

Evolução Histórica do Direito Administrativo

(Notas de aula)

CAIO TÁCITO

O Direito Administrativo surgiu como disciplina jurídica autônoma em época relativamente recente. Até a reforma política decorrente da Revolução Francêsa não se podia caracterizar a independência científica dos preceitos reguladores da atividade administrativa do Estado. Por certo, muito antes desse marco cronológico existiam normas jurídicas sobre a organização e execução de serviços públicos. Faltava-lhes, porém, a unidade de tratamento, de objeto e de método. E' evidente que a tarefa administrativa precedeu ao Direito Administrativo. Todo grupo social, mesmo primitivo e embrionário, exerce funções de administração. A disciplina da vida comum, as necessidades essenciais de defesa e manutenção da coletividade conduzem a um processo administrativo, embora rudimentar. Não se encontra, porém, do sistema jurídico dessas relações a subordinação simultânea do indivíduo e do Estado ao império da lei.

Desde o Direito Romano podemos identificar um conjunto de normas e princípios relativos à administração. As constituições de Diocleciano cuidam da organização administrativa. No "Corpus Juris Civilis" figuram os títulos "de juri fisci", "de acquis", "de publicanis", "de via publica" e outros que dispõem sobre a matéria administrativa. No "Digesto" encontram-se fragmentos sobre mercados, feiras, fiscalização de gêneros alimentícios, cargos públicos e suas honras, sobre tributos e sua arrecadação. GAIO, PAPINIANO e ULPIANO escreveram sobre a administração pública. Todos esses elementos não se formulavam, porém, com o caráter de autonomia e se enquadravam no "jus publicum". Se, eventualmente, existia a norma administrativa não se constituía ainda o Direito Administrativo.

Ressalvadas as variações históricas, o panorama se repete em toda a antiguidade e na Idade Média. O feudalismo, construído sobre o princípio da autoridade, era incompatível com a subordinação do senhor feudal a um sistema jurídico de administração. Também nos Estados absolutos, em que a vontade do soberano era a última lei, não havia clima para a formação do Direito Administrativo. A administração não se submetia a regras e condições limitativas e flutuava ao sabor da conveniência política ou dos ditames pessoais da suprema autoridade do Estado.

A juridicidade da administração pública é fruto do liberalismo político. Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador — veículo da vontade do soberano — é, como este, irresponsável. A administração é, apenas, uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O Estado de Direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da Lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica.

O Direito Administrativo surge entre as cinzas ainda quentes do regalismo. A sua certidão de nascimento é, de acôrdo com parecer de Zanobini, a lei de 28 pluviôse do ano VIII (1800 no calendário gregoriano), que deu feição jurídica à administração francesa.

O episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro em limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.

A êsse fenômeno de legalização da atividade administrativa associa-se mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa, aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizaram em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados da ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social. O Estado moderno assume, cada vez mais, sentido dinâmico, mediante a regulamentação, o contrôle ou o monopólio do comércio, da produção, do ensino, do transporte ou, até mesmo, da pesquisa científica. A tônica dos regimes políticos se desloca da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar — eis o lema democrático moderno.

Os novos encargos de govêrno levam à hipertrofia dos órgãos executivos. Não mais se limita a administração ao papel clássico de manter a ordem e a tranquilidade públicas. O poder de polícia do Estado alcança, praticamente, tôdas as formas de atividade humana. A administração, ao mesmo tempo, se especializa e se generaliza. Os entes estatais se descentralizam em novas pessoas jurídicas de direito público. A capacidade normativa do Executivo se desenvolve por meio das delegações legislativas e do poder regulamentar. Os tribunais administrativos, ou as comissões dotadas de poderes quase-judiciais, englobam expressiva parcela da atividade jurisdicional.

O individualismo jurídico se decompõe sob a pressão poderosa de causas e concausas sociais. A socialização do Direito transcende ao plano doutrinário e se afirma na criação legislativa e na hermenêutica constitucional. Não se trata apenas — disse-o o professor Afonso Arinos de Melo Franco — de crise do Direito, mas de Direito da crise.

As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e gerência de interesses gerais e individuais. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos e incertezas sociais, a própria defesa da

soberania nacional motivam a revisão de alicerces: a propriedade, a família, o trabalho, a autonomia da vontade ou a liberdade de contrato obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva.

Na França surgem, no início do século XIX, os primeiros trabalhos sistemáticos de Direito Administrativo, dedicados especialmente à análise do direito positivo e da jurisprudência administrativa. Duas obras famosas do primeiro quartel do século trazem êsse cunho peculiar: "Les elements de jurisprudence administrative" de MACAREL (1818) e as "Questions de Droit Administratif" de CORMENIN (1822) são sobretudo, crítica e síntese de casos materiais.

A obra de DE GERANDO, as "Institutas de Direito Administrativo Francês" é uma coletânea ordenada da abundante legislação da época e de sua interpretação dominante.

Partindo do exame da jurisprudência para a construcionista do Direito Administrativo, a escola francesa se caracterizou pelo emprêgo do método exegético. LAFERRIÈRE escrevia, ainda no século passado: "Com a ajuda da jurisprudência, devem-se buscar os elementos de solução jurídica e completar êsse trabalho de análise com uma síntese que condense e firme a doutrina". Acentuando a tendência, GASTON JÈSE assinalou, recentemente, em prefácio, a tradução argentina de seu notável tratado que "o direito administrativo francês é uma criação do Conselho de Estado, atuando como tribunal administrativo". MARCEL WALINE, entre outros, alude à disciplina como um "direito pretoriano", "um direito jurisprudencial".

Além dos precursores já indicados, deve-se a formação da ciência do Direito Administrativo na França aos esforços de AUCOC, LAFERRIÈRE, DUCROCO, SERRIGNY, BATBIE, DUFOUR, entre muitos. No século atual, o seu intenso desenvolvimento e fecundo poder criador recebeu o impulso da contribuição de DUGUIR, HAURIOU, JÈZE, BERRHÉMY, ROGER BONNARD, MARCEL WALINE, ROLLAND LAUBADÈRE e vários outros. Merece destaque especial a contribuição valiosa da "revue du Droit Public et de la Science Politique" que é manancial excelente da doutrina francesa.

Em sentido oposto à orientação francesa, a escola alemã dedicou-se ao estudo do Direito Administrativo dentro de critérios desligados da aplicação imediata da lei e visando antes a estabelecer princípios gerais teóricos para os vários institutos. Por outro lado, como assinala FLEINER, ao passo que na França a criação da nova ciência jurídica se originava da revolução social extremada, o direito administrativo alemão não se filia a uma crise profunda do Estado e da sociedade, mas a um lento processo de transformação. Iniciando-se com os trabalhos de MOHL, em 1825, a doutrina alemão de direito administrativo aprofundou-se nas obras de STEIN, SARWEY, LABAND e GEORGE JELLINEK. Extremando-se na construção abstrata, a corrente germânica terminaria pecando pelo excesso de sistematização teórica. No período contemporâneo devem ser referidos os nomes de OTTO MAYER, FLEINER, MERKL, HOHN e WALTER JELLINEK pelos seus importantes subsídios ao estudo da matéria.

Na Itália, coube a DOMENICO ROMAGNOSI antecipar-se ao movimento científico, com os seus "Principii fondamentali di Diritto Administrativo", publicados em 1814, os quais, pela sua importância doutrinária na época, levaram ZANOBINI a lhe atribuir o título de "fundador da ciência do direito administrativo". O florescimento da literatura italiana na especialidade se verifica, porém, mais tarde, à luz da experiência francesa e alemã. Dosando as duas tendências, os escritores do país mediterrâneo atingem um grau de equilíbrio que lhes assegura papel de relêvo a bibliografia de Direito Administrativo. MANNA (1842), MEUCCI (1879) e sobretudo ORLANDO e seus adeptos, a partir de 1885, renovaram, profundamente a doutrina jurídica administrativa. Graças à intensa profusão de seus tratadistas e monografistas, é indispensável o acesso à contribuição italiana para o conhecimento da atualidade científica no Direito Administrativo. Merece relêvo a atuação, entre outros, de CAMMEO, SANTI ROMANO, RANELLETTI, CINO VITTÁ, PRESUTTI, RAGGI, FORTI, ZANOBINI, D'ALESSIO, GIANNINI, LENTINI. E' importante também o farto material doutrinário e de jurisprudência contido em revistas especializadas, como a "Rivista di Diritto Pubblico", o "Foro Anministrativo", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", "Rassegna di Diritto Pubblico", e outros mais.

Na literatura jurídica de outros países podemos assinalar, como autores de consulta necessária, BIELSA, BULLRICH, BASAVILRASO, na Argentina; MARCELO CAETANO, MAGALHÃES COLAÇO, em Portugal; POSADA, OVIEDO, GASCON Y MARIN, na Espanha; GABINO FRAGA, no México; GOODNOW, LANDIS, FREUND, WHITE, VOM BAUR, HART e WILLOUGHBY, nos Estados Unidos; CARR, ROBSON, SCHWARTZ, na Inglaterra.

Entre nós, os primeiros livros de Direito Administrativo surgem da necessidade didática. Criada a cadeira pela lei de 16 de agosto de 1851, começou a ser lecionada, quatro anos mais tarde, nas Faculdades de Recife e São Paulo. VICENTE PEREIRA REGO, catedrático na primeira dessas escolas publicou em 1856 o seu "Compêndio ou repetições escritas sobre os elementos de Direito Administrativo" (1) enquanto ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, catedrático em São Paulo, divulgava, em 1866, o "Direito Administrativo Brasileiro". Em 1862 o VISCONDE DO URUGUAI lançou o seu importante "Ensaio sobre o Direito Administrativo". VEIGA CABRAL, FURTADO DE MENDONÇA e outros escrevem também obras na especialidade, seguidos no século atual, por VIVEIROS DE CASTRO, PÔRTO CARRERO, ALCIDES CRUZ, OLIVEIRA SANTOS, entre os mais antigos e, entre os mais modernos JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, TITO PRATES DA FONSECA, RUI CIRNE LIMA, GUIMARÃES MENEGALE, RODRIGUES VALE, ALCINO SALAZAR, BILAC PINTO, CARLOS MEDEIROS SILVA, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VITOR NUNES LEAL, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, SEABRA FAGUNDES e inúmeros outros. E' de se realçar ainda, o progresso ofe-

(1) A obra de VICENTE PEREIRA DO REGO é o primeiro livro sobre Direito Administrativo publicado na América Latina. Mas, a respeito, a nota de minha autoria, in "Revista de Direito Administrativo" — Vol. 27, pgs. 428-429.

recido a sistematização dos estudos de Direito Administrativo no Brasil pela "Revista de Direito Administrativo", modelar publicação especializada.

AUTONOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As relações estreitas entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional criaram, por algum tempo, impugnações à autonomia da primeira disciplina. DUCROCO dizia que no Direito Constitucional se encontravam os títulos dos capítulos do Direito Administrativo. FOIGNET atribuía ao Direito Constitucional o estudo das atividades superiores do Estado e ao Direito Administrativo o de suas atividades inferiores.

Modernamente, porém, é pacífica a autonomia do Direito Administrativo, como ramo especial do Direito Público, com objeto próprio e distinto do Direito Constitucional. A sua importância prática, aumenta, por outro lado, dia a dia, com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e social, limitando e ordenando, no interesse da coletividade, os excessos do individualismo liberal que conduziu, no estágio atual do capitalismo, a formação de poderes privados acima do Estado.

A experiência da sociedade contemporânea evidenciou que não mais se admite a posição contemplativa do Poder Público diante de conflitos sociais notórios e angustiantes. O ideal enciclopedista do individualismo jurídico tornou-se obsoleto diante da concentração da riqueza nas mãos de grupos poderosos, em detrimento da imensa maioria. A função de equilíbrio do Estado tornou-se imperativa a sua intervenção no domínio da atividade privada. O Estado passou de fiscal a agente, de espectador a ator, de estático a dinâmico. O Poder Público tornou-se industrial, comerciante, banqueiro transportador. Além da ação coatora e limitadora, exerce o Estado a ação direta de criador e distribuidor de riqueza e bem estar. A experiência do *New Deal*, nos Estados Unidos, como a do *Fair Deal*; a política inglesa de socialização progressiva (que mesmo o regresso aos conservadores não mais eliminou em suas raízes) são exemplos claros da era intervencionista no Estado moderno.

Entre nós, a Constituição de 1946 faculta a intervenção da União no domínio econômico e o monopólio estatal de determinada indústria ou atividade (art. 146); condiciona o uso da propriedade ao bem estar social, admitindo a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (art. 147) e determina que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico (art. 148).

A crescente participação do Estado em novos territórios de ação vem naturalmente, ampliar também o setor de aplicação do Direito Administrativo, parecendo assim confirmar aquela imagem de RADBRUCH quando vaticinava que o Direito Administrativo terminaria por devorar o Direito Civil. Já se disse que, na sociedade do futuro todo o Direito será Público, na comunhão integral de deveres e aspirações. Mesmo na realidade do presente, em que a crise social desafia o legislador e o jurista, a expansão do Direito Administrativo é a correlação natural do alargamento da função administrativa do Estado.