Espécie Invasora — história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX*

Invading Species — history of the reception of the concept of administrative law by the brazilian legal doctrine in the 19th century

Walter Guandalini Junior**

RESUMO

O artigo examina o processo de recepção do conceito de “direito administrativo” pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. Iniciando pela análise do trabalho de construção do conceito pela doutrina jurídica francesa, avalia o modo como ele foi incorporado ao pensamento jurídico nacional e as consequências de sua ressignificação em face do contexto

* Artigo recebido em 9 de abril de 2014 e aprovado em 27 de julho de 2014.

** Mestre e doutor em direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), membro do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade (UFPR), do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e do Instituto Latino-americano de História do Direito (Ilahd). Doutorado com estágio de pesquisa na Università degli Studi di Firenze — Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (bolsista Capes/PDEE Processo BEX 1507/10-9). Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Advogado na Companhia Paranaense de Energia. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: prof.walter.g@gmail.com

político-social específico de nosso país. Conclui apresentando as funções desempenhadas pelo conceito de “direito administrativo” no discurso jurídico em circulação no Brasil Imperial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo — história do direito — história do direito administrativo — história dos conceitos — Brasil Império

ABSTRACT

This paper examines the reception process of the concept of “administrative law” by the brazilian legal doctrine in the 19th century. It analyses the concept’s construction by french legal doctrine, evaluates its incorporation into national legal thought and the consequences of its resignification in the light of brazilian socio-political context. Concludes by presenting the role played by the concept of “administrative law” in the circulating legal discourse in the Empire of Brazil.

KEYWORDS

Administrative law — legal history — history of administrative law — history of concepts — Empire of Brazil

1. Gênese alienígena

Em meados do século XIX um novo conceito passa a fazer parte do vocabulário jurídico brasileiro. Começa a circular na discussão política, no ambiente acadêmico, nas elaborações doutrinárias um jovem e pequeno alienígena, que apesar de sua debilidade provoca, como todo organismo exótico, uma importante reconfiguração do *habitat* em que se instala. Reivindicando com energia sua especificidade ontológica e afirmando inequivocamente sua autonomia especulativa, esse corpo estranho traz consigo um ecossistema completo que, após um período de apenas meio século, se instala definitivamente em nosso país, transformando profundamente a cultura jurídica e política nacional.

O forasteiro é o conceito de *direito administrativo*: novo ramo do direito; nova disciplina científica; novo objeto de conhecimento; mas, acima de tudo,

um novo dispositivo de saber-poder que desempenha, a partir do momento em que se insere em nossa cultura jurídica, um papel não desprezível na constituição da estrutura político-administrativa do Brasil imperial.

O direito administrativo é europeu, por nascimento. O novo objeto nasceu na França napoleônica ao final do século XVIII, em decorrência da atividade pretoriana do Conselho de Estado. Criado como jurisdição especificamente administrativa, separada da justiça comum, o Conselho promoveu a elaboração jurisprudencial dos princípios fundamentais do direito administrativo, construindo-o primariamente como direito não legislado, cuja especificidade procedia do fato de se referir à administração pública como tema de debate privilegiado.

A jurisprudência do Conselho de Estado rapidamente adquiriu estatuto acadêmico, e em 1815 a nova matéria se tornou objeto de saber autônomo, com a inclusão da disciplina “direito administrativo” na grade curricular das faculdades de direito francesas. Simultaneamente à difusão acadêmica ocorria uma difusão tratadística da disciplina, inicialmente centrada na análise da jurisprudência do Conselho de Estado, e logo em seguida buscando oferecer uma exposição ordenada de seu conteúdo legislativo.

Assiste-se, portanto, na Europa dos séculos XVIII e XIX, a um intenso processo de criação do direito administrativo e autonomização da ciência jurídica administrativista. A profundidade e a velocidade destas transformações podem ser explicadas: no século XIX as revoluções burguesas já haviam conseguido efetuar com sucesso a separação entre a administração pública e o poder jurisdicional típico da Idade Média, assegurando ao Estado a autonomia de que necessitava para promover a centralização do poder político, a regulamentação da cidade e a construção de uma ordem capitalista.

Como afirmam Mannori e Sordi,¹ os pontos cardeais que orientam a concepção do direito administrativo como objeto específico de uma disciplina autônoma são constituídos pelo tríptico postulado de que (1) a administração existe, (2) não possui qualquer ponto em comum com o Judiciário, e (3) é poder estatal. Ou seja, o interesse dos juristas europeus pelo fenômeno administrativo decorre da necessidade de dar conteúdo preciso a uma já existente (ou afirmada como tal) independência da administração em relação à justiça, compreendida como princípio constitucional indiscutível e reconhecida como realidade incontornável. A mesma explicação é formulada

¹ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4. ed. Milão: Laterza, 2006. p. 281.

por António Manuel Hespanha,² quando analisa a inclusão do direito administrativo nas faculdades portuguesas:

A criação dessa cadeira correspondia, afinal, à transcrição no ensino universitário de uma realidade insofismável. Desde os finais do século XVIII a administração vinha, incessantemente, crescendo. E, sobretudo com a restauração da Carta e com os subsequentes decretos ditatoriais de Mouzinho e de Passos Manuel, isso tinha-se tornado gritante. Nem o conservadorismo do corpo acadêmico coimbrão, reativo a abandonar o elenco das matérias legadas pela reforma pombalina e — muito menos — em admitir que era a lei do legislador e não a doutrina das gentes que fazia direito — podia desconhecer que, correspondendo à crescente hegemonia adquirida pela atividade do Estado, o Direito Administrativo tem que ser considerado como “superior, em categoria, ao Direito Civil, ou Particular, mais difícil, e talvez mais vasto, e de mais frequente aplicação”. Ora, a esta crescente importância da Administração e do seu direito não correspondia “uma cadeira, aonde se ensine e se desenvolva este ramo da ciência”.

Desenvolve-se assim, na Europa pós-revolucionária, uma ciência do direito administrativo concebida como racionalização *a posteriori* de uma realidade considerada preexistente. Independentemente do caráter real ou fictício dessa administração “forte”, cujos poderes se pretendia limitar por uma regulação jurídica, o fato é que a construção histórica do novo ramo do saber se caracteriza como um dos múltiplos relés de causa-efeito que contribui para uma transformação radical do dispositivo de poder existente nas sociedades europeias do início da modernidade: de uma sociedade de soberania, marcada pela existência de um Estado de Justiça que fundamentava suas práticas de poder em uma legitimidade originária, para uma sociedade disciplinar, organizada em torno de um Estado de Polícia que exerce seu poder de forma regulamentar, visando à proteção permanente da sociedade e ao crescimento contínuo das forças do Estado.

O Estado administrativo que começa a se organizar a partir do final do século XVII é o resultado de um regime de governamentalidades disciplinares, que buscam aumentar as forças do corpo em termos econômicos

² HESPANHA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo ativo (c. 1800 — c. 1910). In: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira (Org.). *Fontes para a história do direito administrativo português — séc. XIX*. Lisboa: FD-UNL, 2006. p. 7.

e de utilidade, e as reduzir em termos políticos de desobediência.³ Não pode, portanto, a ciência do direito administrativo que se desenvolve nesse período ser dissociada das práticas de disciplinamento dos indivíduos e regulamentação das populações que buscavam proteger as novas formas de riqueza, assegurando o crescimento contínuo das forças do Estado.

É possível afirmar, então, que a criação de um órgão autônomo para a regulação e o julgamento dos atos da administração, acompanhada da exclusão dos juízes da esfera administrativa, corresponde claramente ao objetivo de organização da administração pública como instituição regulamentar da sociedade — apta a ordenar a multiplicidade caótica que nas sociedades de soberania da Idade Média era passível de controle pelo sistema de proibições de um dispositivo jurídico. A nova realidade social e econômica exige a construção de um dispositivo de poder mais complexo, disciplinar, problema para o qual a ciência jurídico-administrativa que surge no início do século XIX se apresenta como solução, devendo ser compreendida como racionalização técnica deste processo de reorganização da microfísica do poder nos primórdios da Modernidade político-jurídica.

Mesmo os juristas do período são capazes de enxergar com lucidez o significado da atividade administrativa do Estado oitocentista, compreendendo-a essencialmente como instituição disciplinar. Promovem, assim, a construção de um conceito de direito administrativo que atribui ao Estado todas as funções de vigilância hierárquica e sanção normalizadora típicas da sociedade disciplinar, de modo a assegurar o exame permanente e constante sobre a vida social urbana.

Vários exemplares dessa forma de pensamento se encontram no estudo histórico de Mannori e Sordi.⁴ Os autores citam Portiez de l'Oise, para quem “administrar é agir, e agir sem interrupção”; Charles Bonnin, que afirma que a ação administrativa “é de todos os momentos, pois não há um instante da vida em que o cidadão não esteja em relação com o Estado”; Louis Antoine Macarel, que define a administração como a “ação vital do governo, que provê incessantemente a segurança geral, a manutenção da ordem pública e a satisfação de todas as outras necessidades da sociedade”; e Lione, segundo o qual a ação administrativa é uma ação “incessante, geral, e se faz sentir em todos os domínios da ordem pública”.

³ Como explica FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*. Lonrai: Gallimard; Seuil, 2004. p. 329.

⁴ Luca Mannori e Bernardo Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., p. 282.

Um conceito de direito administrativo como esse enfatiza a necessidade de ação constante e permanente do Estado na organização da sociedade e no disciplinamento da vida individual — ainda que reconheça a necessidade de regulação dessa atuação pelo direito. Ressalta-se, assim, a preocupação dos administrativistas franceses em reafirmar a **proteção do interesse geral** como objetivo essencial do novo ramo do direito, que se manifesta concretamente pela regulação jurídica das relações que se estabelecem entre o Estado e os cidadãos durante sua ação ininterrupta de satisfação de todas as necessidades sociais. Nas palavras de Mannori e Sordi:

*Viene così a formarsi un patrimonio di luoghi comuni fondativi che continuerà a produrre suoi effetti fin quasi a noi. Dalla posizione di contestatissima ultima arrivata nel catalogo delle pubbliche funzioni, l'amministrazione si trova in pochi anni promossa al rango dell'attività statale più indefettibile e necessaria. Quella legittimazione che essa aveva tanto faticosamente cercato negli anni della vecchia monarchia, l'ha ora finalmente trovata in questo Stato nuovo, che fa della cura degli interessi generali il suo obiettivo essenziale.*⁵ (Sem grifos no original)

Assim, o direito administrativo se apresenta inicialmente como elemento limitador do arbítrio característico do Estado de Polícia do antigo regime, que permitia a desconsideração das barreiras jurídicas ao poder monárquico (constituída, sobretudo, pelos antigos direitos e privilégios de grupos sociais específicos) e assegurava a multiplicação de suas riquezas, expandindo as fontes últimas de seu poderio político-militar (população e metais). Não obstante, ao exigir o reconhecimento de um estatuto jurídico diferenciado para o Estado-administrador, também se opõe aos valores mais essenciais do Estado Liberal, permitindo a intervenção direta (ainda que regulada) da administração em uma esfera que até então havia sido deixada à autorregulação de grupos privados, normalizando diretamente as relações entre a administração e os particulares tomados como indivíduos.

⁵ Ibid., p. 284. “Forma-se, assim, um patrimônio de lugares-comuns fundantes que continuará a produzir seus efeitos quase até a atualidade. Da posição de contestadíssima última novidade no catálogo das funções públicas, a administração se encontra, em poucos anos, promovida ao posto de atividade estatal mais indefectível e necessária. Aquela legitimação que havia, com tanto esforço, buscado nos anos da velha monarquia, finalmente a encontrou agora neste Estado novo, que **faz do cuidado dos interesses gerais o seu objetivo essencial.**” (tradução livre, sem grifos no original).

Constrói-se, em suma, na Europa do Oitocentos, um conceito de direito administrativo que se afirma como limitação jurídica do arbítrio policial enquanto regula uma intervenção cada vez maior (e com menos estorvos) do Estado sobre a vida urbana. Afirmando-se como injunção a uma ação incessante do Estado, e constituindo-se como autolimitação dessa mesma ação, o conceito de direito administrativo desempenha uma função precisa no dispositivo de saber-poder em construção no período: atua como correia de transmissão do novo modo de exercício do poder estatal, transferindo às relações sociais o poder normalizador exercido pela governamentalidade policial e permitindo assim a realização do projeto panóptico de quadriculamento completo da vida urbana e disciplinamento integral dos corpos individuais.

2. Contatos imediatos

Desenvolvendo-se principalmente na França, na Áustria e na Prússia, é tardia a chegada do novo dispositivo de poder à Península Ibérica. Entre franceses e germânicos o dispositivo de polícia vinha se construindo lentamente desde o século XVII, tendo se desenvolvido a partir de noções tradicionais de ordem provenientes da moral cristã, para progressivamente assumir seu significado moderno de gestão interna do Estado (século XVIII), e, mais tarde, o negativo sentido pós-revolucionário de arbítrio característico do absolutismo do antigo regime (século XIX, quando se apresenta a necessidade de sua autolimitação pelo direito administrativo).

Segundo Seelaender,⁶ foi somente ao final do século XVIII que se acentuou, em Portugal, o uso da lei de polícia como ferramenta de transformação da realidade existente. Embora a recepção das técnicas de polícia tenha sido facilitada pela concentração da atividade econômica nas mãos do Estado (diante da existência de uma burguesia fraca demais para escapar de sua sombra), é a própria força do Estado português o elemento a explicar o atraso de sua recepção — em razão da desnecessidade de utilização de uma tecnologia tão cara e trabalhosa para o desenvolvimento de um Estado já rico e forte. Esclarece o autor:

⁶ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A “Polícia” e as funções do Estado — notas sobre a polícia no Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 78, 2009.

Considerando-se a relativa prosperidade do reinado de D. João V (1706-1750) e a clara vinculação entre as necessidades financeiras do Absolutismo e o desenvolvimento de técnicas “policiais” de estímulo à atividade econômica interna, não seria difícil de explicar o relativo atraso com que surgiram, em Portugal, os primeiros espaços institucionais para discussão e estudo dessa temática.⁷

Assim, é somente no período pombalino, quando os portugueses são obrigados a enfrentar os problemas gerados pela crise financeira e pela instabilidade política, econômica e social, que se cria a primeira Intendência Geral de Polícia (1760), e até a criação da Real Academia das Ciências de Lisboa (1779-80) não há no país qualquer instituição permanente destinada à produção e transmissão de técnicas de fomento econômico e estímulo ao crescimento populacional.

Em 1808 a sede do governo imperial é transferida ao Brasil, mas a novíssima tecnologia de poder que vinha sendo construída na Metrópole se perde na mudança. Por um lado, a existência no país de uma economia baseada no domínio de terras e na agricultura de exportação torna sem sentido a organização de um dispositivo de poder voltado à regulamentação da vida urbana e ao disciplinamento meticuloso dos corpos individuais; por outro lado, a necessidade de reforço da soberania imperial e a pequena densidade da burocracia estatal conduzem a uma concentração da estrutura e da atuação do Estado na capital, caracterizando-se o período joanino (e, mais tarde, também o Brasil independente) por uma marcada incapacidade de extensão da ação de governo até a periferia. Como explica José Murilo de Carvalho:⁸

A enorme visibilidade do poder era em parte devida à monarquia, com as suas pompas, seus rituais, com o carisma da figura real. Mas era também fruto da centralização política do Estado. Havia quase unanimidade de opinião sobre o poder do Estado como sendo excessivo ou opressor ou, pelo menos, como inibidor da iniciativa pessoal, da liberdade individual. Mas, como mostrou o Visconde de Uruguai, esse poder era em boa parte ilusório. A burocracia do Estado

⁷ Ibid., p. 76.

⁸ CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem/Teatro de sombras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 418.

era macrocefálica: tinha cabeça grande, mas braços muito curtos. Agigantava-se na Corte mas não alcançava as municipalidades e mal atingia as províncias. Todos viam a cabeça luzindo no alto mas não atentavam para a atrofia dos braços.

Existia em nossa sociedade um dispositivo político similar ao que Foucault constatou existir na Europa do século XVI, fundado na ideia de soberania, e mais preocupado em fornecer uma legitimidade jurídica originária ao soberano do que em intervir diretamente sobre a sociedade para a defesa do “interesse geral”. Nessas sociedades, onde o açambarcamento da produção não havia sido substituído pelo disciplinamento dos trabalhadores, não fazia sentido atribuir ao direito a tarefa de regulamentar a intervenção do Estado sobre a sociedade civil; em vez disso, o discurso e a técnica do direito funcionavam de modo a dissolver o fato da dominação, fazendo aparecer em seu lugar os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência dos súditos — estabelecendo uma relação política de sujeito para sujeito, fundamentando a unidade do poder na figura do monarca e demonstrando como um poder pode se constituir de acordo com uma legitimidade fundamental superior a todas as leis.⁹ Tudo isso faz com que até a metade do século XIX não se desenvolva, no Brasil, uma tecnologia de poder normalizadora, uma governamentalidade policalesca, ou uma doutrina do direito administrativo que regulasse e limitasse a intervenção do Estado na vida social urbana.

Apesar de tudo, é neste ambiente inóspito que aterrissa o conceito alienígena; não como realidade empírica, não como produção normativa, não como dispositivo de saber-poder, mas justamente como conceito, através da incorporação, ao ensino jurídico nacional, da disciplina que já havia se consolidado em território europeu: a ciência do direito administrativo.

É claro que o desenvolvimento de uma ciência do direito administrativo pressupõe o estabelecimento de um campo específico de circulação dessa ciência, com o reconhecimento de seu estatuto científico por parte das instituições de ensino universitário. Deve-se ressaltar, quanto a esse ponto, o caráter tardio do desenvolvimento de um campo de debate acadêmico sobre o direito em nosso país, concentrado, até a independência, nas Faculdades de Direito da Metrópole.

⁹ Conforme a análise de FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 50.

O ensino do direito tem início, no Brasil, em 1828, com a inauguração de nossos primeiros cursos de ciências jurídicas. Embora a América hispânica já contasse com diversas faculdades de direito, no Brasil é somente após a Independência que será politicamente viável a criação de cursos jurídicos nacionais, visto que a formação jurídica em Coimbra era um elemento fundamental de coesão da elite política Imperial e de manutenção dos vínculos entre a Metrópole e a Colônia — como reconhecia explicitamente o próprio governo português.¹⁰

Assim, em 1827 são criados os primeiros cursos de ciências jurídicas do Brasil, nas cidades de Olinda e São Paulo. Sua inauguração ocorre um ano depois, em agosto de 1828, e em 1831 são criados os estatutos que vão regê-los até o ano de 1854, quando ocorre a primeira grande reforma do ensino jurídico no país.

Durante todo o período entre 1831 e 1854 o ensino jurídico brasileiro é regido pelos *Estatutos dos Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais do Império*; os estatutos não preveem o ensino da disciplina de direito administrativo, mas pode-se inferir de sua leitura que o ensino do direito público, como um todo, ainda é marcado por uma forte influência do direito eclesiástico e do direito natural (pouco racionalista e bastante teocêntrico), como é típico do iluminismo português. No primeiro período do curso os alunos teriam aulas de disciplinas como Direito Natural, Direito Público e Análise da Constituição do Império e Direito das Gentes e Diplomacia, e no segundo período se acrescenta a elas a disciplina de Direito Público Eclesiástico. Nos três últimos anos as disciplinas são mais voltadas para o direito privado e a prática jurídica, contemplando matérias de direito civil, criminal, mercantil, marítimo e processual civil e criminal, exceto por Economia Política, ministrada durante o quinto período.

O ensino do direito público nas faculdades de direito brasileiras começa a ser modificado no ano de 1851, quando o Decreto nº 608 (16 de agosto de 1851) autoriza o governo a criar novos estatutos para as faculdades de medicina e direito, além de duas novas cadeiras para as faculdades de direito: Direito Romano e Direito Administrativo. Assim, em 1854 são criados os novos estatutos e incorporadas ao currículo as duas novas disciplinas. Na mesma época a Faculdade de Direito de Olinda é transferida para a cidade de Recife, dotada de melhores condições para abrigar os estudantes e professores.

¹⁰ É o que explica o estudo de Ricardo Fonseca: FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milão, n. 35, p. 345, 2006.

A inclusão das novas disciplinas já indica uma modernização do currículo acadêmico das faculdades de direito. A reinserção do direito romano tende a reduzir gradualmente a influência do direito eclesiástico e do direito comum no ensino do direito privado, especialmente pela afirmação de um conjunto de valores humanos perenes, universais e passíveis de serem alcançados pela reflexão racional dos próprios homens. É conhecida a importância do papel desempenhado pelas releituras historicistas do direito romano no século XIX durante o processo de laicização do direito europeu, e sua reinclusão no currículo já indica uma forte intenção de se promover a racionalização e o aburguesamento do ensino e da prática jurídica no país. Quanto à disciplina de direito administrativo, sugere uma nova forma de se enxergar o direito público, muito mais focada na estrutura e nas ações do Estado que nos ideais de preservação do poder e proteção de direitos naturais de origem divina.

Na Faculdade de Direito de São Paulo a cadeira é assumida inicialmente pelo prof. Silveira da Motta, que usava como compêndios o *Jornal do Comércio* e o *Orçamento do Império*.¹¹ Percebe-se, além do desleixo por parte do professor, que nestes momentos iniciais a disciplina tem um caráter pouco jurídico, mas essencialmente político e administrativo, estando muito mais voltada para a compreensão da ação administrativa do Império do que para o estabelecimento de regras e princípios que regessem as relações da administração com seus subordinados. O foco principal do ensino do direito administrativo parece ser legitimar o poder do imperador com base em sua atuação política, ao mesmo tempo transmitindo aos estudantes algum conhecimento sobre a organização da estrutura estatal e o funcionamento prático do aparelho de Estado.

Ainda em 1854 uma série de reclamações dos estudantes de São Paulo faz com que o prof. Silveira da Motta seja substituído pelo conselheiro Ribas, que utilizava apontamentos preparados para dar as suas lições e deixou um importante compêndio (*O direito administrativo brasileiro*), citado como referência obrigatória pelos doutrinadores da matéria até os últimos anos do século XIX. É a partir deste momento que o conceito de direito administrativo se enraíza verdadeiramente em nossa cultura jurídica, contribuindo para a consolidação da disciplina científica a publicação de uma série de compêndios e monografias que o tomam como objeto específico de estudo.

¹¹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 66.

3. Espécie invasora

3.1 *Pimenta Bueno*

Recebido como legado de uma cultura exótica, o conceito de direito administrativo parece se adaptar muito bem ao clima do território brasileiro, vicejando como se fosse criação nativa. A primeira obra jurídica brasileira a abordar diretamente o assunto é o excelente *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, de José Antônio Pimenta Bueno¹² (marquês de São Vicente). Publicado em 1857, é um dos mais importantes estudos sobre o direito público do período imperial. O livro é voltado essencialmente ao problema da organização do Estado, e em seu título VI discorre sobre o Poder Executivo, analisando questões típicas de direito administrativo.

Assim, inicia o estudo com a elaboração de um conceito de direito administrativo, afirmando como seu objeto a organização da estrutura do Estado e das relações que se estabelecem entre a administração e os cidadãos:

Os diferentes serviços deste [Ministério da Marinha] e dos outros ministérios, sua ordem, regularidade e detalhes, assim como a organização das repartições por onde eles se verificam, formam o corpo e objeto do direito administrativo, que compreende também as relações que por ocasião desses serviços se agitam entre a administração e os cidadãos.¹³

O autor trabalha, portanto, com um conceito de direito administrativo bastante similar àquele que havia sido elaborado pelo saber jurídico europeu, atribuindo-lhe a mesma função: promover os interesses sociais, removendo os perigos internos e encaminhando a sociedade às suas finalidades por força da ação social, que deve ser forte sem ameaçar a liberdade.¹⁴ Pimenta Bueno afirma ainda, sobre o poder Executivo, que:

¹² PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002.

¹³ *Ibid.*, p. 364.

¹⁴ *Ibid.*, p. 306.

A sociedade em nenhum de seus passos pode subtrair-se à sua inspeção constante, à sua intervenção permanente; ele tem mil meios de secundar ou obstar os desejos, os atos, os votos individuais ou populares. É ele quem encaminha a marcha do Estado, o pensamento e o espírito nacionais para as ideias mais ou menos liberais, para uma organização administrativa mais ou menos protetora, quem reprime ou deixa impune os abusos dos funcionários públicos na ordem política, quem poupa ou desperdiça os recursos nacionais, enfim, quem favorece ou retarda os elementos da civilização e prosperidade social; e por isso **sobre ele pousam as esperanças ou os desgostos populares**.¹⁵ (Sem grifos no original)

Apesar das semelhanças, se verifica uma sutil diferença. Enquanto o direito administrativo europeu apresentava como objetivo explícito da intervenção sobre a sociedade o fortalecimento do Estado, a leitura do trecho grifado indica ser outra a finalidade declarada do direito administrativo brasileiro: manter a ordem social e o contentamento popular. O objetivo é mais claramente anunciado no seguinte trecho:

Basta que o poder Executivo seja omissos ou frouxo no cumprimento de seus deveres, basta que não use das atribuições que lhe foram dadas para entreter e desenvolver atividade social, para que cause grande dano ao povo, a seus direitos e interesses, e gere o descontentamento geral, primeiro germen das revoluções. **A verdadeira e segura direção política do Estado não pode fundar-se senão sobre uma inteira e sincera fidelidade para com as instituições fundamentais dele, respeito às leis e às liberdades públicas, e a par dessas condições, senão sobre um zelo enérgico e ativo, uma impulsão viva a bem de todos os melhoramentos sociais: o povo que vive sem necessidades, que vive satisfeito, tem o maior dos interesses em conservar a sua atualidade**.¹⁶ (Sem grifos no original)

Percebe-se, portanto, que a preocupação central do autor não é com o fortalecimento do Estado em face de seus competidores ou de um inimigo

¹⁵ Ibid., p. 332.

¹⁶ Ibid., p. 332.

interno, mas com a consolidação de seu próprio fundamento de legitimidade. A intervenção da administração não pretende fortalecer ou defender a sociedade, mas essencialmente *satisfazê-la*, pois o povo que vive satisfeito tem interesse em “conservar a sua atualidade”. Ora, sendo o imperador o chefe do Poder Executivo, era sobre a sua figura que se fundava “a verdadeira e segura direção política do Estado”, assegurando-se pela intervenção administrativa sobre a sociedade sua posição como alicerce do sistema jurídico-político. Partia-se de um conceito de direito administrativo similar ao desenvolvido nas discussões europeias, para atribuir-se-lhe uma função radicalmente distinta: não mais o disciplinamento dos corpos individuais para o fortalecimento do Estado, mas a satisfação dos interesses populares para a conservação da nação.

3.2 *Pereira do Rego*

Também em 1857 é publicada no Recife a primeira monografia brasileira dedicada ao estudo do direito administrativo: os *Elementos de direito administrativo brasileiro*, de Vicente Pereira do Rego.¹⁷ A obra, aqui citada em sua segunda edição de 1860, é criticada por Paulino de Sousa por ter tomado como modelo o direito administrativo francês, tratando-se de compêndio bastante resumido organizado para uso dos alunos. Além de advogado, Rego atuou como professor de direito administrativo da Faculdade do Recife desde a criação da disciplina, e o seu compêndio foi aprovado para uso nas faculdades de direito pelo Ministério dos Negócios do Império em agosto de 1864.

O livro é dividido em três partes, nas quais efetivamente se percebe uma forte influência da doutrina francesa: a primeira é dedicada à exposição da organização administrativa do Estado; na segunda se estudam o processo administrativo e os tribunais administrativos; e na terceira se apresentam as matérias administrativas, com várias referências às atividades desempenhadas pelo Estado Administrativo que se desenvolvia na Europa do século XIX.

Inicia, assim, com uma discussão conceitual sobre a administração e sua localização entre as instituições do país, identificando o “poder administrativo” como elemento do Poder Executivo, ao lado do “Poder Judiciário”, explicando que o primeiro se ocupa do interesse público, tendo por fim a

¹⁷ REGO, Vicente Pereira. *Elementos de direito administrativo brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2. ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.

utilidade social, enquanto o segundo regula os interesses privados.¹⁸ Assim, a autoridade administrativa é definida como aquela que “pela execução das leis de interesse geral provê à segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as outras necessidades da sociedade”, e o poder administrativo é definido por exclusão como composto por todas aquelas leis que não constituam o fundamento do direito público, constitucional, eclesiástico, internacional e não se achem sob o domínio do Poder Judiciário. O direito administrativo é definido, enfim, como “a ciência da ação e competência do poder central, das administrações locais e dos tribunais administrativos em suas relações com os direitos e interesses dos administrados, e com o interesse geral do Estado”.¹⁹

Não existe grande sofisticação teórica na obra de Rego, que dá apenas os primeiros passos na definição do direito administrativo e na sua caracterização como disciplina autônoma, limitando-se a repetir orientações teóricas estrangeiras. É curioso perceber que na maior parte das vezes as referências do autor são francesas, verificando-se a citação acanhada da legislação brasileira em meio a extensos trechos dedicados à análise da doutrina, da legislação e da experiência prática francesas.

Verifica-se, portanto, na primeira obra nacional dedicada exclusivamente ao estudo do direito administrativo, um acatamento exagerado da doutrina francesa, sem qualquer mediação para a sua aplicação à realidade brasileira e, a bem da verdade, com um completo desprezo pela realidade político-administrativa nacional. Constata-se, assim, a inserção acrítica da teoria estrangeira no discurso jurídico nacional, e a incapacidade do autor até mesmo de perceber as incongruências existentes entre a doutrina europeia e a legislação administrativa brasileira por ele interpretada.

Talvez seja excessivo exigir mais do que isso do primeiro autor brasileiro a abordar diretamente o direito administrativo como objeto exclusivo de estudo; o fato é que após essa inserção inicial a disciplina tende a se desenvolver, e o conceito de direito administrativo será progressivamente adaptado às características específicas do ambiente político, administrativo e jurídico nacional.

¹⁸ Ibid., p. 5.

¹⁹ Ibid., p. 6.

3.3 Veiga Cabral

Em 1859 é publicado o *Direito administrativo brasileiro*, de Prudêncio Giraldes Tavares Veiga Cabral.²⁰ Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, o autor redige sua obra com a intenção de fornecer um plano de Código Administrativo Brasileiro, expondo os princípios e a legislação com a intenção de coordenação dos elementos da nova ciência.

Também baseado na doutrina francesa, o autor pretende apresentar o direito administrativo brasileiro consignando as noções essenciais da ciência administrativa, as relações da administração com os poderes políticos do Estado, a divisão territorial do Império e sua população, os graus de hierarquia administrativa e objetos de sua competência, para depois tratar do direito administrativo nas suas relações com a conservação e defesa social e com a finalidade da sociedade — “garantir o exercício dos direitos, e o cumprimento das obrigações, e auxiliar o progresso intelectual e moral, e o desenvolvimento da riqueza pública”.²¹

O livro segue a estrutura comumente adotada pelos juristas do período, iniciando com uma análise do estatuto científico do direito administrativo e de seus conceitos fundamentais. Assim, o direito administrativo é definido como aquele “que regula a ação e competência da Administração nas suas relações com os centros parciais da população, ou os cidadãos individualmente para a execução das leis, decretos e ordens expedidas por interesse geral ou local”,²² e é diferenciado das leis administrativas em sentido estrito, que constituem um dos seus elementos, mas não o limitam.

O autor considera a centralização o princípio mais essencial e vital da administração: consiste na “existência de um poder destinado a imprimir a todas as partes de um país uma direção uniforme, assegurar-lhe o gozo das mesmas vantagens, e impor-lhe os mesmos encargos”.²³ Essa direção uniforme não pode ser artificialmente criada pela legislação administrativa, mas resulta da própria organização social e da atuação do imperador, considerado o principal responsável pela unidade nacional e pela harmonia dos poderes existentes:

²⁰ VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859.

²¹ *Ibid.*, p. x.

²² *Ibid.*, p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 21.

Este centro de atividade e uniformidade resulta, não da disposição de uma lei, ou de algumas leis, resulta da organização social, e da divisão, equilíbrio e harmonia dos Poderes Constitucionais, especialmente da vigilância do Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro representante, a quem incumbe velar incessantemente sobre a independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos.²⁴

Segundo Veiga Cabral, esse sistema de centralização e unidade administrativa permite a conservação e a segurança da sociedade, ao mesmo tempo que garante a independência nacional e a integridade do Império, possibilitando a direção de todas as forças individuais para um só fim, ao reuni-las para um esforço comum. É clara a referência à discussão teórica então em voga na Europa, que se preocupava com a instrumentalização do direito administrativo na defesa da ordem social interna e externa; mas é clara também a reterritorialização do vocabulário técnico-conceitual, à medida que o estabelecimento do imperador como principal responsável por esse objetivo reforça a centralização de poderes e a legitimação de sua posição como alicerce do sistema político nacional.

A tendência do discurso se manifesta com ainda mais clareza quando o autor examina as relações entre a administração e o Poder Moderador. Embora as principais relações existentes entre o imperador e a administração devessem ocorrer por intermédio de sua posição como chefe do Poder Executivo (que lhe permite comandar a atuação administrativa do Estado), segundo as normas constitucionais vigentes, são as atribuições políticas que cumpre no exercício do Poder Moderador as consideradas por Veiga Cabral como as principais responsáveis pela correta direção da administração no sentido necessário ao aumento da felicidade nacional. Apenas quando se trata da execução direta das leis e “medidas de detalhe” é que se reconhece à administração alguma independência do poder político (decorrente muito mais da irrelevância de tais tarefas do que de alguma intenção de conceder autonomia técnica à burocracia administrativa), que permanece, quanto ao mais, desempenhando a função de guia geral da estrutura administrativa:

Se a direção dada ao Estado pela política do Governo é contida no competente domínio, a Administração progride; porque ela se torna no

²⁴ Ibid.

interior o instrumento mais ativo dos progressos públicos exercendo sobre a sociedade uma vigilância protetora, observando as suas tendências e necessidades, ouvindo a opinião pública, combatendo as paixões desregradadas, e sendo no exterior o representante e órgão da Nação. Mas se a política invade o território da Administração, extraviando-a do caminho, que deve seguir, a Administração não continua. Intervém a ação do Poder Moderador, e são substituídos por outros os agentes responsáveis da Administração.

A Administração, pois, está ligada à política. Mas a Administração realça o seu valor da política, depende desta; a política inspira o espírito público, e é por isso que cada regime faz prevalecer o seu sistema.²⁵

Reforça-se, em suma, o vínculo entre ação administrativa e governo político, caracterizando-se a primeira como mero instrumento do segundo. Salta aos olhos um elemento fundamental para se compreender as transformações sofridas pelo conceito administrativo ao se instalar no Brasil: em vez de buscar o fortalecimento da autonomia da administração técnica em relação à política, a doutrina brasileira trabalha com uma concepção de direito administrativo que reforça a centralização e a unidade — ao submeter o corpo administrativo à “inspiração” proveniente do imperador, titular do Poder Moderador e guardião da felicidade nacional.

3.4 Soares de Sousa

Em 1862, Paulino José Soares de Sousa, o visconde de Uruguai, publica o seu *Ensaio sobre o direito administrativo*,²⁶ talvez o mais importante estudo sobre o direito administrativo redigido no século XIX. Dividida em dois tomos, a primeira parte da obra é dedicada àquelas questões gerais de direito administrativo igualmente analisadas por outros juristas do período (a questão da cientificidade do direito administrativo, a organização do Poder Executivo e da administração pública, o Conselho de Estado), enquanto o segundo tomo é integralmente dedicado a uma análise do modo de exercício do Poder Moderador. Um olhar superficial direcionado ao índice da obra já é

²⁵ Ibid., p. 34.

²⁶ SOUSA, Paulino José Soares. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. iv.

suficiente para demonstrar a importância da posição jurídico-política do imperador como questão de direito administrativo, o que já é também um forte indício do modo como se concebe o conceito de direito administrativo no período.

No preâmbulo Sousa explica “como, por quê e com que fim” escreveu o livro, indicando ter assumido consciência da importância do direito administrativo após visitar a Europa e se dar conta do fato de que “se a liberdade política é essencial para a felicidade de uma Nação, boas instituições administrativas apropriadas às suas circunstâncias e convenientemente desenvolvidas não o são menos”.²⁷ Assim, considerou necessária a realização de um estudo sobre o direito administrativo que não se limitasse à apresentação da legislação especial e da prática administrativa, mas pudesse fornecer uma síntese teórica dos princípios básicos do direito administrativo, concebido como ciência; e, além disso, que não fosse simplesmente a tradução em português da doutrina europeia, mas que representasse a elaboração de uma teoria adequada às peculiaridades da sociedade e do Estado brasileiro. Argumenta o autor:

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.

Para bem compreender a exposição positiva e prática que tenho de fazer, é preciso, pelo menos, conhecer os rudimentos da ciência. Porquanto os rudimentos, isto é, as definições, as divisões, as classificações, certas noções primordiais, aliás, simples e claras, desprezadas pelos espíritos levianos e superficiais, são tudo nas ciências, porque é delas que partem, é nelas que se baseiam. As complicações aparecem no desenvolvimento, nas aplicações.²⁸

Aparece, então, também na mais importante obra do século XIX sobre o direito administrativo, a mesma preocupação comum a vários dos autores que se dedicam a estudar a matéria no Brasil: em primeiro lugar, a necessidade de que ela fosse estudada com uma perspectiva científica, ou seja, levando-se em consideração as grandes sínteses e os princípios gerais que permitem

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p. viii-x.

que as leis e a prática administrativa sejam adequadamente compreendidas; e, em segundo lugar, a imperiosa necessidade de construção de uma doutrina efetivamente nacional, que fosse capaz de compreender as especificidades de nosso regime jurídico-administrativo. Sousa chega a ser atrevido em sua reclamação por uma ciência brasileira do direito administrativo, apontando não só a inadequação da doutrina francesa às peculiaridades nacionais, mas até mesmo erros cometidos pelos grandes mestres europeus:

Nem sempre, nem em tudo, podem os autores franceses ser nesta matéria guias seguros para nós.

1ª Porque imprimem nas suas doutrinas o tipo de suas instituições peculiares, e portanto daquela centralização excessiva e minuciosidade regulamentar que tanto as caracteriza.

2ª Porque vários desses autores, especialmente os primeiros que escreveram, cometem erros, descobertos e demonstrados por outros que lhes seguirão.

Quem, por exemplo, for buscar noções de contencioso administrativo em Macarel, em Degerando e outros, aliás escritores de grande nota, ficará fazendo desse ramo importantíssimo do direito administrativo uma ideia errônea ou obscura, confusa e incompleta.²⁹

A estas duas características, já presentes nas obras de outros autores, Paulino de Sousa acrescenta uma terceira, certamente influência de sua própria trajetória profissional,³⁰ mas que não deixa, por isso, de ser também uma importante marca do discurso jus-administrativista em circulação no Brasil do século XIX: a necessidade de conhecimento da prática administrativa — ausência notada (e criticada) por Sousa nas obras de Veiga Cabral e Pereira do Rego: “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 administração”.³¹

²⁹ Ibid., p. xi.

³⁰ Paulino de Sousa ocupou posições de grande relevância nos três poderes do Estado brasileiro, tendo atuado no Judiciário como juiz de fora, ouvidor, desembargador e ministro do Supremo Tribunal de Justiça; no Legislativo como deputado pela província do Rio de Janeiro e senador do Império; e na administração desempenhando as funções de presidente de província, ministro da justiça, ministro dos negócios estrangeiros e conselheiro de Estado.

³¹ Ibid., p. xiii.

Assim, buscando transformar a sua experiência administrativa em conhecimento teórico a ser transmitido e aplicado pelos leitores de seu livro, Paulino de Sousa pretendia contribuir para a construção de uma ciência do direito administrativo que não perdesse o seu caráter teórico e científico, e correspondesse à realidade administrativa específica do Estado brasileiro.

Com tais objetivos em mente, o autor inicia seu estudo pela localização científica do direito administrativo, considerado subespécie do direito público interno, ao lado do direito constitucional ou político. Assim, enquanto atribui ao direito constitucional a função de regular a forma do governo, a extensão dos poderes políticos e as garantias dos direitos do cidadão, atribui ao direito administrativo a função mais específica de definir a ação do Poder Executivo em suas relações com os interesses dos administrados e o interesse geral do Estado, com o que adota a definição clássica de Laferrière: “O direito administrativo propriamente dito é a ciência da ação e da competência do Poder Executivo, das administrações gerais e locais, e dos Conselhos Administrativos em suas relações com os interesses ou direitos dos administrados, ou com o interesse geral do Estado”.³²

Estabelece, em seguida, a diferenciação entre ciência da administração e ciência do direito administrativo, considerando a segunda mais positiva e prática quando comparada com a primeira, mais especulativa e preocupada com os fenômenos sociais, em vez das leis escritas.³³ Distingue o poder administrativo do poder político e afirma a existência de uma subordinação entre eles, cabendo ao poder político organizar o pensamento administrativo e o pôr para obra.³⁴

Tudo muito de acordo com a doutrina francesa sobre o direito administrativo, contribuindo para a construção de uma teoria justificadora do processo de burocratização, autonomização e racionalização do Estado moderno, ainda incipiente na realidade brasileira. Mas as peculiaridades da realidade nacional aparecem em uma longa nota de rodapé, que em 12 parágrafos faz com que a materialidade do real se imiscua com a abstração asséptica da doutrina exógena e permite que se vislumbre novamente o sentido assumido pelo conceito de direito administrativo ao ser inserido no dispositivo de poder em atividade no país:

³² Ibid., p. 7.

³³ Ibid., p. 12.

³⁴ Ibid., p. 18.

Não há talvez país em que a administração esteja mais confundida com a política do que o Brasil, e onde menos tenha feito a legislação para distingui-las e separá-las. Tudo é política, principalmente pessoal; tudo ressumbra política, e é considerado pelo lado político. A imprensa somente se ocupa da política; todas as discussões nas Câmaras e fora delas são políticas, ou tem relação com a política. As grandes questões econômicas e administrativas que tanto importam ao futuro do Império são postas de lado, exceto quando acidental e ocasionalmente se manifesta a urgência da solução de algum caso especial.

Em um país cuja administração está, para assim dizer, no caos e na infância, passam sessões e sessões legislativas sem que seja adotada medida administrativa de alguma importância, excetuadas as que são de expediente, e tendem a satisfazer vagamente, em uma espécie, alguma necessidade indeclinável que urge, alguma pretensão que aperta, pondo a faca na garganta.

A administração é por muitos considerada como um simples e cego instrumento da política para montar e desmontar partidos e influências eleitorais.

(...)

Na minha humilde opinião a justiça e a estabilidade da administração, a sua separação, quanta seja possível, da política, são meios poderosos que muito poderão contribuir para pôr um paradeiro ao dano que o modo pelo qual se tem feito nestes últimos tempos as eleições tem causado, e está causando ao país.³⁵

Assim se pode compreender a preocupação de Paulino de Sousa com a separação entre a política e a administração. Não se trata da descrição fria e objetiva da realidade administrativa do Brasil submetida à regulação do direito; trata-se, pelo contrário, da crítica apaixonada do teórico com experiência prática, que se insurge contra a impossibilidade de aplicação da teoria à aparente irracionalidade do real, e assim propõe a construção de um aparelho de Estado correspondente ao seu ideal de racionalidade e justiça. Uma crítica como essa permite a compreensão mais precisa do papel desempenhado pelo conceito de direito administrativo que começa a circular no Brasil do

³⁵ Ibid., p. 24.

século XIX, assim como do modo como ele se relaciona com a realidade resistente ao saber teórico.

Observa-se, sim, a firme intenção de se adaptar a realidade ao discurso, promovendo-se uma transformação da realidade social considerada inadequada para sua compatibilização com os ideais de racionalidade e organização importados da doutrina europeia. Isso não significa, porém, incapacidade de perceber as características da realidade nacional, e de adaptar o conceito de direito administrativo a essa realidade. Nota-se como até mesmo neste debate pontual sobre a separação de funções entre política e administração podem ser encontrados indícios que fornecem a chave explicativa de compreensão do duplice papel desempenhado pelo conceito de direito administrativo no contexto: por um lado, realçar a figura do imperador como alicerce jurídico-político da nação; por outro, contribuir para o árduo trabalho de construção de uma estrutura administrativa para o adolescente Estado nacional brasileiro.

3.5 J. J. Ribas

Em 1866 se publicam as anotações que haviam sido utilizadas por José Joaquim Ribas enquanto ensinava a disciplina de direito administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo (1855 e 1856).³⁶ A obra havia sido premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para servir como compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e São Paulo, mas a publicação foi atrasada em cinco anos. Embora tenha sido baseada em anotações de sala de aula, o autor atualiza o conteúdo de seu trabalho, citando diversos livros publicados após ter deixado a disciplina.

Conforme o próprio Ribas,³⁷ o livro foi redigido com a intenção de ser uma obra introdutória, primeira parte de um trabalho que seria composto de cinco: I) *As noções preliminares*; II) *A organização da administração espontânea*; III) *Os serviços administrativos relativos aos interesses do estado*; IV) *Os serviços relativos aos interesses dos administrados*; V) *A Administração Contenciosa*. As outras quatro jamais chegaram a ser publicadas, de modo que o livro inteiro consiste apenas em uma discussão sobre as categorias básicas do direito administrativo, sendo dividido em três títulos: o primeiro dedicado à *ciência do direito administrativo*,

³⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968.

³⁷ *Ibid.*, p. 15.

abordando sua definição, autonomia científica, ciências auxiliares e fontes; o segundo, mais longo, dedicado à *administração*, sua natureza, divisões, relações com outros poderes, organização e funções; e o terceiro dedicado aos *administrados*, entre os quais se encontravam os nacionais, os estrangeiros e os escravos.

É interessante notar que o autor fixa no prefácio três premissas teóricas básicas que orientaram sua redação:³⁸ em primeiro lugar, a tese de que o estudo de teorias estrangeiras não pode ser realizado acriticamente, devendo-se promover sua modificação para garantir sua harmonização com os preceitos de nossa organização política e administrativa; em segundo lugar, a ideia de que o estudo do direito administrativo não pode ser limitado ao mero conhecimento das leis administrativas, devendo estar focado nas ideias gerais e sínteses fundamentais; e, por fim, sustenta a opinião de que é de interesse tanto dos indivíduos quanto da administração o conhecimento do direito administrativo, visto que os indivíduos podem, assim, ter maior consciência de seus direitos e deveres, o que gera para a administração a vantagem de imunizar a opinião pública contra paixões ilegítimas que desejem utilizá-la como instrumento.

Estas três premissas já indicam algumas características essenciais do discurso jus-administrativo que circulava na Academia brasileira nos anos 1850 e 1860: primeiramente, reivindica-se o caráter científico da nova disciplina, com uma postura de recusa de uma análise meramente textual do direito administrativo que vinha sendo criado, e afirmação da necessidade de uma elaboração teórica unificadora que fosse capaz de compreender e sintetizar a variada produção normativa da administração imperial. Ressalte-se, porém, que Ribas reivindicava também para a nova disciplina um caráter eminentemente nacional, que não aceitasse acriticamente as doutrinas estrangeiras, sendo necessário adaptá-las e harmonizá-las às circunstâncias específicas do país. E completa as premissas teóricas básicas com uma indicação explícita da função que a nova ciência brasileira deveria desempenhar no contexto nacional: formar uma opinião pública livre e esclarecida — e, portanto, imune a movimentos subversivos que se propusessem a manipulá-la contra a estabilidade do governo legítimo.

Os juristas que discutem o direito administrativo no Brasil de meados do século XIX não o fazem sem consciência dos efeitos de suas ações. Pelo

³⁸ Ibid., p. 13.

contrário, possuem a intenção explícita e consciente de constituir um saber especializado e científico que não representasse a mera importação de doutrinas alienígenas à realidade nacional, mas se adequasse às especificidades das necessidades locais, elaborando um discurso com pretensão de verdade e neutralidade que pudesse contribuir para a construção dos fundamentos de legitimidade necessários à continuidade do governo imperial.

Com base nessas premissas fundamentais é que a obra se desenvolve, abordando inicialmente a definição do conceito de direito administrativo. Depois de uma análise panorâmica das principais definições estrangeiras e nacionais, Ribas compreende o direito administrativo em dois sentidos: amplo, como a ciência que estuda a organização administrativa e as suas ações; e restrito, como a ciência dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados. Nada de muito diferente do que vinha sendo discutido na Europa desde o final do século XVIII, portanto:

Para nós também o Direito Administrativo se apresenta sob dois aspectos diversos, segundo o estudamos no sentido restrito ou amplo.

Considerado no sentido restrito, isto é, como verdadeira disciplina jurídica, não pode abranger mais do que o estudo de direitos e deveres, e estes não podem ser outros senão os que emanam das relações da administração para com os indivíduos sobre quem exerce a sua ação.

No sentido amplo, deve ele compreender também o conhecimento sintético dos elementos; assim colocados em face um do outro, na sua íntima natureza e mútua ação ou nas relações que as liga.

Assim, no sentido *restrito*, o Direito Administrativo é a ciência dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados, e no sentido *amplo* é a ciência que ensina a organização administrativa, tanto nos seus elementos fundamentais e universais, como no seu desenvolvimento prático em um povo dado; o modo pelo qual ela atua sobre a massa geral da população, ou os seus centros parciais, isto é, os serviços incumbidos aos seus agentes gerais ou locais; as formas de que os seus atos se revestem, e as modificações jurídicas que em face deles e sob sua influência sofrem os administrados em seus direitos e obrigações.³⁹ (Grifos no original)

³⁹ Ibid., p. 29.

No entanto, aparece a especificidade do conceito brasileiro quando o autor discute as ciências auxiliares do direito administrativo, considerando como tais a ciência da administração, o direito público positivo e o direito privado, e enfatizando que “a Economia Política e a Estatística não são imediatamente auxiliares do Direito Administrativo, e sim da Ciência da Administração”.⁴⁰ O governo dos homens ainda é visto de modo essencialmente jurídico, não técnico. As relações entre governo e governados se estabelecem em termos de direitos originários e legitimidade fundamental, e não em termos de necessidade e utilidade técnicas — embora já estivesse disponível o instrumental teórico e conceitual para a abordagem desse aspecto da realidade. O direito administrativo não é visto, no Brasil de meados do século XIX, como instrumento de controle dos indivíduos e populações; trata-se apenas da ordem jurídica específica a regular direitos e deveres de governantes e governados.

Constrói-se, assim, um conceito de direito administrativo que não funciona como instrumento de normalização e disciplinamento social, mas como fator de unidade nacional e garante da felicidade geral da nação. O poder administrativo não é visto como controle minucioso da vida social, mas como fundação soberana da nacionalidade, devendo ser compartilhado harmoniosamente com os demais elementos da hierarquia administrativa e com os governos locais. O próprio direito não é instrumentalizado para a transformação voluntária da realidade, devendo, antes, adaptar-se às condições concretas da vida social, como garantia de sua força normativa.

3.6 Rubino de Oliveira

Em 1884, o titular da cadeira de direito administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo, José Rubino de Oliveira, publica a sua *Epítome de direito administrativo brasileiro segundo o Programa do Curso de 1884*,⁴¹ redigida com o intuito explícito de servir como texto-base da disciplina. A obra é centrada na questão da organização do poder e da construção do Estado, seguindo uma estrutura bastante similar à das anteriores. É dividida em cinco grandes partes, dedicadas ao estatuto e posição científica do direito administrativo; à ciência

⁴⁰ Ibid., p. 36.

⁴¹ RUBINO DE OLIVEIRA, José. *Epítome de direito administrativo brasileiro segundo o Programa do Curso de 1884*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884. p. 4.

da administração; à estrutura da administração brasileira; aos administrados e suas relações com a administração; e à justiça e ao processo administrativo.

Embora o autor inicie sua análise com uma referência à doutrina francesa, que define o direito administrativo como “o estudo das regras e das leis que regem as relações e recíprocos direitos e deveres entre a administração ou autoridades administrativas, e os administrados ou cidadãos”,⁴² a verdade é que a obra quase não aborda as relações das autoridades com os cidadãos, limitando-se a identificar as classes de administrados conforme sua posição no sistema constitucional.

Ao definir a localização científica do direito administrativo, distingue o direito público do direito privado, pelo fato de o primeiro ser dirigido pelo interesse social, enquanto o direito privado é dirigido pela equidade natural; e classifica o direito administrativo como ramo do direito público interno.⁴³ Ressalta seu vínculo inseparável com o direito constitucional, o que contribui para que lhe seja atribuída a função constituinte que o caracteriza no período. Ainda como consequência dessa dificuldade de elaboração de um conceito específico de direito administrativo, acaba por realizar sua definição por exclusão, com a afirmação de que pertencem à órbita da disciplina:

Todas as necessidades e interesses que não pertencem nem à ordem política, nem à ordem privada, nem ao ramo criminal, do qual se distingue por sua matéria. Pelo que pode-se concluir que o direito administrativo se compõe de todas as leis sociais internas, com exceção das que servem de fundamento à organização constitucional e das que entram no domínio do poder judicial; ou, por outra forma, a órbita do domínio deste direito compreende as de todas as leis de ordem pública, não política, nem criminal, no interior do Estado.⁴⁴

Percebe-se, então, que ao final do século XIX ainda permanece a dificuldade de reconhecimento da autonomia de objeto da disciplina — o que talvez seja uma consequência do fato de que o novo ramo do direito ainda não havia se mostrado capaz de desempenhar, no Brasil, tarefas distintas daquelas desempenhadas pelo direito público como um todo, e pelo direito

⁴² Ibid., p. 4.

⁴³ Ibid., p. 8.

⁴⁴ Ibid., p. 9.

constitucional em particular: de constituição e fundação de uma estrutura de Estado para o país.

Após apresentar as relações do direito administrativo com os outros ramos do direito, e identificar as principais fontes da ciência do direito administrativo, o autor passa a uma análise sobre a ciência da administração, afirmando que ela possui duas ordens de fundamentos: os princípios imutáveis da justiça e do direito natural, e a legislação positiva.⁴⁵ Quanto aos princípios da justiça, parte da premissa de que a própria natureza humana exige a vida social, baseada necessariamente em três condições essenciais: a existência do direito, de um poder público organizado e da sedentariedade dos membros constituintes dessa sociedade.⁴⁶ A partir dessa constatação, ressalta o fato de que o poder público é sempre único, sendo a ideia de unidade o princípio determinante da personalidade jurídica da sociedade, da soberania e da finalidade da instituição social, concebido como o desenvolvimento da perfectibilidade.

De tais premissas podem ser extraídas duas inferências: em primeiro lugar, o fato de que na década de 1880 ainda não havia sido abandonado o vocabulário técnico pré-moderno, e a organização jurídica da vida social ainda era concebida em termos teleológicos — atribuindo-se-lhe a função explícita de busca da perfectibilidade humana. Além disso a ênfase, comum a vários autores do século XIX, na ideia de *unidade*, que traduz a preocupação do autor com a constituição de um Estado forte, uno e legítimo para a nação soberana.

Após abordar muito rapidamente o exercício do Poder Moderador, Rubino de Oliveira passa à determinação do poder administrativo, concebido como ramo do Poder Executivo ao lado do poder governamental — que procede por medidas gerais, enquanto o poder administrativo “multiplica a sua atenção, aplicando-a mesmo aos pequenos detalhes dos serviços”.⁴⁷ Afirma, assim, a existência de um poder administrativo independente dos demais, fundamentado na autoridade do imperador, da Constituição e do poder governamental de caráter político:

Ora aqui, onde se estabelece o domínio próprio da Administração, deve o poder administrativo ser forçosamente livre e independente na

⁴⁵ Ibid., p. 20.

⁴⁶ Ibid., p. 23.

⁴⁷ Ibid., p. 31.

apreciação das inúmeras hipóteses, que circunstâncias novas sempre podem criar; na escolha dos diferentes meios que, segundo os casos, deve empregar para a execução das leis, conforme o pensamento do legislador; porquanto, este não pode prever todas as emergências, nem portanto lhe adaptar os meios, para regular assim todas as hipóteses possíveis de aplicação.

Assim, pois, ainda que este poder não possa ir de encontro a um princípio legal, e nisso esteja sujeito ao poder legislativo; contudo, nos detalhes de aplicação em execução das leis, é completamente livre e independente dele.⁴⁸

Examina, em seguida, as diferenças entre o exercício dos poderes administrativo, governamental, legislativo e judiciário, abrindo um capítulo específico para discorrer sobre “a promiscuidade e acumulação de atribuições administrativas e judiciárias”. Nele defende a tese de que, embora não se possa admitir a acumulação de atribuições como regra, nada impede que um mesmo funcionário desempenhe atividades típicas de mais de um poder, desde que respeite o regime jurídico aplicável a cada atividade. É compreensível a posição do autor: diante da carência de pessoal em quantidade suficiente para o desempenho de todas as funções atribuídas ao nascente Estado brasileiro, não há outra solução além da cumulação de funções em um mesmo funcionário, ainda que na prática permaneça o risco de consequências prejudiciais.⁴⁹ “Não repugna, porém, nem mesmo aos princípios teóricos, que um mesmo funcionário exerça atribuições judiciárias e administrativas; contanto que, exercendo-as, seja obrigado a observar as regras e princípios que regulam os modos de ação correspondentes a cada uma delas”.⁵⁰

Trata-se, afinal, de uma tentativa de solução do conflito existente entre a situação prática de incapacidade do Estado de interferência ativa na vida dos indivíduos e a teoria estrangeira que concebia a administração como atividade permanente de regulação social:

Assim, pois, a administração, sendo essencialmente ativa, deve estar preparada e pronta para acudir, a todo o momento, e em todos os lugares, aos inúmeros serviços que as necessidades sociais reclamem. (...)

⁴⁸ Ibid., p. 40.

⁴⁹ Ibid., p. 51.

⁵⁰ Ibid., p. 50.

Mas, para que a ação administrativa seja de toda a prontidão, não basta que a administração tenha todos os seus instrumentos aparelhados para acudir a qualquer momento, e em todos os lugares, a todos os reclamos das necessidades sociais; é ainda necessário que ela seja ao mesmo tempo enérgica, para poder arrostar com todos os obstáculos levantados, muitas vezes sobre pretensões infundadas dos administrados, contra a execução do serviço público, ordinariamente urgente.⁵¹

Observam com razão os nossos escritores pátrios que a nossa organização administrativa é deficiente, por falta de agentes diretos nas localidades, para servirem de transmissores à impulsão dada pelo centro administrativo, geral ou provincial.⁵²

Desta situação fática decorrem as condições essenciais de exercício da atividade administrativa, enumeradas por Rubino de Oliveira: a prontidão e a energia, a divisão das funções em deliberativas e executivas, a independência e a responsabilidade, a disseminação e a residência dos agentes, e a defesa pró e contra a administração, às quais se acrescenta a centralização do poder de decisão quanto aos interesses gerais.⁵³ Constata-se novamente, nas características consideradas como essenciais para o desempenho da função pública, a disposição para o fortalecimento da estrutura de Estado existente e para a constituição de um aparelho administrativo eficiente para o governo do país — apesar de todas as dificuldades e obstáculos apresentados pela realidade material.

4. Adaptação

A apreciação do panorama geral dos quase 30 anos iniciais de elaboração de um direito administrativo brasileiro permite compreender as transformações por que passou o conceito europeu nesse processo de adaptação a uma cultura jurídica exótica. O contexto específico do modo como se organizava administrativamente o Brasil, as características da fundação política do

⁵¹ Ibid., p. 53.

⁵² Ibid., p. 78.

⁵³ Ibid., p. 60.

país e o dispositivo de poder-saber então vigente impossibilitaram a mera transposição da novidade europeia ao território brasileiro. A transferência foi lenta e custosa; exigiu um longo trabalho de mutação do significado original do conceito para a sua adaptação à cultura jurídica nacional — que, se foi capaz de manter inalterados os seus significantes, promoveu em compensação uma profunda reelaboração de seus significados, que alterou a função desempenhada pelo novo ramo do direito ao ser acoplado ao saber jurídico especializado em circulação no país.

Percebe-se, então, que após um breve período de instalação, durante o qual a doutrina especializada se limitou a reproduzir em português a ciência do direito administrativo elaborada na Europa, tem início um processo de transformação que promove a adequação do conceito europeu à realidade nacional, construindo-se um direito administrativo compatível com a microfísica política do império tropical.

Dessa forma, todas as obras sobre o tema publicadas no Brasil durante o século XIX partem de um conceito bastante similar de direito administrativo, que traduz em essência o resultado dos estudos realizados pelos autores europeus; não obstante, afirma a sua especificidade ao se relacionar de modo peculiar com a realidade nacional, adequando-se às necessidades da tecnologia política em funcionamento no país. Assim, elabora-se um conceito de direito administrativo caracterizado pelos seguintes elementos:

a) Em primeiro lugar, trata-se de um **conceito essencialmente científico**. O direito administrativo não é concebido como ramo legislativo, área do direito objetivo ou jurisprudência peculiar, mas como ramo do *saber jurídico*. A natureza específica do novo conceito não é determinada pelas características de um grupo de normas específicas, de seus produtores, intérpretes ou de seus destinatários, mas pelo objeto particular atribuído a uma nova área do saber — que jamais se confunde com a legislação existente sobre a matéria (também por sua acentuada escassez).

b) Tratando-se de nova área da ciência do direito, a autonomia do direito administrativo é assegurada justamente por lhe ter sido atribuído um **objeto de estudo específico**, constituído pelo conjunto de normas destinadas a regular o Estado em suas quatro manifestações principais: como *organização*, fixando as regras de composição da estrutura administrativa do Estado; como *ação*, estabelecendo as regras de atuação da administração central, das administrações locais e dos tribunais administrativos; como *relação interna*, prescrevendo o modo como devem se relacionar as partes que compõem a administração em geral; e como *relação externa*, regulando os direitos e deveres

recíprocos existentes entre a administração e os cidadãos individualmente considerados. Em tais aspectos o conceito de direito administrativo utilizado pela doutrina jurídica brasileira não difere daquele elaborado pelos autores europeus com algumas décadas de antecedência — limitando-se os brasileiros a uma atitude passiva de recepção do conceito alienígena.

c) A novidade do conceito brasileiro apenas se torna visível após a adaptação do conceito estrangeiro às especificidades nacionais, decorrente da identificação, por parte de nossos autores, das peculiaridades da realidade política e social brasileira — e, consequentemente, da inaplicabilidade do modelo de regulação europeu ao modelo de organização administrativa existente no país. O reconhecimento da incapacidade de ação do governo central nas províncias mais distantes; a concentração do poder político e econômico na capital; a preocupação com a manutenção da centralização política; a necessidade de legitimação do poder imperial como forma de assegurar a manutenção da unidade nacional; e, em última instância, a existência de um dispositivo de poder baseado no esplendor da legitimidade soberana, em vez de fundamentado na ação minuciosa e permanente de normalização social; é a reunião de todos esses fatores que leva à produção da “jabuticaba” do conceito brasileiro de direito administrativo: a ideia de que a sua **finalidade primordial** não está na ação constante de disciplinamento urbano e individual, mas na *capacidade de identificação e satisfação das necessidades populares, de modo a assegurar a felicidade geral, a conservação da nação e a estabilidade do governo imperial*.

Constata-se que a recepção do conceito de direito administrativo produzido na Europa pela doutrina brasileira culmina na elaboração de um novo conceito, extravagante, resultado da adaptação do conceito original às condições específicas em que foi obrigado a circular ao ser inserido na cultura e no discurso jurídico brasileiros.

Transportado a um contexto histórico distinto do que lhe deu origem, o conceito de direito administrativo é reterritorializado, passando a cumprir uma função distinta daquela para a qual havia sido originalmente criado: em vez de instrumento de normalização da vida urbana; em vez de instrumento de limitação e legitimação do poder especificamente administrativo que começava a ser exercido pelo Estado; em vez de elemento apto a substituir as práticas de polícia como instrumento de intervenção ativa do Estado sobre a vida social, o conceito de direito administrativo cumpre no Brasil uma função compatível com o dispositivo político então vigente no país, tendo sido reformulado discursivamente de modo a organizar o dispositivo de poder

soberano que estabelecia o imperador como fonte e fundamento de todo o poder político nacional — contribuindo para legitimar e racionalizar sua posição jurídica no interior da ordem jurídica e política nacional.

Em outras palavras, em vez de cumprir a função administrativa que parece ter sido sua vocação originária na Europa, o conceito de direito administrativo em circulação no Brasil Imperial parece ter cumprido uma **função eminentemente constituinte**, fortalecendo a legitimidade da soberania imperial e atuando no sentido da construção de uma nova ordem política e jurídica para o país. De tal modo, atuou essencialmente como elemento de fundação do Estado brasileiro, desempenhando uma tarefa acessória ao direito constitucional: em vez de promover a autolimitação da intervenção disciplinar realizada pelo Estado normalizador sobre o espaço urbano e os corpos individuais, impulsionar o fortalecimento do poder político central como alicerce legítimo para a edificação e a conservação do Estado nacional brasileiro.

Referências

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

CARVALHO, José Murillo. *A construção da ordem/Teatro de sombras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

CYRIL LINC, Christian Edward. A ideia de um Conselho de Estado Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p. 45-64, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 29-54, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milão, n. 35, p. 339-371, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Securité, territoire, population*. Lonrai: Gallimard; Seuil, 2004.

GUANDALINI JR., Walter. *Gênese do direito administrativo brasileiro — formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Tese (doutorado) — Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HESPANHA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo ativo (c. 1800 — c. 1910). HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira (Org.). *Fontes para a história do direito administrativo português — séc. XIX*. Lisboa: FD-UNL, p. 53-677, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2011.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4. ed. Milão: Laterza, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MESTRE, Jean Louis. *Introduction historique au droit administratif français*. Paris: PUF, 1985.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, p. 53-677, 2002.

REGO, Vicente Pereira. *Elementos de direito administrativo brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2. ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.

RENAUT, Marie-Hélène. *Histoire du droit administratif*. Paris: Ellipses, 2007.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968.

RUBINO DE OLIVEIRA, José. *Epítome de direito administrativo brasileiro segundo o Programa do Curso de 1884*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A “polícia” e as funções do Estado — notas sobre a polícia no Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 69-87, 2009.

SOUSA, Paulino José Soares. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

STOLLEIS, Michael. *Storia del diritto pubblico in Germania: pubblicistica dell'impero e scienza di polizia (1600-1800)*. Milão: Giuffré, 2008.

TELES FILHO, Eliardo França; HORBACH, Carlos Bastide. O informante: a função administrativa no ensaio do visconde de Uruguai. *Prismas: direito, políticas públicas e mundialização*, Brasília, v. 3, p. 389-403, 2006.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 2004.