

Desenvolvimento e conceituação da ciência administrativa

HANS FRANKE

Dr. jur. e Dr. rer. pol.

SUMARIO

I) O termo "administração". — II) Significação das expressões "ciências políticas", "política" e "ciência do Estado". — III) O governo e a administração no tempo do regime feudal e do absolutismo. — IV) Os teóricos da separação dos poderes. — V) Sua influência sobre as Constituições modernas. — VI) Conceituação da ciência da administração nas publicações científicas internacionais. — VII) Administração propriamente dita e direito administrativo; seu objeto e seu método. — VIII) Limites da realização da separação dos poderes. — IX) Resumo. — X) O ensino da ciência administrativa no Brasil.

I

"Pode-se pretender, com plena certeza, que a administração — empregado este termo em seu sentido próprio — existe e deve existir em todos os países que atingiram certo desenvolvimento digno de tal nome". Essa observação do famoso professor da *Columbia University*, Frank J. GOODNOW (1), não é menos justa do que as palavras de Georges RENARD (2): "*Le régime administratif est plus facile à sentir qu'à expliquer*".

(1) Frank J. Goodnow — *The principles of the Administrative Law of the United States* — New York, p. 3.

(2) Georges Renard no prefácio do livro de Henri Welter: *Le contrôle juridictionnel de la Moralité administrative* — Paris, 1929, p. IV.

Todavia, a palavra "administração", tão frequentemente empregada hoje em dia, só se tornou usual na França a partir do fim do século XVIII. Foi também a partir de época relativamente recente, mais ou menos 1860, que na Alemanha a palavra *Verwaltung* (administração) foi posta em relevo e substituiu a expressão *Polizei* (polícia). Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte, *government* se emprega no sentido de administração; mas a expressão *administrative power* (poder administrativo) figura cada vez mais nos escritos dos publicistas.

II

A falta de um termo especial para a ciência administrativa era devida ao fato de não se conhecer, até o tempo acima indicado, sinão as "ciências políticas", que englobavam a totalidade das ciências sociais. Isso se explicava pela opinião geral de que somente a influência do Estado sobre toda a vida social era decisiva. Não se tratava, entretanto, apenas de um exagero, mas, também, de um erro. Ainda que o Estado influísse fortemente nos fenômenos sociais e econômicos, ele não é o seu causador direto. Na verdade, as ciências políticas propriamente ditas dizem respeito ao Estado, a sua origem, a suas funções, a seus órgãos etc. As expressões "*scienza politica*", "*political science*" e "*sciences politiques*" não levam em conta o domínio restrito que elas abrangeriam. Quanto ao termo "política", ocorre um equívoco que vem desde os tempos antigos. Para

os antigos gregos a "polis" era a comunidade universal, política e religiosa ao mesmo tempo, limitada a uma cidade ou a um pequeno cantão. Quando êsses gregos — aí incluídos Platão e Aristóteles — falavam da política, tratava-se apenas da "polis", fora da qual não existia nenhum domínio cultural independente. Compreende-se que a idéa moderna da política seja totalmente diferente da antiga.

A expressão "ciência do Estado" como tradução muito inexata do termo "política" encontra-se pela primeira vez em 1750, mais ou menos, enquanto que a distinção entre a política e o direito constitucional foi feita primeiramente em 1672 pelo holandês Ulrico HUBER. Nessa época, não é preciso dizer, não se conhecia ainda uma ciência da administração. Ela se incluía na ciência do Estado, embora a administração indispensável a cada govêrno existisse desde tempos antigos.

III

Na Alemanha e, geralmente, na França também, o soberano governava, durante a idade média, em virtude de seus direitos de soberania. Êstes limitavam as exigências dos príncipes reinantes em relação a seus súbditos. O direito privado serviu de modelo a essa ordem de coisas. Os soberanos não podiam pretender impostos ou serviços de seus súbditos sinão à medida que seus direitos de soberania — baseados às mais das vezes na posse do território — os autorizassem a isso. No princípio, os direitos dos súbditos, que repousavam em títulos especiais, eram equivalentes aos direitos dos soberanos. Os primeiros não podiam ser restringidos sinão em caso de necessidade absoluta, por interêsses do bem comum e no caso de possuir o soberano êsse direito especial chamado "imperium eminens".

Depois do fim da idade média, o título de intervenção começa a modificar-se. Não mais se funda num direito especial do soberano, mas na idéa do Estado. Em nome da salvação pública, a atividade da polícia cresce, ao mesmo tempo que os direitos dos súbditos diminuem. O regime de polícia é caracterizado por um absoluto poder discricionário que não conhece as limitações da época precedente. Contudo, começava-se a experimentar a necessidade de uma instrução concernente aos princípios que deveriam fazer regra. Foi assim que nasceram as ciências *cameralísticas* (Ciências da administração das finanças e dos di-

reitos da Corôa); elas estabelecem as grandes correntes de idéias dêsse sistema de administração no qual o direito ocupava uma ordem muito inferior. "*L'Etat c'est moi*" é a divisa dos soberanos dêsse tempo de absolutismo.

IV

Já Aristóteles, de acôrdo com as instituições existentes no seu tempo, dividira as funções do Estado em legislativa, administrativa e judiciária. Desde então, diferentes autores o repetiram. Marsilius de Padua, no 14.º século, distinguiu nitidamente o legislativo do executivo; assim também John LOCKE nos fins do século XVII. Não obstante, foi MONTESQUIEU, em 1748, o primeiro a exigir, em sua obra "*De l'esprit des lois*", não somente uma separação dos poderes, mas também sua distribuição entre magistraturas diferentes. Citemos o trecho respectivo, do 6.º capítulo dêsse livro: "*Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Si elle était jointe à la puissance législative le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*".

A teoria de Montesquieu foi adotada, como se sabe, pela revolução francesa com a modificação de ser atribuída uma ordem dominante ao legislativo. A lei de 28 *pluviôse* do ano VIII estabeleceu as bases fundamentais da organização administrativa, as quais não foram modificadas por nenhuma das revoluções ulteriores. A ação foi confiada a agentes, a deliberação a conselhos, o contencioso a juizes.

Precisemos ainda uma vez as linhas mestras das idéias de Montesquieu: A legislação cabe unicamente ao legislador, o executivo às magistraturas administrativas e a jurisdição penal e civil aos tribunais. De outro lado, os legisladores devem limitar-se à legislação, as magistraturas administrativas aos atos de execução e os tribunais à jurisdição.

V

As Constituições modernas de quasi todos os países adotaram em princípio essa tripartição, si bem que quasi todos tenham declinado a parte da tese de Montesquieu na qual êle negava a unidade da soberania substituindo-a por êsses tres poderes. Não podemos abordar aqui o problema sutil da indivisibilidade da soberania. É interessante notar que mesmo representantes do regime totalitário nazista, como o professor L. v. KOEHLER (3), permanecem fiéis a êsse princípio de organização embora rejeitem sua tendência política.

As reservas anteriormente mencionadas e a realidade impediram a introdução completa da separação dos poderes, dêsse sistema de "*checks and balances*", de equilibrio de poder, que parece melhor garantir a esfera da liberdade individual; pois — segundo BENJAMIN CONSTANT (4) — "o individuo só é independente em sua vida privada e, mesmo nos Estados livres, só é soberano na aparência". Todavia, a ciência da administração deve seu desenvolvimento principalmente à teoria de Montesquieu, que tanta influência exerceu na revolução de 1789 e, indiretamente, na maior parte das Constituições da Europa no século XIX.

VI

Pedimos ao leitor desculpas pelo fato de, para comodidade da exposição, haveremos julgado necessário nos anteciparmos sobre certos resultados da análise das ciências da administração, cuja demonstração plena e total será feita agora.

O professor Goodnow, já citado na introdução dêste estudo, compara (5) o direito constitucional e a ciência do Estado com a anatomia de um govêrno, e a ciência administrativa com sua fisiologia. M. HAURIU (6) assim define a função administrativa: consiste em realizar os negócios correntes do público: 1.º no que toca à gestão dos interesses gerais; 2.º no que toca à administração executiva do direito. Rafael BIELSA (7) declara que "*a la ciencia de la administración*

(3) L. v. Koehler — *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechtes* — Stuttgart, 1936, p. 10.

(4) Benjamin Constant — *Cours de politique institutionelle* — Ed. Laboulave, 1861, p. 539 e segs.

(5) Frank J. Goodnow — *Ibid.*, p. 3.

(6) M. Hauriou — *Précis de droit administratif* — 11.ª ed., p. 15.

(7) Rafael Bielsa — *Ciencia de la Administración* — Rosário, 1937, p. 45.

sólo le incumbe indicar los modos y necesidad de la intervención de la Administración pública para alcanzar esos fines". Otto MAYER e Georg JELLINEK (8) dão uma definição negativa: a administração do Estado abrange todas as suas funções fora da legislação e da jurisdição.

Longe se está de um acôrdo perfeito quanto à definição da ciência administrativa e quanto ao conteúdo de suas finalidades. Entretanto, mau grado a divergência de opiniões no que toca aos detalhes, manifesta-se unanimidade quanto aos pontos cardiais. A ciência administrativa tem uma razão de ser que é original. Georg Jellinek não pretende, tambem, com sua definição negativa, que a administração seja apenas uma técnica. "A administração não é nunca uma simples execução, uma aplicação mecânica de regras gerais a um caso especial" Isso não pode ser objeto de discussão porque as normas da lei, limitando a atividade da administração, não a determinam completamente. O govêrno e o poder executivo são os dois elementos da administração pública. Ao primeiro incumbe a iniciativa e o direito de ordenar, ao segundo, a execução das ordens, os atos administrativos.

VII

A época atual se caracteriza por suas tendências de especialização. A matéria da ciência administrativa não faz exceção a isso. Cada vez mais se distingue a ciência da administração propriamente dita do direito administrativo. Segundo L. v. Koehler (9), a ciência da administração propriamente dita descreve de modo sistemático os diferentes fins da administração, seus meios de realizá-los, suas instituições e seus atos, levando em consideração seus fundamentos nas leis. O direito administrativo abrange o direito próprio às atividades da administração pública. Rafael Bielsa exprime-se de maneira semelhante (10): "*al derecho administrativo se le atribuye el estudio del organismo administrativo y a la ciencia de la administración se le assigna el estudio de la acción y del objeto de la Administración pública*".

Resta examinar em que consistem o objeto e o método da ciência administrativa. À primei-

(8) Georg Jellinek — *Allgemeine Staatslehre* — Berlim, 3.ª ed., p. 612.

(9) L. v. Koehler — *Ibid.*, p. 55.

(10) Rafael Bielsa — *Ibid.*, p. 41.

ra vista se poderia crer que as questões a serem resolvidas pela administração exigem somente uma noção das matérias de que ela se ocupa, por exemplo, uma noção da economia política, da sociologia, da técnica, da Higiene, etc. Contudo, isso não basta. E' uma particularidade de todas as ciências examinar cada um dos seus problemas segundo seu ponto de vista especial, abandonando os outros. Mas à administração, cada fenômeno de importância apresenta-se ao mesmo tempo sob diversos aspectos de acôrdo com a complexidade do bem geral. Afim de salvaguardá-lo o melhor possível torna-se indispensavel penetrar os múltiplos detalhes das relações sociais e unificar as tendências divergentes que se manifestam no seio do grupo social. O professor San Tiago DANTAS tem bastante razão (11) quando declara em seu artigo "A missão do ensino econômico e administrativo na reconstrução brasileira": "Quando, porém, consideramos uma situação social como problema do govêrno, ou conjuntura administrativa, vemos, como num corte vertical, compreendidas todas as faces que as várias ciências isolam e que aos olhos do administrador têm de se apresentar no seu entrelaçamento particular. A visão do administrador é, por isso, totalizadora do fenômeno social, o que constitui uma peculiaridade da ciência da administração e tem importância capital na formação do método administrativo..." "A conjuntura administrativa é a situação resultante do entrelaçamento momentâneo de determinados fatores que interrompemos no seu dinamismo para considerá-los como objeto de nosso pensamento". Ela é o ponto de partida para a administração, da mesma maneira que o fato social para a sociologia ou o fenômeno econômico para a economia política.

Quanto ao método da ciência administrativa propriamente dita, êle descreve e considera os diferentes domínios de uma administração, de um Estado, sob o ponto de vista universal de que acabamos de falar. Tendo em vista os fins práticos dessa ciência, explica quando e como o Estado deve intervir, quando deve se abster de qualquer intervenção.

A codificação do direito administrativo é uma consequência da crescente tendência da codificação, fato que se acentuou desde a introdução dos

regimes constitucionais estabelecidos depois da revolução de 1789. O princípio de legalidade da administração venceu o antigo predomínio absoluto do princípio de oportunidade, sem eliminá-lo todavia.

Efetivamente, é na lei que o ato juridico administrativo encontra seu primeiro elemento de estabilidade. Mas, à medida que se avança no domínio administrativo, vê-se o ato administrativo separar-se mais ou menos da regra legal e tender para fins especiais, para cuja determinação seria inutil de reportar-se ao texto legal.

Ademais, a administração aprecia em principio, com toda independência, os motivos de sua intervenção; ela é juiz soberano da oportunidade de suas decisões. Pode-se mesmo sustentar que é essencialmente no domínio das decisões individuais nos múltiplos detalhes da vida pública que se encontra o caracter particular da potência de que está investida a autoridade administrativa. E' nesse ponto preciso que descobriremos o poder comumente chamado de poder discricionário. Ao poder discricionário, compete a escolha do momento de agir e a dos meios de ação: exerce-se livremente em toda a medida em que a lei não o cerceou e assegura assim uma boa administração, cuja tarefa consiste em apreender os fenômenos da vida social no momento propício e com visão esclarecida de todas as exigências da situação. Si o ato administrativo, pois, deve estar conforme à lei, assim como ao fim determinado pelo espirito da função exercida, deve tambem ser oportuno. A oportunidade é, efetivamente, um terceiro elemento do ato, menos rigidamente caracterizado que os dois outros. O poder discricionário assim concedido impossibilita que êle se torne arbitrário.

No que se refere ao método do direito administrativo, ha que distinguir entre o antigo e o de nossos dias. Outrora, se estava limitado ao texto de um regulamento juridico, mais ou menos detalhado para cada alçada da administração pública. Isso tinha, sem dúvida, seu valor e satisfazia às necessidades dos agentes da administração. Mas faltava-lhe um ponto de vista sistemático mais elevado que teria feito depender as grandes correntes de idéias da administração e de seu direito. Essas exigências foram realizadas na Alemanha pelo professor Otto MAYER. Seu livro intitulado "Deutsches Verwaltungsrecht" (1.^a ed. — 1895) abriu uma nova senda à ciência do direito administrativo, que, desde então, se apro-

(11) San Tiago Dantas — "A missão do ensino econômico e administrativo na reconstrução brasileira" in *Revista de Economia e Estatística* — N.º 2, 1939, p. 118.

xima fortemente da das outras disciplinas da jurisprudência.

VIII

E' um fato incontestável que o direito tende a tornar-se mais elástico enquanto o rigor da lei aumenta, na administração pública, às custas do poder discricionário. A realidade faz com que desapareçam reiteradamente os limites da justiça, da legislação e da administração, mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, cuja Constituição estabelece nitidamente a separação dos poderes. Lembrar-se-á, por exemplo, que ali os juizes têm o direito de examinar a constitucionalidade de todas as leis. Usando dêsse direito, os juizes norte-americanos têm declarado não corresponderem aos "*Bills of Rights*" diferentes leis de grande alcance social e econômico. Resultou disso uma consequência grave, mas inevitável: o Estado foi obrigado a restringir sua legislação em matéria de política social. De outro lado, a atividade da administração no domínio governamental, em teoria, voltaria à legislação. Vê-se que a contradição objetiva do tríptico poder do Estado não corresponde inteiramente à divergência das tarefas dos órgãos públicos nesses tres domínios. Concordar-se-á com a observação de G. Jellinek (12): A distribuição dos poderes não leva em conta a beleza arquitetônica, mas toma em consideração a oportunidade política que causa exceções mesmo a regras admitidas como princípios gerais.

IX

Êste estudo não tem a pretensão de haver tratado a fundo do assunto; êle não pode sinão dar um apanhado da matéria, bastante vasta e tão estudada pelos sábios das diversas nações. Resumamos em poucas palavras os principais resultados das considerações que expendemos nos capitulos precedentes:

A questão de constituir a administração pública uma ciência já foi respondida em nossos dias de maneira positiva, mesmo nos países anglosaxônicos, que por mais tempo hesitaram em afirmá-lo. Certamente, deve-se fazer a concessão aos partidários de uma opinião contrária, já bastante rara, de que se trata de uma ciência pouco antiga. Experimentámos demonstrar as transfor-

mações dos princípios de govêrno no correr dos séculos. Mostrou-se a importância primordial que teve a realização mais ou menos perfeita da separação dos poderes governamentais no nascimento de uma ciência administrativa independente da ciência do Estado ou da jurisprudência. Em seguida, aprofundámos essa constatação sintetizando as definições modernas dessa nova ciência, que possui, como cada ciência verdadeira, seu próprio objeto (seu ponto de vista especial oriundo de seus fins) e seu próprio método. Finalmente, foram demonstradas certas dificuldades de realizar perfeitamente a separação dos poderes. Entretanto, isso não deixou dúvida a respeito da substância de nosso estudo: *A ciência administrativa é uma disciplina autônoma.*

X

O Govêrno do Brasil reconheceu a importância da ciência administrativa. Por essa razão, incluiu cursos dessa disciplina nas faculdades de ciências econômicas e administrativas. Por ocasião de sua aula inaugural, o professor San Tiago Dantas pronunciou as belas palavras seguintes: (13) "O ensino da administração, isto é, o estudo dos problemas do govêrno, eleva, esclarece, e, sobretudo, tem o poder capital de permitir que a ação do homem de iniciativa seja perfeitamente fixada pelos que dele dependem e devem reproduzir em minúcias o ato dele oriundo, especializado nos órgãos que lhe são subordinados"... Para fazer do Brasil "a grande nação que êle pode ser", devemos considerar como "necessidade inadiável, a que têm de atender as novas gerações brasileiras, a total criação da grandeza material do país, a reconstrução de sua mentalidade administrativa e política, a preparação de cada homem para ser governante ou governado".

(13) San Tiago Dantas — *Ibid.*, ps. 122 e 124.

OS Censos Nacionais Brasileiros vão criar uma nova consciência nacional, porque seus resultados nos convencerão de que o Brasil, pela sua grandeza continental e pelos seus recursos, pela sua crescente população e pelo trabalho honrado de seus filhos, está destinado a ser a mais alta expressão da civilização contemporânea.

(12) Georg Jellinek — *Ibid.*, p. 615.