas na maior extensão e na proposta de abordagem enciclopédica da matéria. Seus

¹⁵³ CAVALCANTI e CRETELLA JÚNIOR também publicaram obras gerais sob forma de “tratados”, além dos “cursos”.

¹⁵⁴ As obras de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, dada a continuidade de suas reedições até os dias de hoje, portadoras de um pensamento ainda em evolução e fortemente conectado ao regime constitucional atual, não serão tratadas neste tópico, em que pese tenham publicado obras anteriormente a 1988.

autores também publicavam versões mais resumidas de sua obra, na forma de monografias ou cursos; porém, demonstravam considerar merecedor de maior prestígio o tratado, como sinal de amadurecimento científico.

Na “explicação” com que abre o primeiro volume de seu *Tratado de direito administrativo* (em dez volumes), José CRETELLA JÚNIOR expressa tal pensamento:

“Faltava, em nosso mundo jurídico-administrativo, obra geral de conjunto, já empreendida, entre nós, no âmbito do direito privado.

“A importância de nosso direito administrativo não se circunscreve mais, como há alguns anos, às fronteiras pátrias, mas ultrapassando-as, passa a exercer marcada influência no bloco sul-americano, revestindo-se, pois, de transcendente significado universal com a respectiva carga de responsabilidade que tal projeção acarreta.”¹⁵⁵

No entanto, sobretudo nos anos 1930 e 1940, surgem obras que se afastam da forma que adotam os cursos acadêmicos, dirigindo-se mais amplamente a uma abordagem do direito administrativo no contexto da edificação do novo modelo de Estado. Citem-se alguns exemplos:

Themístocles Brandão CAVALCANTI, no prefácio da primeira edição (1936) de suas *Instituições de direito administrativo brasileiro*, declara a opção por abandonar “a generalidade dos sistemas adotados pelos autores estrangeiros” no tocante ao modo de estruturar sua obra, preferindo “um critério mais consentâneo com o nosso direito”. Nesse sentido, considera o direito administrativo como seção da teoria do Estado e propõe-se a estudá-lo sob a perspectiva de um Estado que intervém cada vez mais “em todos os setores da atividade humana”: “Essa intervenção do Estado, entretanto, embora sob certos aspectos benéfica, porque coordena e auxilia as atividades individuais, e atende

¹⁵⁵ *Tratado de direito administrativo*, vol. I, p. 9. Themístocles Brandão CAVALCANTI e José Guimarães MENEGALE também publicam obras em diversos volumes. O primeiro, designando-a mesmo *Tratado*, que teve edições de 6 ou de 4 volumes; o segundo, sem usar o nome tratado, tem obra em 3 volumes.

melhor aos interesses coletivos, provoca, por outro lado, uma saturação do poder do Estado, de consequências imprevisíveis”.

Tito PRATES DA FONSECA também propõe-se desenvolver uma obra que conduza o leitor à compreensão do Estado de seu tempo. Dá grande relevância em diversas passagens de sua obra à questão das corporações, dos corpos intermediários entre os indivíduos e o Estado. Nesse sentido define a tarefa do Estado moderno fixando a premissa de que há formações que se antepõem entre a pessoa humana e a sociedade política, o que importa uma redistribuição das atividades “essenciais, supletivas e de equilíbrio” do Estado e leva à definição do espaço do direito administrativo¹⁵⁶. E, noutra parte, afirma:

“O grande problema jurídico dos tempos modernos procede da formação sociológica dos grupos primários, que se intercalam, ao revés da fútil concepção doutrinária da Revolução francesa, entre os indivíduos e o Estado.”¹⁵⁷

As considerações acima levam em conta uma finalidade que se pode dizer mais imediata das obras gerais do período: em variados graus, mais voltadas explicitamente ao ensino do direito, ou, sem deixar de comportar uma dimensão de instrumento de ensino, mais voltadas a uma compreensão do Estado e, em particular, da administração; isso tanto sob a forma de trabalhos mais concisos ou de tratados.

Entretanto, pode-se – ainda dentro de indagações sobre as funções mais relevantes das obras – cogitar de finalidades mais mediatas, relativas ao papel que elas exerçam, direta ou indiretamente, quanto ao exercício dos poderes estatais, sob determinada condução governamental.

Essa análise, mais rica em variáveis, das funções das obras não foi feita quanto aos períodos do Império e da Primeira República. Entretanto, quanto ao período histórico pós-1930, ela surge possível e pertinente dados o aumento de complexidade da ação administrativa estatal e, especialmente, o aumento de complexidade do direito

¹⁵⁶ *Direito administrativo*, pp. 33-61.

¹⁵⁷ *Direito administrativo*, p. XI.

administrativo, com a formação de uma *continuidade teórica* (na teoria do direito administrativo), como será observado na sequência.

Nesse sentido, vislumbram-se, em linhas gerais, quatro principais posturas¹⁵⁸:

i) obras das quais decorrem formulações teóricas propensas a suportar a realização concreta de determinado projeto político-governamental;

ii) obras propiciadoras de formulações teóricas tendentes a facilitar um direito administrativo mais operacional, ou seja, apto a pôr em marcha a máquina estatal, qualquer que ela seja;

iii) obras ensejadoras de formulações teóricas que visam a uma neutralidade científica, transitando por um acervo de conhecimentos que se supõe de caráter universal;

iv) obras que levam a formulações teóricas tendentes a dar relevo a determinados valores acolhidos pelo direito.

A primeira espécie de posturas – mencionada em “i)” – é menos frequente, ocorrendo sobretudo em momentos de rupturas revolucionárias com a ordem jurídica.

No caso concreto ora investigado, ela é mais identificada com o tempo do primeiro governo de Getúlio Vargas¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Trata-se, por óbvio, de análise feita retrospectivamente, sem com isso se atribuir a cada autor a intenção ou a consciência de adesão a uma ou outra postura. Aliás, repita-se quanto a essa análise de “posturas” o mesmo que já se disse quanto à de “correntes ideológicas”: não se estão classificando posturas pessoais de autores, nem se está afirmando que o conjunto da obra de certo autor enquadre-se integral e precisamente em alguma dessas rubricas. Pelo contrário, admite-se que até uma mesma obra possa oscilar entre mais de uma postura.

¹⁵⁹ Nome de evidência a ser mencionado nesse sentido é o de Francisco CAMPOS. Vale verificar especialmente sua obra *O Estado nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico*. Dos diversos estudos lá compilados, decorrem claramente as ideias de que, para o autor, a evolução inexorável do Estado, ante a compreensão de necessidade de governos mais ativos para estender garantias de direitos sociais, leva à superação do sistema liberal, devendo as democracias de então, “por mais contraditório que pareça”, recorrer às técnicas do Estado totalitário (pp. 23-26 e 53-55). Em sua opinião, “o novo Estado brasileiro [o texto é de 1935] resultou de um imperativo de salvação nacional” (p. 35).

Das análises de Francisco CAMPOS, com o intuito de demonstrar a inviabilidade de uma democracia liberal, baseada essencialmente na busca de soluções a partir do debate aberto da “opinião pública”, é curioso destacar um trecho, que soa especialmente instigante à reflexão, em tempos – perdoe-se a referência por demais “datada” – das amplas manifestações populares em espaços públicos organizadas a partir de instrumentos de comunicação eletrônica, verificadas no Brasil ao tempo em que se redigem estas linhas:

Tomem-se como exemplo as ideias presentes na obra de Djacir MENEZES, professor da Faculdade Nacional de Filosofia da Universidade do Brasil, posteriormente Reitor da mesma Universidade, hoje denominada Federal do Rio de Janeiro, e responsável por cursos de direito administrativo no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP).

Pode-se dizer que sua obra¹⁶⁰ é explicitamente voltada a difundir, com perspectiva favorável, as inovações do governo Vargas, com explicações sobre as novas instituições, ainda que também sustentada com variada fundamentação em autores estrangeiros.

Destaque-se o seguinte trecho, em capítulo denominado “Estrutura do Estado nacional”:

“A Carta de 10 de novembro [de 1937] assinala, nas Américas, o primeiro diploma do novo ciclo constitucional para o Continente. É o documento político inspirado nos princípios mais avançados, tentando acomodar, dentro dos quadros jurídicos e políticos, as forças sociais a exigirem disciplinamento e controle por parte do Estado.

“Foram condições internas, de dissensão entre organizações partidárias, habilmente exploradas por agentes internacionais, visando a objetivos estranhos ao país, que levaram o Presidente Vargas à dissolução do Legislativo e a dar à Nação, com apoio das classes armadas, o Estatuto que conferia ao Estado os meios de

“As prodigiosas conquistas científicas e técnicas, que costumam ser um dos temas preferidos do otimismo beato, nas suas exaltadas esperanças em relação à espécie humana e ao seu aperfeiçoamento moral e político, conferiram ao império do irracional poderes verdadeiramente extraordinários, mágicos ou surpreendentes. Eis aí mais uma das antinomias que parecem inerentes à estrutura do espírito humano: a inteligência contribuindo para tornar mais irracional, ou ininteligível, o processo político. É possível hoje, com efeito, e é o que acontece, transformar a tranquila opinião pública do século passado em um estado de delírio ou de alucinação coletiva, mediante os instrumentos de propagação, de intensificação e de contágio de emoções, tornados possíveis precisamente graças ao progresso que nos deu a imprensa de grande tiragem, a radiodifusão, o cinema, os recentes processos de comunicação que conferem ao homem um dom aproximado ao da ubiquidade, e, dentro em pouco, a televisão, tornando possível a nossa presença simultânea em diferentes pontos do espaço. Não é necessário o contato físico para que haja multidão” (*O Estado nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico*, p. 25).

¹⁶⁰ *Direito administrativo moderno*.

reintegração nacional, de restauração da autoridade, no sentido de maior coesão orgânica e centralização política. São esses os motivos expostos nos consideranda que abrem a Carta de Novembro. [...]

“Toda a reforma administrativa, empreendida no último decênio, é sua consequência. As atividades da administração geral centralizam-se, gradativamente, em órgãos apropriados, a fim de solver as dificuldades oriundas da complexidade e funcionamento do aparelhamento incumbido de efetivar os serviços públicos. Não é possível – como acentua Spiegel – compreender toda a palpitante vida do Estado dentro de leis fundamentais, numa regulamentação definitiva, e eis aí uma das causas da riqueza do moderno Direito Administrativo.”¹⁶¹

Prefaciando o livro de Djacir MENEZES, JUBÉ JÚNIOR, Diretor de Cursos de Administração do DASP, explicita o elogio à era Vargas e ao novo e “adequado” papel que nela deve desempenhar o direito administrativo. Sustenta, em suma que: a) a autonomia conquistada pelo direito administrativo em relação ao constitucional fez com que aquele se tornasse por vezes um entrave à administração¹⁶²; b) a perspectiva de um poder executivo “hesitante entre a utópica mensuração das inter-relações de poderes de Montesquieu e a intangibilidade do contrato tradicional sustentada por uma elite” não era mais aceitável “depois da grande guerra e às portas da atual¹⁶³”; c) o caráter tradicionalista do direito administrativo europeu, especialmente do francês, foi o responsável por esse “estado de coisas”, gerando no Brasil um “rígido espírito jurídico” consagrado pelo “comodismo da inércia”; d) a “compreensão de que a norma administrativa não pode permanecer genérica, mas fazer-se específica do meio produtor do fenômeno que ela deve disciplinar, determinou a revolução administrativa brasileira deflagrada pelo Presidente Getúlio Vargas”¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Direito administrativo moderno*, pp. 63 e 65.

¹⁶² Note-se que no contexto de um regime autoritário, pautado por uma Constituição dessa mesma índole, o direito administrativo com autonomia, inspirado por visões teóricas originárias de outro contexto político, é repudiado pelo governo. Nesse caso, a constitucionalização do direito administrativo não seria desejável de um ponto de vista político democrático.

¹⁶³ O texto é de 1934.

¹⁶⁴ “Prefácio” (a *Direito administrativo moderno*), pp. 8-9.

A segunda espécie de posturas – mencionada em “ii)” –, correspondente a um direito administrativo operacional, é mais comum do que a anterior e, via de regra, corresponde a formulações teóricas decorrentes de afirmações dogmáticas.

Em certa medida – dados o contexto em que são produzidas as obras nas quais se percebe tal postura e o eventual engajamento político de seus autores – pode mesmo ser considerada como variante (mais moderada) da postura anterior.

A vertente teórica fruto desse tipo de postura tende a propor dogmaticamente – sem maior compromisso com a fundamentação científica, ou meramente explicativa, de suas razões – soluções jurídicas que, no entanto, facilitam a operação do direito.

Não que seus autores sejam refratários às opiniões alheias ou que as ignorem; nem mesmo que não tenham argumentos para sustentar suas posições (e muitas vezes os indicam sucintamente); porém, a postura dogmática prevalece e, uma vez afirmados os pontos chave do raciocínio, não se apresenta contraponto ou questionamento.

Em geral, essa postura revela, no contexto concreto da criação e aplicação do direito positivo no Brasil, forte propensão de ganhar a adesão da administração pública, pois lhe fornece certezas quanto à compreensão de certos dispositivos normativos, ou quanto a como atuar em face de vazios normativos.

Exemplos dessa postura podem ser encontrados na obra de Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, editado pela primeira vez em 1964 e até hoje reeditado, atualizado por outros autores¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Atualmente na 39ª edição, 2013, atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Hely Lopes MEIRELLES foi juiz de direito e, em quatro ocasiões, Secretário de Estado no Governo de São Paulo, durante o regime de 1964 (Justiça, Interior, Educação e Segurança Pública); teve experiência docente universitária na Escola de Engenharia de São Carlos (USP) quando foi juiz naquela comarca. Cite-se também como exemplo o *Programa de direito administrativo*, de Valmir PONTES, professor da Escola de Administração da Universidade Federal do Ceará, publicado pela primeira vez em 1966, com “nota do autor” em que se explicitava tratar-se de resultado de aulas ministradas, nas quais foi seguida, “em linhas gerais, a orientação do livro de Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, magnífico e atualizado compêndio recentemente editado em São Paulo, pela Revista dos Tribunais” (p. 9).

Na apresentação “Ao leitor” da primeira edição, Hely Lopes MEIRELLES explicita seu objetivo e sua percepção sobre a teoria:

“Este livro pretende ser uma síntese do Direito Administrativo Brasileiro. Tem objetivos práticos e didáticos. Afasta-se, propositalmente, do teorismo em que vai descambando o ensino do Direito no Brasil.

“O Direito – para nós – é instrumento de trabalho, e não tertúlia acadêmica. É simultaneamente, teoria, realidade e vivência. [...]

“Não é livro para mestres, nem para os teóricos do Direito. É um modesto compêndio para estudantes e para os que se defrontam, na prática, com problemas jurídicos da Administração Pública.”¹⁶⁶

Mais claro impossível. O autor visivelmente critica, com expressão de evidente sentido depreciativo, o *teorismo* que faz *descambar* o ensino jurídico no Brasil.

Não nega a importância da teoria, a qual, todavia, entende deva estar conectada com a realidade e a vivência. A crítica recai – pode-se assim interpretar – sobre a outra postura teórica acima arrolada e que voltará a ser abordada a seguir: a postura que tende a abordar sob forma neutra e universal as várias possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico.

O direito tem de ser operacional – *é instrumento de trabalho* – permitindo *resolver os problemas jurídicos* reais, concretos, no caso, em matéria que envolva a administração pública.

Podem ser lembradas para ilustrar essa postura, conceituações ou classificações relativas a¹⁶⁷: “entidades estatais”, “autárquicas”, “fundacionais” e “paraestatais” (pp. 57-58); ou “convênios” e “consórcios”, bem como sua distinção quanto a contratos (pp. 353-356); ou sobre requisitos do ato administrativo (pp. 127 e segs.). Ou ainda, afirmações como:

¹⁶⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 7.

¹⁶⁷ Extraídas de *Direito administrativo brasileiro*. As páginas estão, a seguir, indicadas entre parênteses.

“Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça” (p. 134).

“Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (p. 78).

“Da sua característica essencial, consubstanciada na *participação da Administração com supremacia de poder*, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas *cláusulas exorbitantes*, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo” (pp. 189-190).

A terceira espécie de posturas – mencionada em “iii)” –, visando à neutralidade científica, é a que corresponde à maioria das obras do período, seja em suas versões resumidas, seja em suas versões tratadísticas.

A estrutura de seus textos comporta, via de regra, construções que apresentam, sucessivamente, conceitos, classificações e interpretações propostos por diversos autores, nacionais e estrangeiros, mais antigos ou mais contemporâneos, organizados em correntes distintas, acrescentando-se a opinião do autor da obra que está sendo escrita, ou declarando-a coincidente com aquela de alguma das correntes apontadas.

Há uma pressuposição implícita de indiferença quanto à escolha conceitual ou interpretativa feita (quando feita), ou quanto às alternativas postas à escolha, em face das possíveis consequências políticas dessa escolha, como se a ciência jurídica lidasse com um objeto sem implicação recíproca com a realidade política. Ou mesmo uma pressuposição de indiferença quanto a essa escolha, em face da operacionalidade da máquina estatal.

Pode-se compreender que, na visão de autores dessas obras, sua função é oferecer um amplo panorama de opiniões e de possibilidades jurídicas, de modo a informar os operadores do direito e a permitir que, dominando o conhecimento, tomem decisões conforme seu juízo pessoal, sua visão de mundo e sua convicção política.

Veja-se, da obra de José GUIMARÃES MENEGALE, um exemplo de um ponto característico dessa postura, a saber, a preocupação em se classificar e rotular correntes de pensamento fornecedoras de explicações para determinados fenômenos, explicações essas que têm mais relação com abstrações técnico-jurídicas do que com elementos extraídos da realidade social:

“Teorias jurídicas [quanto à desapropriação]. Diversas teorias formularam-se para legitimá-la juridicamente. Domina-as, antes de tudo, a preocupação de negar o caráter de violência, que primitivamente se lhe diz emprestar. A desapropriação – assentam implicitamente todas as teorias justificativas – não é um atentado, nem uma restrição odiosa ao direito de propriedade. Vejamos, no entanto, o enunciado de tais teorias, que dão à desapropriação uma base jurídica.

1ª. *Teoria da propriedade coletiva.*

2ª. *Teoria do direito público real.*

3ª. *Teoria da limitação jurídica à propriedade.*

4ª. *Teoria do domínio eminente.*

5ª. *Teoria da venda forçada.*

6ª. *Teoria de solidariedade social.*

7ª. *Teoria dos fins do Estado*”¹⁶⁸.

O trecho citado, destaque-se, principia com a frase: “Diversas teorias formularam-se para legitimá-la juridicamente”. Com efeito, da argumentação do autor, que se segue ao parágrafo acima transcrito, na qual faz apreciações críticas sobre cada uma das teorias, a perspectiva adotada não é a de legitimar *tout court* a desapropriação, mas a de legitimá-la por algum raciocínio que atenda à lógica interna e fechada de um sistema de conceitos

¹⁶⁸ *Direito administrativo e ciência da administração*, vol. 2, p. 101.

puramente jurídicos. Assim, por exemplo, a teoria da “propriedade coletiva” é refutada por ser de “cunho sociológico” e, portanto, de “minguada juridicidade”; a da “venda forçada” é rejeitada porque maneja mal o conceito de compra e venda, incompatível com ser “forçada” e não voluntária; e assim por diante¹⁶⁹.

Outros exemplos da mesma postura podem ser encontrados em José CRETELLA JÚNIOR. Verifique-se o tratamento dado pelo autor às classificações do ato administrativo: após elencar mais de uma dezena de posições sustentadas por autores estrangeiros e outro tanto por autores brasileiros – e também após ressaltar a “dificuldade, mas também a importância da classificação dos atos administrativos, bem como a inestimável contribuição dos doutrinadores estrangeiros e nacionais [para] a procura de critério rigoroso e científico, base para classificação inatacável” – apresenta uma classificação própria, que “é uma tentativa de agrupamento panorâmico, sob a forma de sinopse, dos mais importantes tipos de atos administrativos”¹⁷⁰.

Ou o modo de abordar o conceito de polícia: CRETELLA JÚNIOR também cita amplo panorama de definições dadas por autores estrangeiros e nacionais – mais de trinta diferentes definições – para concluir propondo uma definição, mediante o seguinte pressuposto:

“Análise minuciosa das diversas noções a respeito da polícia, quer na doutrina de outros países, quer na doutrina brasileira, permite colher dados suficientes para a elaboração de um conceito universal de polícia.”¹⁷¹

Ou ainda o modo de expor teorias jurídicas para a explicação da validade dos atos praticados por funcionários de fato: “a teoria do erro comum, a teoria da investidura plausível e a teoria da presunção de legitimidade do ato administrativo”. As teorias são colhidas de diversas posições oferecidas por diferentes autores, de diferentes origens nacionais e em diferentes contextos históricos¹⁷².

¹⁶⁹ GUIMARÃES MENEGALE, *Direito administrativo e ciência da administração*, vol. 2, pp. 101-102.

¹⁷⁰ *Tratado de direito administrativo*, v. II, pp. 38-48.

¹⁷¹ *Tratado de direito administrativo*, v. V, pp. 19-31 (o trecho transcrito está na p. 30).

¹⁷² *Tratado de direito administrativo*, v. IV, pp. 262-264.

Assim sendo, pode-se perceber uma certa lógica de que a coerência interna da teoria seja dada por uma abstração puramente jurídica, com um referencial universal, independente de direitos positivos. Essa mesma lógica harmoniza-se com as ideias que aparecem nos exemplos acima quanto à classificação dos atos administrativos e a definição de polícia: a busca de um “critério rigoroso e científico, base para *classificação inatacável*” dos atos, ou a estratégia de se colherem “dados suficientes para a elaboração de um *conceito universal* de polícia”.

A quarta espécie de posturas – mencionada em “iv)” – é aquela que percebe o papel da obra jurídica como voltado, em primeiro lugar, a apontar a preeminência de certo ou certos valores fundamentais – no caso, valores do direito administrativo.

A teoria do direito administrativo decorrente dessas obras é *finalisticamente* orientada por tais *valores* e são eles o fio condutor da coerência interna da teoria.

Esses valores são, antes de mais nada, fruto de uma percepção dos autores quanto ao sentido finalístico do próprio direito administrativo, a partir de uma experiência do direito positivo nacional, mas transcendendo-o, com abertura para buscar as propriedades dos ordenamentos jurídicos em geral.

E esses valores não guardam conexão imediata com a eventual adesão dos autores a determinado projeto político-governamental, nem com um compromisso com a operacionalidade da máquina estatal.

Não que os autores não se preocupem com o funcionamento adequado da administração, mas não o consideram meta a ser atingida a qualquer custo, com o sacrifício dos valores em questão.

De certo modo, dessas obras decorrem posturas que mais nitidamente marcam sua distinção quanto ao objeto cientificamente observado. Se, por um lado, não deixam de ser teoria enquanto possuidoras da função de produzir conhecimento sobre o direito compreendido como realidade concreta, por outro assumem também o papel de crítica da teoria (metateoria) e de crítica da realidade observada.

É o que se passa, por exemplo, com a noção de *relação de administração*, trabalhada por Ruy CIRNE LIMA.

O autor a explica partindo da ideia de *relação jurídica* (em geral), que aponta ser comumente entendida – não por ele, mas pela visão tradicional – como “expressão de um poder do sujeito de direito sobre um objeto do mundo exterior, seja aquele uma coisa existente *per se*, seja uma abstenção ou um fato, esperados de outro sujeito”¹⁷³. Na relação jurídica, em seu sentido corrente, portanto, prepondera a essência de *poder*.

Na sequência do raciocínio, todavia, CIRNE LIMA demonstra que *poder* não é o elemento essencial da relação jurídica, a qual pode igualmente estar centrada em um *dever* assumido pelo sujeito ativo, a se lhe sobrepor à autonomia da vontade:

“O que se denomina ‘poder’ na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites dessa mesma relação. Limite-se ainda mais a liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente, e a relação se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais.”¹⁷⁴

Ou seja, a variação do modo de ser da vinculação do sujeito a ativo a uma finalidade – movendo-se gradativamente entre um ponto em que prepondere ao máximo sua autonomia da vontade na definição da finalidade até um ponto em que a finalidade lhe seja imposta de modo cogente por vontade externa – não altera a essência da relação jurídica.

¹⁷³ CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de direito administrativo*, p. 105.

¹⁷⁴ *Princípios de direito administrativo*, p. 105.

No entanto, segundo CIRNE LIMA, essa relação jurídica será dita uma *relação de administração* quando “se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”¹⁷⁵.

A relação de administração é encontrável em todos os domínios do direito, mas “é no Direito Administrativo, porém, que a relação de administração adquire a plenitude de sua importância”¹⁷⁶.

Ainda conforme as lições de CIRNE LIMA, a relação de administração pode coexistir, sobre o mesmo objeto, com uma relação de direito subjetivo de titular diverso daquela primeira relação (por exemplo: os bens dos filhos são propriedade destes, embora administrados pelos pais). Dessa situação decorre uma diferença entre direito administrativo e direito privado: no âmbito deste, em caso de conflito, a relação de direito subjetivo prevalece sobre a de administração (no exemplo: os pais podem perder a administração dos bens dos filhos se essa administração for nociva ao direito de propriedade); no âmbito daquele, é o inverso, prevalecendo a relação de administração¹⁷⁷.

Na sequência de sua obra, CIRNE LIMA passa a analisar temas como “pessoas administrativas”, “bens”, “serviços públicos”, “atos administrativos” e “prescrição”, considerando-se “elementos da relação jurídica administrativa”, isto é, uma análise inspirada pela compreensão de que sempre haverá a vinculação a uma finalidade imposta de modo cogente à administração.

O valor que instrui essa concepção¹⁷⁸ pode ser identificado como o valor da impessoalidade (igualdade) do direito, fruto da objetividade da vontade que caracteriza a norma jurídica no Estado de direito: a decisão da administração não se pauta finalisticamente pela vontade subjetiva do administrador (ou, para falar de modo mais amplo, a decisão do Estado não se pauta pela vontade subjetiva do governante), mas sim pela vontade objetivada no direito.

¹⁷⁵ *Princípios de direito administrativo*, p. 105. O autor segue fazendo uma analogia com a distinção entre atos de administração e atos de propriedade, prevista no art. 1.988 do Código Civil Francês: “na administração, o dever e a finalidade são predominantes”; “no domínio, a vontade é predominante” (p. 106).

¹⁷⁶ *Princípios de direito administrativo*, p. 107.

¹⁷⁷ *Princípios de direito administrativo*, pp. 107-108.

¹⁷⁸ Não são palavras de CIRNE LIMA, mas uma interpretação que se está a fazer de sua obra.

Em última análise, é um dos aspectos da legalidade enquanto macromodelo do Estado de direito ocidental¹⁷⁹.

Outro exemplo dessa postura está na obra de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO.

Partindo da afirmação de que “a causa final de qualquer ser especifica a sua razão de existir”, esclarece que a causa final nas ciências morais ou práticas – é o caso do direito – é a “meta do ato da vontade humana”, na “conformidade com o bem que constitui seu objeto”¹⁸⁰.

Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO adota uma perspectiva finalística para compreender o direito em geral e igualmente o direito administrativo. E dá destaque ao sentido de ato de vontade para a definição da causa final.

No caso do direito administrativo, o objeto em questão, a ser alvo final da vontade humana manifestada em sociedade, é o bem comum:

“Para se alcançar esse bem comum, impõe-se o estabelecimento de normas gerais e abstratas prescrevendo o que entende o Estado-poder como desejável para a melhor vida social, tranquila e próspera, e a atuação individual, concreta, desses preceitos, seja para realizá-los, seja para assegurar a terceiros o direito que deflui daquelas normas, concretizadas em relações entre eles, quando ameaçado ou desrespeitado.”¹⁸¹

Interpretando-se essas ideias, pode-se concluir que o valor a inspirar a concepção de BANDEIRA DE MELLO também remete à legalidade: é o ato de vontade humana, objetivado no direito, em diversos escalões – desde a norma geral e abstrata, até a norma individual e concreta –, que define o bem comum e lhe dá exequibilidade.

¹⁷⁹ Ver tópico 14.

¹⁸⁰ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 214.

¹⁸¹ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 214.

E, com efeito, ao longo de sua obra, BANDEIRA DE MELLO dá amplo desenvolvimento aos desdobramentos temáticos da legalidade¹⁸².

b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam

O período compreendido pelas décadas de 1930 a 1980 é aquele em que progressivamente chega ao auge o fenômeno já destacado nesta tese, pelo qual a doutrina ganha nítida precedência sobre a legislação e a jurisprudência no direito administrativo.

Com efeito, nota-se nas obras gerais a mesma escassa referência a leis e a decisões judiciais, que já se verificara nas fases anteriores.

É certo que temas que recebem exposto tratamento constitucional ou legal – por exemplo: atinentes à competências fixadas constitucionalmente para certas autoridades, ou a elementos de organização administrativa decorrentes das leis, ou ainda a certos serviços públicos em espécie, objeto de normatização própria – são abordados com as respectivas citações de dispositivos normativos.

No entanto, a escassez das fontes de direito positivo fica ainda mais contrastada pelo fato de ganhar nova dimensão, muito mais extensa e detalhada, a carga conceitual dos elementos jurídicos específicos do direito administrativo – por exemplo: noção de administração, princípios da administração, ato administrativo, contrato administrativo, responsabilidade do Estado, poder de polícia, e serviço público.

Esses elementos têm desenvolvimentos puramente doutrinários, em grande medida amparados por invocação de doutrina estrangeira.

Cite-se, por resumir claramente essa postura, a declaração de Themístocles Brandão CAVALCANTI, ao explicar o feitio de suas *Instituições*:

¹⁸² E o faz em um capítulo de aproximadamente 200 páginas, em uma obra com aproximadamente 700 no total (*Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 253 e segs.). O autor se vale da rubrica “fontes formais objetivas do direito” (ao lado de “fontes formais subjetivas”, associadas à formação de relações jurídicas individuais), conforme conceitos propostos por Léon DUGUIT.

“Não nos preocupou a parte propriamente legislativa, ou jurisprudencial; preferimos estudar os diversos institutos e a estrutura geral de nosso regime administrativo dentro de um largo quadro doutrinário.”¹⁸³

Tito PRATES DA FONSECA também enaltece o papel da doutrina, mesmo estrangeira, como guia consistente para a compreensão do direito administrativo:

“No estado difuso do nosso direito administrativo, diante da multiplicidade de textos legislativos, muitas vezes díspares, e da reduzida elaboração doutrinária, faz-se preciso atender, não só à lição dos mestres brasileiros, como ao grande trabalho dos juristas alienígenas, notadamente os italianos, ao estudar os problemas que vêm surgindo nos tempos modernos.”¹⁸⁴

Ao mesmo tempo, pois, em que a doutrina do direito administrativo chega ao apogeu de sua autonomia – isto é, de sua ampla margem de criação do direito administrativo – o próprio direito administrativo consolida-se como conhecimento científico autônomo e possuidor de um complexo e amadurecido conjunto de princípios metódicos, conceitos e técnicas operacionais, bem definido e sucessivamente transmitido entre gerações.

A teoria do direito administrativo brasileira percebe-se integrada a um sistema teórico comum aos Estados de direito ocidentais, comungando do acervo de ideias e com ele dialogando – concordando ou discordando em pontos específicos – em pé de igualdade, ainda que sem a pretensão de autoria original das ideias, na maioria dos casos.

Isso configura um dos elementos a caracterizar a constatação da formação da *continuidade teórica*, no sentido acolhido na Introdução desta tese. Outros serão vistos nos parágrafos seguintes.

¹⁸³ *Instituições de direito administrativo brasileiro*, p. VI.

¹⁸⁴ *Direito administrativo*, p. IX. O autor esclarece sua preferência pelos italianos: “Não se poderá negar que, nos dias que correm, a dianteira nos estudos de direito processual e de direito administrativo pertence à análise profunda dos doutrinadores italianos. Prefiro-os ao embaçado dos conceitos colhidos nos autores alemães, banhados ainda de hegelianismo. Os escritores franceses, admiráveis pela clareza, versam um regime administrativo por demais diferente do nosso” (p. X).

c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores

Quanto às duas fases históricas já analisadas, sugeriu-se que os dois temas, em torno dos quais poderiam ser organizadas as ideias nucleares dos autores de obras gerais, de início seriam a *relação da administração com os indivíduos* e a *relação dos poderes entre si*, posteriormente transformando-se em *ação da administração* e *organização da administração*.

Acompanha essa evolução temática uma tendência de descolamento entre direito administrativo e direito constitucional, com a progressiva construção daquele como uma ciência autônoma e com a percepção da própria administração como centro subjetivo da atenção do direito administrativo.

Essa evolução dá-se, naturalmente, sob a influência causal de diversos fatores relacionados com a história política, social e econômica do País.

Apenas para insistir em fatores mais gerais e mais impactantes, mencione-se a necessidade de edificação de uma identidade nacional com o nascimento do Estado imperial (que tende a reflexões mais amplas de índole constitucional), progressivamente substituída pela necessidade de reformulação de instituições de um Estado já consolidado quando da passagem para o modelo republicano (a qual tende a preocupações com aspectos mais operacionais da máquina estatal).

Mencione-se ainda, em um momento subsequente, a transformação de um Estado de moldes liberais clássicos em um Estado intervencionista na ordem social e econômica, a ensejar um maior desenvolvimento das instituições administrativas.

No entanto, com a evolução do modo de ser do Estado brasileiro após 1930, no sentido de uma cada vez maior complexidade da administração, perdem nitidez os dois pares de grandes linhas temáticas acima apontados, ou eventuais outros para os quais pudessem esses ter evoluído.

É certo que ainda haverá aspectos de *relação da administração com os indivíduos* e de *relação dos poderes entre si*, bem como de *ação da administração* e de *organização da administração* a permear os temas agora desenvolvidos. Mas esses elementos deixam de ser critérios ordenadores, estruturantes do pensamento.

Os temas são tratados de modo mais aberto; figurativamente pode-se dizer “em leque”.

E essa apresentação mais extensa e diversificada de temas pode ser analisada, visando-se à percepção da teoria do direito administrativo, sob dois aspectos.

De um lado, uma análise que busca extrair do conteúdo das posições teóricas sustentadas pelos autores uma referência aos modelos valorativos de interpretação do Estado de direito brasileiro. É um modo de ver a teoria pelos vetores valorativos que lhe dão coesão.

De outro, uma análise – desdobramento desta primeira – que desce a detalhes do conteúdo específico dos elementos que integram o repertório dessa teoria. É um modo atomizado de ver a teoria, em uma perspectiva que percebe as partes antes do todo.

Optou-se nesta tese pelo primeiro tipo de análise, ou seja, uma análise que procura identificar modelos – os macromodelos de *legalidade e justicialidade* e suas derivações – que pautam o modo de ser da teoria do direito administrativo.

Assim, não se pretende descer a detalhes de cada capítulo temático do direito administrativo, senão na medida em que determinados exemplos reforcem a argumentação geral. Nem serão analisadas “teorias” (no plural) aplicadas a institutos específicos, por exemplo: teoria do contrato administrativo (à francesa), teoria do risco integral, teoria dos motivos determinantes, entre tantas outras.

Na verdade, a identificação mais clara desses dois modos de abordagem da teoria do direito administrativo – para que se possa fazer uma opção metódica, no caso, pela primeira – só é possível a partir do momento em que essa teoria ganha evolui para certo grau de complexidade.

Nos momentos iniciais, a existência de pequeno volume de elementos de conteúdo a integrar o repertório da teoria faz com que eles quase se confundam com os seus grandes vetores valorativos de sustentação.

Com a evolução do direito administrativo, pelas causas históricas que afetam o Estado brasileiro – como acima sumariado –, igualmente sofre evolução o modo de ser da produção do conhecimento doutrinário sobre o direito administrativo.

Passa a existir massa crítica suficiente para o amadurecimento de uma teoria que se estabiliza e reproduz, no sentido de haver se formado uma *continuidade teórica* – para usar a adaptação da fórmula de Antonio CANDIDO, proposta na Introdução deste trabalho.

É uma teoria que decorre de obras as quais, independentemente de possuírem maior ou menor extensão, adotam um determinado padrão de abordagem temática e passam a dialogar entre si e em com obras estrangeiras produzidas no mesmo contexto do mundo ocidental.

Tome-se, de modo simbólico, uma obra como as *Instituições de direito administrativo brasileiro*, posteriormente ampliadas como *Tratado de direito administrativo*, de Themístocles Brandão CAVALCANTI, como marco do fenômeno da continuidade teórica.

Desse modo, nas obras que se produzem no período ora estudado, mais nitidamente do que nos anteriores, começa-se a notar uma certa regularidade na inclusão de determinados capítulos temáticos do direito administrativo.

Quase todas as obras contêm capítulos – não necessariamente em uma mesma ordem – sobre conceito do direito administrativo, história do direito administrativo, noção de administração (por comparação com outras funções do Estado), organização administrativa (já mencionando em especial as autarquias, ao lado de órgãos da administração centralizada, acrescentando-se outras figuras com o passar dos anos), atos

administrativos¹⁸⁵ (incluindo, por vezes em capítulos à parte, contratos), poder de polícia, serviços públicos (com abordagem conceitual mais geral, além dos serviços em espécie e da concessão), bens públicos e funcionários públicos. Em época um pouco mais avançada no tempo (a partir dos anos 1950), fazem-se presentes com mais intensidade capítulos sobre responsabilidade do Estado, controle da administração e processo administrativo (em geral no sentido de processo disciplinar).

Não que os autores tenham pensamentos iguais em substância. Podem, muitas vezes, até divergir, seja nos critérios científicos para explicação dos fenômenos, seja na perspectiva de política de direito a sugerir a preferência por dado regime jurídico (quanto a certos institutos) em relação a outro. Mas partem de uma base referencial comum, tanto para aceitá-la como para refutá-la.

Nesse período, também como indicação emblemática da formação *da continuidade teórica* do direito administrativo, as obras passam a se referir com mais consistência a diversas escolas, ou teorias, ou correntes, via de regra de origem estrangeira, mas permeáveis ao direito brasileiro, para a explicação dos fenômenos do direito administrativo – por exemplo: as escolas francesas do serviço público, ou da *puissance publique*, quanto aos fundamentos do direito administrativo em geral; teorias para explicar o contrato administrativo como ato unilateral, ou como contrato privado, ou como contrato *sui generis*; teorias para explicar a estruturação da administração (teoria do mandato, teoria da representação, teoria do órgão); diversos sistemas nacionais de estruturação da jurisdição e dos tribunais de contas; teorias para explicar o vínculo do funcionário com o Estado (teoria da coação legal, da situação legal, do contrato privado, do mandato, da locação de serviços, do contrato público, do contrato misto); e teorias em matéria de responsabilidade civil do Estado (teorias civilistas, teorias publicistas: da *faute du service*, do risco administrativo, do risco integral).

¹⁸⁵ Aliás, “ato administrativo”, em meados do século XX, passa a ser tomado por parte significativa da doutrina, não apenas no Brasil, como “a noção fundamental do direito administrativo, seu instituto por excelência, o fundamento de sua autonomia científica”, como mostra Carlos Bastide HORBACH, ao analisar as origens e a evolução da noção (*Teoria das nulidades do ato administrativo*, p. 34). A mesma constatação leva Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI a criticarem que a doutrina dedique, já em tempo posterior à vigência da Constituição de 1988, desproporcionalmente mais atenção ao tema do ato administrativo, do que ao do processo, o que reforça seu viés autoritário, excluindo o administrado da tomada de decisão administrativa e tratando o próprio processo administrativo como se dependesse tão somente da condução e da decisão unilateral sua: “a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo” (*Processo administrativo*, p. 21).

Igualmente nesse período é que, em diversos temas, evidencia-se o fenômeno de a construção doutrinária preceder o surgimento de definições de direito positivo, ou mesmo de suplantar eventual definição (incipiente) de direito positivo.

Exemplifique-se com o caso dos contratos administrativos¹⁸⁶. Penetrou no Brasil e aqui consolidou-se com certas peculiaridades a teoria do contrato administrativo na versão prevalecente na França de meados do século XX, que, aliás, já diverge da formulação original derivada das ideias de Gaston JÈZE. A versão que aqui se consolida é aquela pela qual contrato administrativo é um contrato em cujo regime se incluem certas prerrogativas, “exorbitantes” em relação ao direito privado, de ação unilateral e auto-executória da Administração como parte na relação contratual, notadamente em termos de alteração unilateral do contrato e de sua rescisão unilateral por invocação do interesse público. Esse regime que, em linhas gerais, passa a constar do direito positivo legislado desde o Decreto-Lei n. 2.300/86, no entanto, já era afirmado e praticado na ausência de previsão legislativa, quando, na verdade, havia – é certo que no plano infra-legal (Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, Decreto n. 15.783, de 1922) – um indicativo de regime em sentido diverso¹⁸⁷.

Outro exemplo que pode ser dado vem do tema dos atos administrativos. O tratamento de seus “elementos” e respectivos vícios, com as análises sobre revogação e anulação e sobre a distinção entre as competências da administração e da jurisdição na matéria, com referência às noções de mérito e legalidade, progressivamente incorporadas à legislação (mencionem-se a Lei da Ação Popular, de 1965, e as Súmulas n. 346 e n. 473 do Supremo Tribunal Federal), originalmente são afirmados a partir de autônomas considerações doutrinárias.

Porém, havendo restado estabelecido que a abordagem quanto à teoria do direito administrativo visa precipuamente a identificar seus modelos valorativos de interpretação

¹⁸⁶ Não é o caso de se aprofundarem considerações que o autor desta tese fez em sua livre-docência (ver MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato administrativo*). Registre-se apenas uma breve síntese.

¹⁸⁷ Para objeções à visão então dominante, argumentando com a realidade do direito positivo brasileiro, ver BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 670-693.

do Estado de direito brasileiro, retome-se o fio de análise que busca relacionar os temas próprios das obras gerais do direito administrativo com tais modelos.

Do ponto de vista de estruturação do desenvolvimento temático, já se disse que uma abordagem em leque substituiu-se à existência de eixos aglutinadores. O direito administrativo passa cada vez mais a ter seus temas abordados de modo enciclopédico.

E do ponto de vista valorativo os dois macromodelos da *legalidade* e da *justicialidade* seguem pautando a compreensão dos autores sobre o Estado de direito no Brasil.

Entretanto, ao lado dessa abordagem jurídico axiológica – a abordagem pelos macromodelos da teoria do direito administrativo –, no período histórico em questão o ponto da evolução da teoria, agora com suficiente consistência, leva a seu cruzamento com as tensões ideológicas presentes de modo mais amplo no Estado brasileiro, resultando no que se está chamando correntes ideológicas da teoria: liberal-democrática e estatizante-nacionalista.

Ambas as correntes buscam oferecer um enquadramento ao fenômeno real da adaptação da administração (ou do Estado) e do direito administrativo aos novos projetos de desenvolvimento nacional e à afirmação dos direitos econômicos e sociais conjuntamente com a cobrança de atuação estatal para sua efetivação.

Desse modo, em linhas gerais, ao longo das décadas de 1930 a 1980, haverá uma leitura liberal-democrática dos macromodelos da legalidade e da justicialidade, assim como uma leitura estatizante-nacionalista desses mesmos modelos.

De um lado, a concepção *liberal-democrática* da legalidade tendendo à menor interferência estatal, portanto, desejando-a reduzida à normatização geral e abstrata posta pelo parlamento – em uma coincidência de legalidade formal e material¹⁸⁸ – *versus* a

¹⁸⁸ Jorge MIRANDA lembra ser corrente afirmar a correspondência entre o Estado liberal e o conceito material de lei; e entre o Estado do século XX e o domínio de um conceito meramente formal. Mas ele mesmo oferece reservas a essa visão, mostrando ser próprio de certo pensamento liberal também a ênfase na lei formal, assim como haver novas leituras da materialidade da lei em tempos mais recentes: “[...] se a exigência de generalidade se compagina historicamente com a conquista do princípio da igualdade perante a lei e se a sua crítica vem a ser formulada hoje com frequência em nome de uma igualdade efetiva e real, aberta a diferenciações e a discriminações positivas, não menos seguro é que em Estado social de Direito

concepção *estatizante-nacionalista* da legalidade aceitando uma ampla atividade legiferante pela administração.

De outro lado, a expectativa *liberal-democrática* de um controle jurisdicional da ação administrativa que respeite, antes de mais nada, o espaço da lei – um judiciário que exija da administração a observância da legalidade mas que, ele mesmo, ao exercer o controle, não vá além do juízo de legalidade – *versus* a expectativa *estatizante-nacionalista* de um controle jurisdicional que não seja obstáculo à ação administrativa, a qual ao mesmo tempo executa e provê a base de legalidade que legitime tal execução – o que acaba por resultar também em um judiciário que não vá além do controle legalidade, no exercício da função jurisdicional.

Eis algumas construções que ilustram essas posturas:

Comece-se pela legalidade.

Em primeiro lugar, numa construção liberal-democrática, verifique-se o seguinte trecho de Themístocles Brandão CAVALCANTI:

“A lei é, portanto, a forma de que se revestem os atos do poder legislativo, a manifestação por excelência da vontade popular, por meio de seus representantes, constituídos em Assembleia, destinada a ditar as normas gerais por que se devem regular as relações jurídicas no país.”¹⁸⁹

Note-se a afirmação ideal da lei como ato do parlamento, ditando normas gerais, numa concentração dos sentidos material e formal de lei.

não há antagonismo entre as duas vertentes; muito pelo contrário, elas completam-se numa tensão dialética, em que se interpenetram igualdade e proporcionalidade” (*Manual de direito constitucional*, tomo V, pp. 133-134).

Outra relevante consideração sobre a distinção entre legalidade formal e material diz com a dificuldade prática que os ordenamentos jurídicos têm para eventualmente exigir e sancionar o atendimento à legalidade material – ou seja, não é evidente, na operação diária do direito, resolver certas questões de gradação entre generalidade e individualidade ou abstração e concretude –, razão pela qual os direitos positivos tendem a centrar suas preocupações na exigência de legalidade formal (FAGUNDES, Miguel Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, pp. 113-114).

¹⁸⁹ *Instituições de direito administrativo brasileiro*, p. 291.

O autor, por outro lado, não desconhecendo a realidade em que vive – a obra citada é de 1938 –, reconhece haver a prática de delegação de “funções puramente legislativas ao Poder Executivo, que as exercita por meio de decretos leis”. Mas conclui:

“Há, evidentemente, aí, uma deformação de princípios, justificada, talvez, por imposições decorrentes de situações econômicas e problemas sociais que exigem maior presteza na fixação da norma legal [...]”¹⁹⁰

Também Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO sustenta posição que resulta na defesa da lei como conjunção de aspectos formais e materiais.

O autor explora, de um lado, argumentos que põem em relevo o aspecto de generalidade e abstração da lei, nele vislumbrando garantia de liberdade dos indivíduos (contra eventuais decisões que atinjam alguém individualmente, por “motivos particulares, ao sabor de interesses momentâneos e de sentimentos subalternos”), e, de outro lado, argumentos em favor do aspecto formal da lei, ressaltando as virtudes democráticas de que as inovações na ordem jurídica (independentemente de seu caráter geral ou individual) somente decorram dos corpos representativos populares¹⁹¹.

E, em conclusão, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO propõe uma compreensão que congrega as características apontadas pelos dois ângulos de visão do problema:

“Como regra coercitiva, tem a lei força estável e predominante e comando superior. Como regra geral, aplica-se a todos os que estão nas condições previstas pelo texto escrito. Como regra abstrata, é suscetível de aplicação a todos os casos iguais, que poderão apresentar-se de futuro. Como regra impessoal, tem concernência indistinta, indeterminada, sem prévia individualização em dada

¹⁹⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Instituições de direito administrativo brasileiro*, p. 292.

¹⁹¹ *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 254-261.

hipótese. Como regra originária inovadora, superpõe-se¹⁹² a todas as regras jurídicas anteriores, dentro do âmbito de sua força jurídica, respeitados os textos constitucionais.”¹⁹³

E aqui um outro exemplo – agora extraído de Tito PRATES DA FONSECA – de valorização da lei formal, que também seja geral e abstrata, em relação ao ato administrativo formal.

Tito PRATES DA FONSECA distingue *legalidade* e *legitimidade*. A legalidade seria gênero, da qual a legitimidade seria espécie. A legitimidade, segundo o autor, diz com a observância das normas jurídicas no tocante aos requisitos constitutivos do ato administrativo: agente, objeto lícito e forma. Mas a legalidade vai além: mesmo um ato legítimo, por cumprir tais requisitos, será ilegal “se vier a falhar na execução da intenção da lei”.

Em verdade, o aspecto terminológico não é o ponto que se quer destacar; porém, sim, essa parte final da explicação quanto à legalidade do ato administrativo. Tito PRATES DA FONSECA associa a validade do ato ao respeito à intenção *da lei*:

“Se o ato vinculado pela intenção ou querer da lei for realizado de outro modo, desvirtua-se-lhe a finalidade, há desvio de finalidade, há desvio de poder, *ilegalidade* ou violação da intenção da lei.”¹⁹⁴

Pode parecer sutil, mas é de se notar que a ênfase do autor para explicar o desvio de finalidade está posta na intenção da *lei*, antes de estar, como depois se tornará corrente, na noção de interesse público. E lei, para ele, sendo formal, ao mesmo tempo deve ter o sentido de norma genérica¹⁹⁵.

¹⁹² Dessa característica o autor afirma, como consequência, a superioridade do órgão legislativo (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 263).

¹⁹³ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 264.

¹⁹⁴ *Lições de direito administrativo*, p. 369.

¹⁹⁵ Escrevendo sob o regime de 1937, Tito PRATES DA FONSECA explica situação um pouco mais complexa sobre o que seja lei: “lei formal” e “normas com a mesma eficácia que a lei formal”, mas que não chama de lei (decretos-leis expedidos pelo Presidente da República sob diversos fundamentos – arts. 12 a 14 da Constituição – e leis do Conselho de Economia Nacional – art. 63). Estas últimas o autor, em princípio, não diz “leis”, mas admite que haja uso da língua que o faça (*Lições de direito administrativo*, pp. 50-55).

Por outro lado, vejamos-se exemplos de uma concepção que valoriza a ampliação da atividade expressamente legiferante da administração.

Um caso evidente – até porque, como já indicado, trata-se de obra declaradamente favorável às posturas políticas do governo Vargas – está no pensamento de Djacir MENEZES.

O autor, após citar Ruy BARBOSA como paradigma da posição que entende superada¹⁹⁶, afirma que “a grande renovação na moderna técnica democrática constitui justamente essa participação do Executivo na função legislativa”¹⁹⁷.

Djacir MENEZES propõe mesmo que se abandonem os princípios liberais decorrentes da separação de poderes proposta por MONTESQUIEU e que se reinterprete o termo “legislação”. Isso por decorrência do aumento de complexidade dos interesses que o Estado deve tutelar, para controlar as energias sociais¹⁹⁸.

Nessa situação, segundo Djacir MENEZES, a ação “amparadora e preventiva do Estado” deve de ser rápida e segura:

“Como órgãos de decisão, os Parlamentos fracassam invariavelmente. Diz, em síntese feliz, o sr. Francisco Campos: a competência natural do Parlamento é a política legislativa; a competência natural do Executivo, a técnica legislativa. Não era possível esquecer a lição derivada da experiência e formada na prática de instituições representativas.”¹⁹⁹

¹⁹⁶ No trecho citado, Ruy BARBOSA afirma a ilegitimidade da delegação de funções do poder legislativo aos demais.

¹⁹⁷ *Direito administrativo moderno*, p. 133.

¹⁹⁸ *Direito administrativo moderno*, pp. 136-137. Oportuna, a propósito, a constatação de Gaspar ARIÑO ORTIZ (*Principios de derecho público económico*, pp. 98-99), segundo a qual “da perspectiva jurídico-política, a principal consequência do Estado Social é que ele se converte em um Estado *dominador*”, isso porque tem “um grande poder de gastar e de satisfazer as necessidades de seus súditos, que resulta dificilmente controlável pelo Direito”.

¹⁹⁹ *Direito administrativo moderno*, p. 137.

E, com efeito, essa ideia, citada nas palavras de Francisco Campos, foi concretizada pelo art. 11 da Constituição de 1937:

“Art. 11. A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares.”

Ora, esse dispositivo ao tratar da lei como norma *geral* o faz justamente para restringir a ação parlamentar: não afirma que *apenas o Parlamento* possa editar normas gerais (legislar, em certo sentido), mas sim afirma que o Parlamento tenha *apenas a iniciativa* de editar normas gerais, o que lido em conjunto com os artigos seguintes, revela a atribuição de uma grande parcela de competência legiferante, mesmo quanto à edição de normas gerais, ao Executivo²⁰⁰.

Também uma linha de raciocínio que acaba por ensejar certa intromissão maior da administração na atividade legislativa extrai-se da obra de José GUIMARÃES MENEGALE²⁰¹, em um trecho, aliás, que trabalha com conceitos de lei formal e lei material em sentido diverso do que anteriormente indicado (ver tópico 14):

“Mas a lei pode exprimir tão somente a norma jurídica: é a lei *material*; tanto que, para RANELLETTI, lei no sentido material e norma jurídica são termos correspondentes; e pode significar um ato de vontade do Estado, e é lei *formal*. Se, pois, pela legislação o Estado *diz o que quer* e, pela administração, *quer o que quer*, a diferença está entre a produção e a execução do direito. Então, compreendemos que a legislação material é peculiar à função

²⁰⁰ Essa perspectiva estatizante-nacionalista da legalidade retoma força com a Constituição de 1967. Na análise de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, trata-se de Constituição que admitiu que “os exemplos clássicos não seriam os mais apropriados ao complexo do ordenamento estatal brasileiro tão conceitual até então”; assim sendo, estabelece sistema em que “os parlamentos não têm mais o privilégio exclusivo da função legislativa”, tendo suas prerrogativas deslocadas para o controle da atividade governamental (*História breve do constitucionalismo no Brasil*, p. 15).

²⁰¹ Ressalte-se, todavia, que em outra passagem o autor critica excessos do poder regulamentar e relaciona a maior extensão desse poder com os regimes autoritários (*Direito administrativo e ciência da administração*, v. 1, p. 87). Com efeito, a citação desse exemplo na sequência da obra de Djacir MENEZES não quer sugerir adesão de GUIMARÃES MENEGALE ao regime Vargas.

legislativa, ao passo que a legislação formal pode ser atribuída, extensivamente, à função administrativa.”²⁰²

E, mais adiante – após discordar de MERKL, pelo fato de este último autor sustentar que a administração situa-se em um plano subordinado à legislação, a partir do fundamento constitucional de validade do sistema jurídico – argumenta que “historicamente, é concebível Estado sem legislação, mas sem administração não existe Estado. De forma que, cronologicamente, a legislação se estrutura por *sobre*, mas não *acima* do plano da administração”²⁰³.

Também a construção teórica que decorre das lições de Mário MASAGÃO, ainda que originária de determinada postura conceitual abstrata sobre a separação de poderes, resulta em uma diminuição da relevância da separação entre o ato administrativo e ato legislativo.

Essa postura conceitual, como ponto de partida do raciocínio, é a seguinte:

“Contra a opinião dos autores, sempre sustentamos que o primeiro setor da atividade jurídica, a declaração do direito, faz parte da administração. Esta é exercida em larga escala pelo poder legislativo.”²⁰⁴

Daí, Mário MASAGÃO conclui, em outra passagem de sua obra:

“Considerados sob o aspecto formal, dividem-se os atos administrativos pelas seguintes categorias: leis complementares da Constituição, leis ordinárias, leis delegadas, resoluções do poder legislativo, decretos-leis, decretos legislativos, decretos, regulamentos, instruções, circulares, avisos, portarias e despachos.”²⁰⁵

²⁰² *Direito administrativo e ciência da administração*, v. 1, p. 47.

²⁰³ *Direito administrativo e ciência da administração*, v. 1, p. 48.

²⁰⁴ MASAGÃO, Mário, *Curso de direito administrativo*, p. 19.

²⁰⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 19. O autor escreve, na edição ora citada, sob a Constituição de 1967.

Note-se que, para MASAGÃO, a caracterização do ato administrativo formal não se relaciona com a estrutura orgânica de que provém.

Essa conclusão facilita o alargamento da possibilidade de ação normativa pela administração para além dos parâmetros traçados pela lei enquanto norma geral e abstrata elaborada pelo parlamento.

Trabalhe-se agora o modelo da justicialidade, ainda na perspectiva do contraste entre as visões liberal-democrática e estatizante-nacionalista.

No entanto, quanto ao controle jurisdicional da ação administrativa, já se sugeriu que, por caminhos e por objetivos diversos, as duas correntes ideológicas aplicadas à teoria do direito administrativo acabam por chegar a uma conclusão semelhante: o controle judicial da ação administrativa é necessário, mas sua ação é limitada à esfera da legalidade dos atos administrativos. E isso, por certo, decorre das concepções acima exploradas quanto ao modelo da legalidade.

Assim, pela ótica liberal-democrática, o controle jurisdicional da administração pelo judiciário é elemento fundamental do direito administrativo no Estado de direito²⁰⁶. Esse controle, porém, deve se limitar aos aspectos de legalidade, por respeito à decisão legislativa, garantidora da liberdade.

E também é o respeito à legalidade que a perspectiva estatizante-nacionalista advoga. Entretanto, uma legalidade decorrente, em grande medida, da ação do poder executivo.

É, pois, o tempo em que se constrói a posição que pode ser sintetizada na fórmula de que o poder judiciário, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, pode apreciar somente aspectos de legalidade, mas não de mérito – este entendido como julgamento de conveniência e oportunidade feito pela administração.

²⁰⁶ Nesse sentido, Sérgio FERRAZ propõe que os instrumentos de defesa do cidadão contra a administração constituam “parte conceitual do direito administrativo” (“Instrumentos de defesa do administrado”, p. 22).

Para além desse ponto central, nas obras gerais do período, duas questões mais específicas são debatidas.

Uma: a exploração de aspectos de possível persistência de resíduo de jurisdição administrativa (ex.: Constituição de 1934, art. 79²⁰⁷; Constituição de 1967, com a redação da Emenda n. 1/69, art. 111²⁰⁸). De todo modo, seria uma persistência potencial, pois os respectivos órgãos não chegaram a ser implementados.

Outra, sobretudo nas décadas de 1930 e 1940: o caráter federal ou também estadual da jurisdição²⁰⁹.

De rigor, a maioria das obras gerais que tratam da questão acabam por não problematizar a afirmação de que o controle judicial dos atos administrativos é limitado à legalidade, permitindo ao analista com certo distanciamento no tempo – como se faz nessa tese – supor a ausência de densidade de elementos na realidade político-social a provocar a necessidade teórica de maior aprofundamento.

²⁰⁷ Tribunal que Themístocles Brandão CAVALCANTI entende que teria um caráter misto judicial e administrativo (*Instituições de direito administrativo brasileiro*, p. 329). Eis o texto da Constituição:

“Art. 79. É criado um Tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de Juízes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74.

“Parágrafo único. Competirá a esse Tribunal, nos termos que a lei estabelecer julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário para a Corte Suprema nas espécies que envolverem matéria constitucional:

“1º) os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos Juízes federais nos litígios em que a União for parte, contanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços públicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo Direito Administrativo;

“2º) os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contratos públicos.”

²⁰⁸ Ver MASAGÃO, Mário, *Curso de direito administrativo*, p. 317. A Constituição assim dispunha:

“Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.” (E o artigo anterior: “Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.”).

²⁰⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Instituições de direito administrativo brasileiro*, p. 324; MENEZES, Djacir, *Direito administrativo moderno*, p. 196. Este último autor discutia ainda outro ponto específico: enfatizava que na apreciação da legalidade do ato administrativo o poder judiciário não pode atingir o ato em si (em respeito à independência da administração pública), mas somente os efeitos do ato sobre o indivíduo que seja parte na ação judicial (*Direito administrativo moderno*, pp. 199-200).

Era o tempo da consolidação do modelo da juridicidade com base na jurisdição unificada no poder judiciário²¹⁰. Esse foi o avanço evolutivo trabalhado pela teoria do direito administrativo de então.

Ainda que variassem perspectivas dos autores quanto a eventual crítica ou sugestões de adaptações desse modelo, não se afastava muito da tese direta de que – aqui nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES:

“No nosso sistema de *jurisdição judicial única*, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 153, § 4º), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a *legalidade*, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*.”²¹¹

Ou de Valmir PONTES:

“Mas é preciso ter em vista que a competência do Poder Judiciário se restringe ao exame *da legalidade* dos atos administrativos. Isso quer dizer que em nenhuma hipótese poderá o Judiciário penetrar no *mérito* desses atos, isto é, revê-los, sob o aspecto da sua conveniência, da sua utilidade ou da sua oportunidade.”²¹²

²¹⁰ Lembre-se, todavia, da ressalva de Miguel SEABRA FAGUNDES à expressão que invoca a “unicidade” de jurisdição. Isso porque, ainda que em pequeno número e excepcionalmente, algumas relações jurídicas escaparão ao exame do judiciário, “sendo possível afirmar que, hoje em dia, nenhum país aplica um sistema de controle puro, seja através do Poder Judiciário, seja através de tribunais administrativos”. Na vigência da Constituição de 1946, lembra o autor, como exceções ao monopólio jurisdicional do poder judiciário, “no que concerne a matéria contenciosa administrativa”: o julgamento pelo Congresso Nacional dos crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado quando conexos com aqueles e dos ministros do Supremo Tribunal Federal; o julgamento da “legalidade dos contratos, aposentadorias, etc., e das contas dos responsáveis por fundos ou bens públicos, delegado do Tribunal de Contas” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 132-133 e 156).

²¹¹ *Direito administrativo brasileiro*, p. 602 (13ª ed.). Note-se, a propósito da citação da “eficiência”, que o autor escrevia em tempo anterior à positivação constitucional desse princípio da administração.

²¹² *Programa de direito administrativo*, p. 232.

De resto, para considerações mais aprofundadas e elaboradas, a grande maioria das obras fazia referência à monografia de Miguel SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, em suas várias edições.

No período seguinte a ser analisado, inaugurado com a Constituição de 1988, entrará em questão um alargamento do sentido de legalidade e, como consequência, sentida mais a partir de fins da década de 1990, haverá significativa mudança no modelo da justicialidade.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR