Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 5 – janeiro/fevereiro/março de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

500 ANOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Professora Titular de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

O direito administrativo, como ramo autônomo, não tem, evidentemente, 500 anos de existência, nem no Brasil nem em qualquer outro país do mundo. Ele nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX.

Isto não significa, contudo, que inexistissem anteriormente normas que hoje comporiam esse ramo do direito, pois onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito.

Na Idade Média não houve ambiente propício para o desenvolvimento do direito administrativo, porque era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados *servos* ou *vassalos*. A vontade do monarca era a lei.

A formação do direito administrativo teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se - já na fase do Estado Moderno - o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o *princípio da legalidade* (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o *princípio da separação de poderes*, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Daí a afirmação de que o direito administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média. Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (in *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense,1979, v. I:52), o direito administrativo "constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções".

Pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa (o sistema do contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum. Foi pela elaboração pretoriana dos órgãos de jurisdição administrativa, em especial de seu órgão de cúpula, o Conselho de Estado, que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países.

O direito administrativo francês nasceu como *direito não legislado*, porque formulado pelo juiz para suprir as lacunas da legislação, então inexistente. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos. Ele se formou como disciplina normativa referida a um sujeito - a Administração Pública, com base em determinados conceitos, como os de serviço público, autoridade, potestade pública, especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado.

Segundo Georges Vedel (in *Droit Administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, p. 57), quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: o da *separação das autoridades administrativa e judiciária*, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das *decisões executórias*, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da *legalidade*, que obriga a Administração a respeitar a lei; o da *responsabilidade do poder público*, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

Do mesmo modo que o direito francês e em grande parte sob sua inspiração, o direito administrativo brasileiro não nasceu, como ramo autônomo, enquanto esteve sob o regime da monarquia absoluta.

Assim sendo, para falar em 500 anos de Direito administrativo brasileiro, tem-se que retroceder para um período em que o direito administrativo ainda

não existia, a não ser como um conjunto de normas que se aplicavam à Administração Pública, mas que não estavam sistematizadas em ramo autônomo, seja pela doutrina, seja pelo direito positivo.

A grosso modo, pode-se dividir a análise do tema em quatro fases:

a) período colonial, sob o domínio da legislação portuguesa;

b) período imperial, já com início da influência do direito francês, decorrente da criação do Conselho de Estado;

c) período republicano, até a Constituição de 1988, em que se plasmou o direito administrativo como ramo autônomo;

d) período atual, posterior à Constituição de 1988, quando o direito administrativo altera, de certa forma, o seu perfil, em decorrência da instauração do Estado Democrático de Direito, dos princípios informadores da Reforma do Estado e da globalização.

2. PERÍODO DO BRASIL COLÔNIA

Quando o Brasil foi descoberto, em 22-4-1500, tornando-se colônia de Portugal, estavam em vigor as Ordenações Afonsinas, que correspondem ao primeiro dentre os três corpos de leis que os Reis de Portugal mandaram elaborar no período entre a primeira metade do século XV e o início do século XVII.

As Ordenações Afonsinas, de D. Afonso V, datam de 1446 ou 1447 e vigoraram até 1511, quando foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de D. Manuel I, o Venturoso. Compreendem cinco livros:

Livro I – Regimento dos Magistrados e Oficiais de Justiça, exceto o de Desembargo do Paço, de 1582;

Livro II – Define as relações entre o Estado e a Igreja, trata de direitos e bens da Coroa, privilégios do Fisco, da Igreja e dos donatários e proprietários de terra;

Livro III – Regulamenta os processos cíveis e criminais;

Livro IV – Cuida do direito das pessoas e das coisas;

Livro V – Trata do direito penal, inclusive do militar.

Não tiveram praticamente qualquer aplicação no Brasil. Embora, no plano teórico, fossem aplicáveis, já que estavam vigentes em Portugal, no plano prático prevaleciam os usos e costumes. Cabe salientar que a contribuição dos índios para a formação do direito brasileiro foi praticamente nula.

Mesmo as Ordenações Manuelinas, editadas em 1521, não tiveram maior aplicação na colônia recém conquistada, a não ser pelos chamados juízes de Vintena, que correspondiam a órgãos descentralizados que exerciam jurisdição nas várias localidades que começavam a se formar.

Em 1613, Filipe II de Espanha (Filipe I de Portugal) baixa as Ordenações Filipinas, também chamadas de Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil mesmo após a Independência. Só foi deixando de ser aplicada na medida em que foram baixados os grandes Códigos; primeiro, o Código Criminal do Império do Brasil, de 16-12-1830 (que revogou o Livro V das Ordenações); depois o Código de Processo Criminal, de 29-11-1832, o Código Comercial, de 25-6-1850, e, posteriormente, o Código Civil, de 1º-1-1916. Essas Ordenações vigoraram no Brasil mesmo depois de sua revogação em Portugal, em 1º-7-1867, quando aprovado o Código Civil português.

No Brasil, após a Independência, D. Pedro I assim decretou, por lei de 20-10-1823:

> *"As Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25-4-1821, em que S.M. Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves se ausentou desta Corte, e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcântara como regente do Brasil enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, que se erigiu em Império,* ***ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas para por elas se regularem os negócios do interior do Império, enquanto se não organizar um novo código, ou não forem especialmente alteradas****."*

Conforme ensina Virgínia Maria Almoêdo de Assis, em texto apresentado no Seminário *O Mundo que o Português criou*, *"a formação de um aparelhamento administrativo no Brasil pela coroa portuguesa tem início com o estabelecimento das Donatárias em 1532, momento em que a política lusa norteava-se no sentido de transformar a terra conquistada em colônia de exploração sob o esteio jurídico do Tratado de Tordesilhas e de várias bulas pontifícias".*

Demonstra a autora o papel que o clero desempenhou na colonização do Brasil, onde *"o confronto entre culturas e técnicas foi inevitável"*, não sendo capaz a empresa militar de *"sozinha controlar a insubmissão dos naturais da terra e a sua organização tribal, o que se configurou sério empecilho à empresa mercantilista colonizadora".*

Daí a ação missionária e evangelizadora exercida pelas ordens religiosas junto aos indígenas. A autora cita a esse respeito lição de Maria do Céu Medeiros (in *Os Oratonianos de Pernambuco*. Recife: UFPE, dissertação, 1981), no sentido de que *"....a Igreja ajudou a enorme massa de desprovidos de bens materiais a pensar como o desejavam os donos do poder, e não como requeria a sua condição material no processo produtivo".*

Por essa razão, afirma Virgínia de Assis, *"no Brasil, a rede de alianças formada por clero, colonos e coroa, resultou numa organização eclesial, mas não eclesiástica, onde não se tinha consciência da Igreja como a comunidade dos cristãos, mas como uma estrutura administrativa, juridicamente delineada a serviço do Estado. Aqui, a carreira eclesiástica transformou-se numa carreira de funcionalismo público, e da consciência desse papel, o clero colonial soube tirar proveito pela mercantilização de suas funções".*

Não se pode esquecer que, à época do Brasil colônia, Portugal, à semelhança do que ocorria em praticamente toda a Europa, vivia o período do absolutismo, exercendo amplos poderes tanto sobre a Metrópole como sobre as colônias.

Em termos de legislação, aplicavam-se, no Brasil, variados tipos de atos normativos, sob a forma de ofícios, bandas, alvarás, cartas régias etc, provindos do monarca. Essas normas coexistiam com a legislação local (posturas municipais), além de bandas, ordens, alvarás e outros tipos de atos baixados pelos delegados do rei.

Além do monarca, dotado de inúmeros privilégios, ainda exerciam o poder os delegados da cora e seus funcionários, que também detinham privilégios próprios de autoridade. Do mesmo modo, esses privilégios eram amplamente exercidos pelo clero.

Note-se que o Livro II das Ordenações Filipinas definia as relações entre o Estado e a Igreja, tratava dos direitos e bens da coroa, bem como dos privilégios do Fisco, da Igreja e dos donatários e proprietários de terra.

No que diz respeito ao ***sistema político***, a primeira forma adotada no Brasil foi a das ***capitanias hereditárias***, sob inspiração do regime feudal. Elas eram doadas, por carta de doação, sendo inalienáveis, porém transmissíveis por herança ao filho varão mais velho (daí o nome de capitanias *hereditárias*). As terras doadas podiam ser arrendadas ou aforadas, pelo foro ou tributo que entendesse cabível o donatário.

As *cartas de doação* eram seguidas das *cartas de forais*, que especificavam os direitos, foros, tributos e coisas que se pagariam ao rei e ao capitão hereditário e governador. Os dois documentos constituíam o estatuto da capitania, onde constavam os privilégios e os deveres dos donatários. Este atuava como governador, com *poderes administrativos* exercidos sobre *coisa pública*, já que a capitania não era de propriedade do capitão, a não ser quanto a uma pequena parcela. Sendo coisa pública, a capitania era inalienável, podendo repartir-se em *sesmarias* (instituto já previsto nas Ordenações Afonsinas, originário de uma lei de 1375 – Lei das Sesmarias).

Segundo Waldemar Martins Ferreira (in *História do Direito Brasileiro*, t. I, Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Freitas Bastos S.A., 1952), *"o regime das capitanias, o que parece mais razoável é que se divise nelas, em seus contornos e em sua estrutura, o que modernamente se tem como **autarquias ou entidades autárquicas territoriais**, enquadradas entre as pessoas*

jurídicas de direito público interno". Elas eram independentes entre si, não havendo qualquer possibilidade de intervenção de um Governador em capitania de outro.

O regime de sesmaria corresponde ao regime agrário então instituído. Deu origem aos grandes latifúndios, às grandes propriedades, que eram dadas somente a quem tivesse meios de cultivá-las.

As cartas de forais previam a forma de distribuição das rendas, indicando o que caberia ao Rei e ao Governador. Foram previstos também, em função disso, os ***oficiais incumbidos da arrecadação dos tributos reais***. Essas cartas outorgavam poderes de jurisdição cível e criminal aos donatários, competência para escolher os oficiais encarregados de administrar a justiça e os homens que procederiam à eleição de vereadores nas vilas que iam se formando.

Os donatários podiam ainda, de conformidade com o livro II das Ordenações, nomear o seu ***ouvidor, que exercia função administrativa e judiciária.*** Era a autoridade máxima, abaixo do capitão, assemelhando-se, o seu papel, ao de Secretário de Estado.

O segundo tipo de organização administrativa no Brasil foi a que vigorou ao tempo do Governo Geral, com o que se passou da pluralidade de capitanias, cada uma estanque e independente da outra, para um regime de unidade administrativa. Ao nomear Tomé de Souza para a capitania da Baía de Todos os Santos, El-Rei lhe fez doação sobre essa capitania e, ao mesmo tempo, poder sobre todas as demais. As capitanias foram mantidas como divisão territorial, mas as cartas de doações e de forais foram derrogadas.

Os ***poderes administrativos e jurisdicionais***, antes atribuídos aos capitães, passaram para o Governador Geral. Mas os capitães continuaram com alguns poderes, inclusive o de conceder cartas de sesmaria. Vale dizer que a unificação do governo não fez desaparecerem inteiramente as capitanias. Nas palavras de Waldemar Ferreira, ob. cit., t. II, p. 17, *"instituindo-se o governo geral de Tomé de Souza, elas se congregaram em sistema político unitário, de administração relativamente autônoma, subposta à ordem da Coroa, por via de delegados temporários".*

Por essa razão, o regime de capitanias hereditárias é visto, por muitos autores, como o embrião do regime federativo no Brasil. É a posição de Clóvis Beviláqua (mencionado por Waldemar Ferreira, na p. 152, da ob. cit.), para quem *"a divisão político-jurídica do país em capitanias hereditárias adaptou-se tão intimamente aos seus principais acidentes geográficos, que resistiu ao estabelecimento de um governo geral e, somente no século XVIII, como observa Oliveira Martins, é decisiva a vitória do sistema centralizador sobre o feudal. Mas, ainda assim, as capitanias desenharam, no organismo nacional, o esboço das futuras províncias, e prepararam a federação dos Estados sob a República".*

Com efeito, havia um poder central – o Governo Geral, unificado; havia os capitães hereditárias com poderes reduzidos e limitados ao território da capitania; e havia as vilas, com o poder local centrado nas Câmaras, constituídas por vereadores eleitos.

As atribuições do Poder central eram distribuídas entre o governador-geral (representante do Rei), o provedor-mor (representante do Fisco) e o ouvidor-geral (distribuidor da justiça). Porém, o primeiro concentrava grande parte dos poderes, inclusive o de legislar e o de presidir a distribuição da justiça, a ponto de atribuir-se ao governador-geral, a partir de 1640, o título de vice-rei. No século seguinte, alguns receberam poderes em matéria cível e criminal, com possibilidade, inclusive, de aplicar a pena de morte.

Pelo exposto, podem ser tiradas algumas conclusões quanto ao período do Brasil-Colônia:

a) as capitanias hereditárias constituíam o que hoje se denomina de autarquia territorial ou geográfica, já que eram independentes entre si e gozavam de certa autonomia, mas submetiam-se ao poder central representado pelo monarca;

b) as vilas que foram se formando dispunham de poder local, composto por oficiais escolhidos pelo capitão governador, e pela Câmara dos Vereadores escolhidos mediante eleição e que exerciam função administrativa e jurisdicional;

c) com a instauração do Governo Geral, as capitanias hereditárias perderam uma parcela de seu poder administrativo e jurisdicional, que passou a concentrar-se em mãos do Governador Geral; mas mantiveram a divisão territorial que deu origem às futuras províncias da época do Império;

d) o regime de capitanias hereditárias, instaurado sob inspiração do sistema feudal, é apontado como o embrião do sistema federativo instaurado com a primeira Constituição da República;

e) no período colonial, aplicavam-se, em grande parte, os usos e costumes (principalmente na fase inicial) e as Ordenações Filipinas, visto que as anteriores não chegaram a ter aplicação no Brasil; essas Ordenações conviviam com normas baixadas pelos capitães e, depois, pelo Governador Geral, e com normas locais baixadas pelas Câmaras;

f) não havia divisão de poderes, nem separação entre as funções de administrar e legislar; o monarca detinha poderes absolutos, sem qualquer submissão à lei ou a qualquer tipo de controle; também os delegados do rei nas colônias (capitães hereditários, primeiro, e governador-geral, depois) detinham poderes absolutos outorgados pelo monarca e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça.

g) não existia um direito administrativo, como ramo autônomo, tal como existe hoje, mas existiam normas que regiam as relações do Monarca com

seus delegados, com a Igreja e com os colonos; nas palavras de Furtado de Mendonça (in *Excerpto de direito Administrativo Pátrio*, São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865, p. 22), *"o direito administrativo sempre existiu, porque o exercício de administrar é condição essencial da existência coletiva; só deve-se aos tempos modernos a classificação das leis administrativas, a separação dos princípios e a dedução de conseqüências em summa a theoria e o systema. Assim encontrando-se as leis administrativas confundidas com as civis, devemos ter em vista constantemente que as relativas ao estado e qualidade das pessoas, propriedade privada, e repressão dos delitos constituem o direito civil; e as que tem por objecto o poder público, organização, deveres e atribuições do governo em negócios de interesse público, o direito administrativo".*

h) existiam nas Ordenações Filipinas ***restrições e privilégios*** próprios das autoridades, podendo ser mencionados, a título de exemplo, algumas normas mais elucidativas extraídas do Livro II e que certamente hoje comporiam o direito público ou, mais especificamente, o direito administrativo:

- hipóteses de isenção de pagamento de dízimo e outros direitos a El-Rei, concedidas à Igreja, Mosteiros e Pessoas Eclesiásticas (título XI);

- restrição para que os clérigos, ordens e pessoas eclesiásticas possuíssem bens nos *requengos* (terreno do patrimônio dos Reis) (título XVI);

- restrição semelhante para os fidalgos e cavaleiros quanto a determinados reguengos (título XVII);

- exigência de licença do rei para que as igrejas e ordens comprassem bens de raiz (título XVIII);

- normas sobre busca de ouro, prata e outros metais (título XXXIV);

- proibição de que os senhores de terras ou outras pessoas tomassem mantimentos, carretas, bestas, contra a vontade de seus donos (título L); em caso de necessitarem desses bens, deveriam solicitar à autoridade de jurisdição e pagar o preço correspondente;

- permissão para conceder aposentadoria somente aos 70 anos de idade (título LIV).

i) o regime de sesmarias pode ser apontado como o regime agrário então vigente, muito semelhante aos institutos do aforamento ou enfiteuse e, no direito administrativo, à concessão de uso de bens públicos.

3. PERÍODO DO IMPÉRIO

Promulgada a primeira Constituição do Brasil, em 1824, o território foi dividido em províncias, cada uma constitucionalmente administrada por um presidente nomeado pelo Imperador (art. 2º). Elaborada sob o influxo dos princípios inspiradores da Revolução Francesa, a Constituição do Império foi liberal a ponto de muitas de suas disposições serem repetidas na primeira Constituição da República. Sob essa mesma inspiração, previu a divisão e harmonia entre os Poderes, com a peculiaridade de que, além do Executivo, Judiciário e Legislativo, previu também o Poder Moderador. Além disso, o Poder Executivo tinha uma subdivisão, que correspondia ao poder administrativo.

Criou-se o Conselho de Estado, antes mesmo da Constituição; nesta, ele foi previsto com número não superior a dez (arts. 136 e 137) com funções de consultoria; pelo artigo 142, deveriam os Conselheiros *ser ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração; principalmente sobre a declaração de guerra, e ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicados no art. 101, à exceção da 6ª"*, esta última dizendo respeito à nomeação e demissão de Ministros.

A função do Conselho de Estado era meramente consultiva e, mesmo quando apreciava questões contenciosas, a sua manifestação ficava sujeita à decisão do Imperador. Segundo Visconde de Uruguai, em seus Ensaios sobre Direito Administrativo, edição de 1960, p. 152, *"posto que fosse uma corporação meramente consultiva e sem jurisdição própria, não era todavia um auxiliar administrativo perfeito e completo, um Conselho de Estado semelhante ao da França, de Portugal e da Espanha, e ao nosso de hoje. Não era dividido em seções. Não trabalhava com os Ministros. Era uma criação tão especial, tão original, como a do Poder Moderador, suscitada pela idéia deste."*

Na realidade, o Conselho de Estado não exercia função jurisdicional propriamente dita, como a exerce hoje o órgão semelhante existente na França e em outros países que adotaram o mesmo modelo. Não se pode esquecer, contudo, que também no país de origem, o órgão, inicialmente, não decidia em definitivo, porque suas decisões ficavam também dependendo do aval do imperador, correspondendo ao período da chamada "justiça retida". Só em fase posterior é que o Conselho de Estado francês ganhou maior independência, passando a exercer atividade jurisdicional propriamente dita.

O Conselho de Estado foi extinto pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, recriado pela Lei nº 234, de 29-11-1841. Passou a ser composto por dez Conselheiros vitalícios, podendo os Ministros de Estado ter assento nele. Continuou a exercer funções consultivas em todos os negócios, em que o Imperador houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los. Segundo Visconde de Uruguay (ob. cit., p. 154), as opiniões que emite o Conselho podem referir-se ao exercício das atribuições do poder moderador, do poder executivo político ou governamental, do poder administrativo gracioso e do poder administrativo contencioso. Contudo, no Brasil, o Conselho de Estado

nunca exerceu função jurisdicional como ocorreu na França e em outros países que adotaram o sistema de dualidade de jurisdição. Aqui, falava-se em *jurisdição administrativa*, mas sem independência em relação ao Poder Executivo. O Conselho de Estado era visto como órgão auxiliar da Administração Pública e funcionava como tribunal administrativo de última instância.

Já havia, na época do Império, uma Administração Pública organizada e a consciência de que existia um direito administrativo distinto do direito civil, embora sem a amplitude que tem hoje. Era mais visto como um complexo de leis. Foi no período imperial que se criou a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, instalada, em 1855, na Faculdade de Direito de São Paulo e regida por José Antonio Joaquim Ribas.

Começa, então, a desenvolver-se o direito administrativo, graças ao trabalho de doutrinadores, dentre os quais Vicente Pereira do Rego (*Elementos de Direito Administrativo*, de 1857), Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral (*Direito Administrativo Brasileiro*, de 1859), Visconde de Uruguai (*Ensaios sobre o Direito Administrativo*, de 1862), Furtado de Mendonça (*Excerto de Direito Administrativo Pátrio*, de 1865), José Rubino de Oliveira (*Epítome do Direito Administrativo Pátrio*, de 1865), José Antonio Joaquim Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro*, de 1866), José Higino Duarte Pereira (*Lições de Direito Administrativo.*

Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, em apresentação da obra de Visconde de Uruguay, reeditada em 1960 (*Ensaios sobre o Direito Administrativo*, de 1862), *"o Direito Administrativo no Império é toda a construção da Jurisprudência administrativa feita pelo Conselho de Estado em suas diversas fases, é toda a legislação sobre terras, especialmente sobre terrenos de marinha e terras devolutas, é a legislação de águas, de minas, é a legislação sobre concessões ferroviárias e de portos, com traços marcantes e bem definidos, é o regime de garantias de juros, base do nosso desenvolvimento na origem da construção do nosso sistema de estradas de ferro e navegação, etc. É todo o debate em torno do contencioso administrativo, da competência dos tribunais administrativos e judiciais. É, ainda, a construção doutrinária, feita pelos professores e pelos tratadistas, como Uruguay, Ribas, Pereira do Rêgo, etc."*

O direito administrativo já era visto como ciência, especialmente por Furtado de Mendonça (ob. cit., p. 25), segundo o qual *"o direito administrativo constitue hoje uma sciencia positiva, verdadeira e completa, que de um lado divide com o direito civil, e de outro com o publico positivo. Tem sua legislação, que por não estar codificada não é menos numerosa, variada, constante e obrigatória; sua jurisprudência cujas regras se vão formando, assentadas sobre precedentes bem definidos, e cujas decisões não encerrão mais antinomias que as dos tribunaes judiciarios; uma alta jurisdicção que offerece, aproximando-se da inamovibilidade, as mesmas garantias de publicidade e defesa que a dos tribunaes judiciarios; um processo breve, simples, claro, quasi sem despezas, não arbitrario, rigoroso em suas prescripções, igual para*

todas as partes, sobrio de excepções, dilatorias, e recursos, respeitoso para com a cousa julgada; um ensino especial nas Faculdades de Direito e escholas militares; programma de cursos; começa de ter tratados e ensaios geraes e especiaes: seu estudo importa a milhares de cidadãos de todas as classes."

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

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

Quanto às relações da Administração Pública com o Legislativo, verifica-se que se reconhecia à lei a função de estabelecer normas gerais, deixando ao Imperador e à Administração Pública a competência para preencher os vazios da lei por meio de atos normativos de várias espécies. Segundo Furtado de Mendonça (ob. cit., p. 22), *"a lei é geral, commune preoceptum, só estabelece princípios, não prevê, nem desce a minucias, assenta regras fundamentais, e as formas essenciaes do exercicio dos direitos; o poder executivo é quem executa, explica e accomoda o principio da acção às circunstâncias, fazendo vezes de laço entre o facto e o direito, entre o relativo e o absoluto. Executar as leis não é para o poder executor o que para o judicial – manter a integridade de um texto litteral, exigir obediencia a um preceito, mas empregar as forças vivas da sociedade desenvolvendo e animando o pensamento do legislador em cujo espirito está embebida. A lei manda ou prohibe mas não actua, contem só o principio da acção, o poder executivo lhe imprime o movimento por decretos, regulamentos e instrucções, que em materia de administração, são actos imperativos ou prohibitivos....."*.

Como se verifica por esse trecho, percebe-se que o princípio da legalidade não tinha a amplitude que tem hoje, já que as leis não regulam toda a matéria, mas apenas estabelecem princípios ou normas gerais, contendo sínteses aplicáveis a todos os pontos do território e a todos os momentos do longo período que cumpre que ela viva (cf. A. J. Ribas, *Direito Administrativo*, 1866, p. 66); especialmente as matérias que exijam conhecimentos técnicos devem ser disciplinadas sinteticamente pela lei, já que não se exigem do legislador conhecimentos técnicos em todas as especialidades. Contudo, segundo Ribas (p. 71), as leis que dizem respeito às relações individuais e recíprocas dos cidadãos, ou que diretamente afetem os seus direitos primordiais, devem ser bem explícitas e desenvolvidas, a fim de que os grandes e sagrados interesses da liberdade, da honra, da segurança e da propriedade dos associados não fiquem dependentes do arbítrio, da ignorância ou da má fé daqueles a quem incumbe a aplicação destas leis.

Com relação às relações com o Poder Judiciário, verifica-se que os atos praticados pelo Poder Executivo e, evidentemente, pelo Poder Moderador, não

se submetem ao controle judicial. Há uma divisão de competências entre as matérias de competência da autoridade judiciária e administrativa: a primeira decide sobre coisas privadas e, a segunda, sobre as coisas públicas ou as relações entre as coisas públicas e as particulares.

No que diz respeito à relação da Administração Pública com o Poder Moderador, realçam os autores a necessidade de a primeira conformar-se à política traçada pelo segundo. O Poder Moderador exerce atribuições políticas. Ele traça a orientação a ser seguida pelo Poder Executivo. No entanto, a Administração goza de certa independência no que diz respeito à execução das leis, nas relações diretas do poder público com os cidadãos e com as potências estrangeiras (cf. Veiga Cabral, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1859, p. 36-37); é o que ocorre com o preenchimento de empregos públicos, com a distribuição de quotas destinadas às despesas públicas das províncias, a navegação fluvial, etc. Afirmava Veiga Cabral, já naquela época, em verdade ainda hoje aplicável, que *"não poucas vezes ameaçada a Administração na sua independência, ela precisa defender-se; a política em nome mesmo dos grandes interesses, que são conferidos a seus cuidados, facilmente se illude; não admitte recusa, nem resistencia, mal póde comprehender que a Administração colocada sob sua influencia e autoridade não esteja inteiramente á sua discrição; nestas circunstâncias a Administração precisa defender-se...."*

O mesmo autor afirmava (p. 40) que a Administração tem *liberdade moral* para desenvolver o pensamento do legislador por meio de decretos, instruções e regulamentos, sendo esse direito exercido sob a garantia da *responsabilidade*. Os excessos ou abusos de autoridade eram acusados, privativamente, pela Câmara dos Deputados, para serem processados perante o Senado. Não havia possibilidade de uma autoridade administrativa responder por seus atos perante o Poder Judiciário.

Os autores falam em discricionariedade da Administração, não em sentido jurídico, como atualmente (limitada pela lei), mas como poder político; tratam das inúmeras formas de limitações a direitos, sem falar propriamente em poder de polícia; contudo, tratam mais especificamente da polícia da segurança e, alguns, da polícia sanitária; já se faz distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária; tratam dos bens públicos, da desapropriação, das servidões militares. Fala-se em funcionários administrativos ou em agentes da administração, definindo-se seus deveres e reconhecendo-se a sua responsabilidade pelos atos praticados em desconformidade com a lei. Há grande preocupação com as atividades sociais do Estado, em especial com o ensino, que mereceu longas considerações por parte de alguns dos autores citados.

Defende-se a idéia de *centralização administrativa*, que seria *"a convergência no poder executivo, de todas as forças necessárias para dirigir os interesses communs uniformemente, a unidade no poder, no território, na legislação e no governo. É submetter todas as pessoas e interesses à igualdade, distribuir equitativamente as vantagens e onus sociaes, estabelecer a ordem imprimindo ás forças collectivas uma direcção unica, robustecendo o*

poder que vela pela paz interna e pela independencia nacional." (Furtado de Mendonça, ob. cit., p. 13-14). O autor defende a centralização, afirmando que *"a necessidade de um regimen homogeneo e de uma autoridade centralisadora é igualmente imperiosa para todos os governos; mude ella de formas ou de meios, não mudará de objecto. É uma reacção contra o systema de incoherencia antigo, pois o periodo historico da maior descentralisação é o do regime feudal; e contra o regimen não menos energico da independencia municipal. Então não havia espirito nacional, existencia collectiva, e só grupos de interesses divergentes ou encontrados, sentimentos d'egoismo local, incapazes de elevar-se á concepção da idéa de um bem publico. Nem uma parcial resistencia deve intorpecer a acção administrativa central quando fielmente interpretando as necessidades e desejos da nação a conduz á prosperidade. Uma só vontade, e uma só força constituem o todo politico-estado."*

Mas o autor reconhece a necessidade de que a centralização sofra limitações; ela não deve *"degenerar em abuso, instrumento de tyrania, ou maxima de monopolio. nem consistir em attribuir ás mesmas mãos a direcção de todos os interesses, sujeitar a iguaes tramites o despacho de todos negocios de particulares, corporações, povos e provincias..."* (p. 14)

E, na realidade, apesar de se tratar de Estado unitário, já havia previsão de competências para as províncias, a serem definidas por lei (art. 166 da Constituição); como também havia normas sobre as cidades e vilas, dirigidas pelas Câmaras de Vereadores. Pelo artigo 169, *"o exercício de suas funcções municipais, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar".* Pode-se falar que havia centralização política, mas uma parcela de descentralização administrativa, na medida em que as atribuições próprias da Administração Pública eram divididas entre o poder central, as províncias e as cidades e vilas.

Por último, cabe assinalar que a elaboração legislativa, no período imperial, foi bastante intensa. Além do Código Criminal, do Código de Processo Criminal, de primeira instância e do Código Comercial, havia inúmeras leis, decretos, cartas imperiais, regulamentos, avisos etc; deles merecem especial menção alguns que dizem respeito mais especificamente ao direito administrativo:

- Decreto de 9-1-1825, criando provisoriamente um curso jurídico na Corte;

- Decreto de 17-2-1825, declarando efetiva, na forma da Constituição, a responsabilidade dos empregados públicos;

- Lei de 15-10-1827, estabelecendo a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado;

- Lei de 4-10-1831, organizando o Tribunal do Tesouro Nacional, com atribuições administrativas contenciosas;

- Lei nº 234, de 23-11-1841, criando um novo Conselho de Estado;

- Lei nº 242, de 29-11-1841, restabelecendo o privilégio de foro para as causas da Fazenda Nacional e criando um juízo privativo dos Feitos da Fazenda de 1ª instância;

- Lei nº 353, de 12-7-1845, designando os casos de desapropriação por utilidade pública geral ou municipal;

- Decreto nº 2.433, de 15-7-1859, mandando executar o regulamento para a arrecadação dos bens dos defuntos e ausentes, vagos e do evento.

Cabe especial destaque para a Lei nº 601, de 18-9-1850, chamada Lei de Terras, dispondo sobre as terras devolutas do Império e acervo das que são possuídas por título de sesmaria sem o preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica; determinando que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, tanto para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizando o Governo a promover a colonização estrangeira na forma do que se declara. Indubitável a importância dessa Lei para a regularização de posse de terras públicas, com a criação de institutos que até hoje permanecem, como o próprio conceito de terras devolutas, a legitimação de posse, a discriminação de terras devolutas.

4. PERÍODO REPUBLICANO

Com o início de período republicano, suprime-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência francesa da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição. Na exposição de motivos que serviu de fundamento para o Decreto nº 848, de 11-10-1890, sobre a organização da Justiça Federal, diz o Ministro da Justiça que *"é a vontade absoluta das Assembléias Legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo. Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído e aquele que agora se inaugura".*

Chegou-se ao ponto de inserir dispositivo no corpo do referido Decreto (art. 387) determinando que *"os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América, os casos de common law e equity serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal".*

Com isso, passou a Administração Pública a submeter-se ao controle jurisdicional. E também, em matéria de direito administrativo e ainda sob influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ocupar papel

de destaque como fonte do direito. Ou seja, a jurisprudência passou a desempenhar importante papel na criação do direito.

Lafayette Pondé, em trabalho sobre *O Direito Administrativo na República* (in RDA 178, p. 24-37), cita várias hipóteses em que isso ocorreu: na ampliação do instituto do *habeas corpus* para proteção de outros direitos individuais que não a proteção da liberdade física, com que fora idealizado pelo Código Criminal do Império; na utilização dos *interditos possessórios*, antes da reforma constitucional de 1926, para formular o que depois veio a ser considerado "desapropriação indireta"; na aplicação do instituto da *concessão de uso* e não de contratos de direito privado para a ocupação de boxes ou bancas de mercado público ou a de locais em logradouros públicos; na submissão das *servidões administrativas* a regime jurídico próprio; na adoção de uma teoria dos *contratos administrativos* , inclusive da concessão de serviço público, com características diversas do direito privado; afastamento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos; aplicação da *teoria da imprevisão* segundo regras especiais; tese de que os funcionários se regem por um *status*, não uma situação contratual, sendo suas vantagens e deveres iguais para uma mesma categoria.

Além desses casos, em que os Tribunais aplicaram institutos não disciplinados pelo direito positivo, outros houve em que decidiram contra os termos expressos da lei. O autor afirma que *"algumas vezes, a construção jurisprudencial transpôs a letra da lei escrita, como quando conheceu e qualificou a figura da autarquia, entidade pública, de direito administrativo, para isto alargando o art. 14 do Código Civil: nos casos da classificação de funcionários e demissão de diretores do Instituto do Café de Minas e de São Paulo por atos dos respectivos Governos, atos estes incompatíveis com a qualificação de direito privado a ambos atribuída, quando de sua criação."* Também a jurisprudência consagrou o instituto da *desapropriação indireta*, que, *"hoje consagrada na Súmula 345 do Supremo Tribunal Federal e em uma jurisprudência copiosa, legitima a absorção de prédio alheio, saltando sobre o art. 547 do Código Civil, da exigência constitucional de prévia indenização e do requisito de decreto explícito, sob capa do princípio da intangibilidade da obra pública, formulada na doutrina francesa para cobrir, de imediato, os excessos dessa obra, quando inadvertidamente implantada".*

Também em termos de *responsabilidade civil do Estado*, os Tribunais passaram a aplicar a teoria do risco, contrariando o disposto no artigo 15 do Código Civil, baseado na idéia de responsabilidade subjetiva. Mais uma vez, aplicou-se teoria elaborada pela jurisprudência administrativa francesa para decidir casos concretos que o direito positivo brasileiro disciplinava por forma diversa.

Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do

direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derrogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

Contudo, quanto à criação do direito pelos tribunais, o sistema norte-americano não difere em nada do sistema adotado pelos órgãos do contenciosa administrativo francês.

Quanto ao trabalho doutrinário, foi muito pobre no âmbito do direito administrativo, nessa primeira fase do período republicado, iniciada com a Proclamação da República, em 1889.

Segundo Ruy Cirne Lima (no livro *Princípios do Direito Administrativo*, S. Paulo: RT, 1982, p. 33), *"reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo na própria base, sobre que se fez assentar o nosso direito público. Foram as instituições dos Estados Unidos da América e os princípios da common law tomados para fundamento do nosso regime jurídico incipiente".* O autor acrescenta que o fundamento estava em contradição com o regime, pois aqui a Constituição de 1891, no artigo 34, nº 23, dividia o direito objetivo em civil, comercial, criminal e processual, enquanto a common law abrange, no conceito norte-americano, *"os princípios que regem assim de uma parte a justiça repressiva, como, de outra, a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação de interesse privado, a regulamentação das instituições domésticas, e a aquisição, fiscalização e transferência da propriedade; toca, destarte, todos os ramos da Ciência do Direito. O resultado dessa contradição é a incerteza das categorias jurídicas no nosso Direito Administrativo: é o desconhecimento de pessoas administrativas, fora da União, dos Estados e dos Municípios; é o desconhecimento dos limites do domínio público, além dos que lhe assinala a propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios; é o desconhecimento da doutrina dos atos administrativos, acima das prescrições do direito privado."*

São dessa fase os trabalhos de Viveiros de Castro (*Tratado de Ciência da Administração e do Direito Administrativo*, de 1906), Alcides Cruz (*Direito Administrativo Brasileiro*, de 1910), Manuel Porfírio de Oliveira Santos (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, de 1919), Carlos Porto Carneiro (*Lições de Direito Administrativo*, de 1916) e Aarão Reis (*Direito Administrativo Brasileiro*, de 1923).

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado

deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social. Organiza-se o funcionalismo por meio do estatuto funcional, previsto no art. 170 da Constituição. Ao funcionalismo já se asseguraram, nesse dispositivo, direitos básicos, até hoje existentes, como a estabilidade, a aposentadoria e a reintegração em caso de invalidação de demissão por decisão judicial; também foi prevista a exigência de concurso público para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas. Foi proibida a acumulação de cargos públicos remunerados das três esferas de governo (art. 172), com ressalva para os cargos de magistério e técnico-científicos. O artigo 171 previu a responsabilidade solidária dos funcionários com a Fazenda Pública, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

O artigo 182 previu o processo especial de execução contra a Fazenda Federal, por meio de precatórios.

Ampliou-se o rol dos direitos e garantias individuais. Foi prevista a instituição do mandado de segurança e ação popular (art. 113, nºs 33 e 38), como meios de provocar o controle judicial sobre atos da Administração Pública.

Já estava prevista lei que regulasse a fiscalização e a revisão das tarifas nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 137).

No período de vigência das Constituições de 1934, 1937 e 1946, foram promulgadas algumas leis em matéria de Administração Pública, que ainda hoje sobrevivem, como o Decreto-lei nº 25, de 30-11-37 (que disciplina o tombamento), o Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41 (sobre desapropriação por utilidade pública), o Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (sobre bens públicos da União), a Lei nº 1.533, de 31-12-51 (sobre mandado de segurança), e a Lei nº 4.717, de 29-6-65 (sobre ação popular).

Aos poucos, foi crescendo o poder de polícia, que passa a atuar em todos os setores da vida em sociedade, dando nascimento às polícias especiais, ao lado da tradicional polícia de segurança. O rol dos serviços públicos ampliou-se, tendo a Constituição atribuído ao Poder Público inúmeros encargos no capítulo da ordem econômica e social, especialmente nas áreas da assistência social, saúde e educação.

Como conseqüência, cresce a máquina estatal, pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, quer as de capacidade específica para execução de serviços públicos (autarquias), quer as de capacidade genérica (territórios); paralelamente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

Na realidade, já estava definido, a essa época, o direito administrativo, como ramo autônomo do direito público, com institutos, princípios e regime jurídico próprio, tendo por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não

contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Enriqueceu-se esse ramo do direito com sucessivas obras, como as de Themístocles Brandão Cavalcanti (*Instituição de Direito Administrativo Brasileiro*, de 1936; *Tratado de Direito Administrativo*, de 1948/1949); José Mattos de Vasconcellos (*Direito Administrativo*, de 1932); Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, de 1939); J. Guimarães Menegale (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, de 1950); Fernando Mendes de Almeida (*Noções de Direito Administrativo*, de 1956); José Cretella Júnior (com inúmeras obras, dentre as quais se destaca o *Tratado de Direito Administrativo*, de 1966/1972); Mário Masagão (*Curso de Direito Administrativo*, de 1959); Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios de Direito Administrativo*, de 1969); Valmir Pontes (*Programa de Direito Administrativo*, de 1970); Diogo de Figueiredo Moreira Netto (*Curso de Direito Administrativo*, de 1970/1971); Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de Direito Administrativo*, de 1980), Diógenes Gasparini (*Direito Administrativo*, de 1989), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, de 1990); Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, de 1994); Odete Medauar (*Direito Administrativo Moderno*, de 1996).

Não há dúvida de que foi grande a influência do direito estrangeiro na formação do direito administrativo brasileiro. Grande foi a influência do direito francês, do qual foram importados alguns dos institutos e princípios basilares do direito administrativo, como os conceitos de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a da responsabilidade civil do Estado (teoria da culpa do serviço público e teoria da responsabilidade objetiva, consagrada, em nível constitucional, a partir da Constituição de 1946), a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade; a teoria dos contratos administrativos; a forma de delegação da execução do serviço público ao particular, pelo instituto da concessão de serviço público; e a própria idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público derrogatório e exorbitante do direito comum.

No entanto, é inegável também a contribuição do direito italiano, que se percebe nitidamente em alguns temas específicos do direito administrativo, como a noção de mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), na noção de interesse público e tantas outras para as quais os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, porque, ao lado dos alemães, mudaram o próprio método de estudo do direito administrativo; este, com efeito, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuiram para a adoção de um método técnico-científico.

Do direito norte-americano, copiou-se praticamente o sistema de jurisdição una, com o que se aperfeiçoou o controle jurisdicional sobre a Administração Pública. Também são de inspiração na *common law* alguns instrumentos de proteção, como o mandado de segurança e o mandado de

injunção. Merece também ser lembrado o princípio do devido processo legal, especialmente em sua feição substantiva, em que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje bastante aplicado no direito brasileiro.

No direito alemão parece ter encontrado inspiração o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, relacionado com a matéria de discricionariedade administrativa. Sob esse aspecto também foi grande a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola.

E até na doutrina social da Igreja foi-se procurar inspiração para instituir o princípio da função social da propriedade, que deu origem à desapropriação para reforma agrária no direito brasileiro.

Talvez em matéria de bens públicos é que se encontre alguma coisa de peculiar ao direito brasileiro, quer na classificação tripartite dos bens, constante do artigo 66 do Código Civil, quer nos institutos ligados à regularização das terras públicas, como os conceitos de terras devolutas, de legitimação de posse e o processo de discriminação; quer nos conceitos de terras indígenas, terrenos reservados, terrenos de marinha.

Também é inegável que a legislação portuguesa sobre terras públicas, especialmente sobre sesmarias, influenciou grandemente o direito brasileiro.

Outra coisa que se fez no Brasil e também em outros países, foi passar para o direito positivo grande parte dos institutos trazidos do direito francês, como a matéria dos contratos, com todas as teorias do fato do príncipe, da imprevisão e do fato da Administração; e, mais recentemente, a teoria dos atos administrativos, em parte positivada pela lei que disciplina os processos administrativos na órbita federal. Por outras palavras, enquanto, no direito francês, o direito administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisdição administrativa, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.

Mesmo os princípios do direito administrativo, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, interesse público, razoabilidade e tantos outros mencionados pela doutrina passaram, em grande parte, a ser previstos no direito positivo, alguns na Constituição (art. 37 da Constituição de 1988), outros em leis ordinárias, como a lei de licitações e contratos (Lei nº 8.666, de 21-6-93), lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29-1-99), lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92). Houve, no Brasil, uma "positivação" do direito administrativo, aumentando consideravelmente a sua rigidez.

Além de passar para o direito positivo, às vezes para a própria Constituição, determinados institutos do direito administrativo, ainda se fez legislação que, pelo excesso de formalismo, contribuiu para emperrar o funcionamento da Administração Pública; tal ocorreu especialmente em matéria de licitação e contrato, de regime jurídico do servidor público, de controle administrativo e financeiro e de administração indireta, pois a estas se atribuiu

regime jurídico praticamente igual ao das entidades públicas, tirando muito de sua flexibilidade e da sua própria razão de existir.

5. PERÍODO ATUAL

O fato de podermos afirmar que o direito administrativo já se firmou como ramo autônomo, especialmente a partir da Constituição de 1934, não significa que ele se mantivesse estático. Ele vem passando por toda uma evolução que acompanha a própria evolução do Estado de Direito, com as correspondentes alterações no âmbito constitucional, que oferece as linhas mestras para o direito administrativo.

Com efeito, se a partir da Constituição de 1891 se instaurou o Estado Liberal de Direito e com a Constituição de 1934 pôde-se falar em Estado Social de Direito, um Estado prestador de serviços, que foi ampliando a sua atuação na vida econômica e social, pode-se afirmar que, com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito, referido a partir do preâmbulo.

Duas grandes idéias decorrem desse tipo de Estado:

a) De um lado, a de vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, a de submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal; e falar em submissão do Estado ao Direito significa falar em observância dos *valores e princípios* que estão na base do ordenamento jurídico e agasalhados implícita ou explicitamente na Constituição, tais como os que constam do preâmbulo da Constituição. Tal idéia, adotada por várias Constituições, como a espanhola e a portuguesa, inspirou-se, sem dúvida, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 8-5-49, cujo artigo 20 § 3º, determina que *"o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito."*

Na Constituição brasileira de 1988 não se encontra norma semelhante, porém não há dúvida de que ela consagra a mesma idéia, pela referência a valores e princípios, seja no preâmbulo, seja em inúmeros dispositivos esparsos. Isto teve grande reflexo sobre a própria compreensão do *princípio da legalidade,* pois ele passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Hoje, quando se fala que o Estado, pelos seus três Poderes, está sujeito ao princípio da legalidade, é nesse sentido mais amplo que há de ser entendido.

Não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência invocam, constantemente, inúmeros princípios, alguns de ordem constitucional, como os da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, economicidade, interesse público, motivação e tantos outros, considerados essenciais para limitar a discricionariedade administrativa e, em conseqüência, ampliar o controle externo exercido pelo Poder Judiciário. Esse aspecto foi por

nós desenvolvido no livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988,* São Paulo: Atlas, 1991.

A outra idéia que decorre da adoção do Estado Democrático de Direito é a de *participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública*, no processo político, econômico, social e cultural. Também essa idéia foi incorporada pela Constituição de 1988, com a previsão de vários instrumentos de participação, dos quais podem ser citados o direito à informação (art. 5º, XXXIII), participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º); participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187); participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194); caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade (art. 194, VII), na saúde (art. 198, III) e na assistência social (art. 204, II); gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º). Essa idéia de participação se reforça agora com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com a inclusão do § 3º ao artigo 37, prevendo lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, de modo a facilitar as reclamações contra os serviços ineficientes e o acesso do usuário a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

A tudo isso pode ser acrescentado, sob inspiração da *globalização* e da chamada *Reforma do Estado*, a idéia de Estado Subsidiário, baseado no princípio da subsidiariedade, formulado pela doutrina social da Igreja a partir de fins do século XIX, e que agora assume papel fundamental na definição do papel do Estado. De acordo com esse princípio, duas idéias são fundamentais: de um lado, a de que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, a idéia de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Em consonância com esse princípio, várias medidas vêm sendo adotadas, como a privatização de empresas estatais, a volta ao instituto da concessão de serviço público para delegar a execução de serviços públicos comerciais e industriais do Estado a particulares; a ampliação da atividade de fomento a entidades particulares que desempenhem atividades de interesse público; a desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade; a diminuição do aparelhamento administrativo,

mediante a extinção de entidades da administração indireta e de órgãos públicos, bem como a diminuição do quadro de servidores públicos.

Paralelamente, colocando-se como meta a *eficiência* na prestação dos serviços públicos, busca-se substituir, em alguns setores da Administração Pública, a forma de organização burocrática pela chamada Administração Gerencial. Nesta, as idéias básicas são: a *definição de metas* a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração Indireta; a outorga de maior *autonomia* administrativa, financeira e gerencial àqueles entes para permitir o cumprimentos das metas; e a substituição dos controles formais, hoje existentes, considerados inadequados porque preocupados apenas com os meios, por um *controle de resultados*, em que a eficiência dos resultados é mais importante do que os fins.

Com isso, surgem alguns institutos novos no direito administrativo, como os contratos de gestão, as organizações sociais, as agências reguladoras, as agências executivas.

Nota-se, mais uma vez, a busca de inspiração no sistema da common law, em especial no direito norte-americano. As suas *agências*, cujo conjunto compõe a Administração Pública naquele país, estão servindo de modelo para vários países, inclusive o nosso. E a sua atribuição reguladora, mal adaptada ao princípio da legalidade aqui vigente, também vem sendo conferida às nossas agências.

Tudo isso vem sendo adotado mediante emendas à Constituição, especialmente a Emenda nº 19/98 e legislação ordinária e complementar.

É possível dizer que o direito administrativo vem mudando de feição. O objetivo último é melhorar o funcionamento da Administração Pública, que deve limitar-se a exercer as atividades que sejam indelegáveis e as que o particular não tenha condições de desempenhar sozinho. Substitui-se, ainda que parcialmente, o autoritarismo das decisões unilaterais por variadas formas de parceria com o particular; procura-se atrair e incentivar o particular a participar da proteção do interesse público; diminuem as formas diretas de gestão do serviço público pela própria Administração. Mas não é só. Luta-se por mudança maior. Entre os teóricos da Reforma do Estado há a idéia de que o direito administrativo vem servindo de obstáculo, especialmente pela aplicação do princípio da legalidade. Por isso, há, sob alguns aspectos, fuga do direito administrativo e procura por regime jurídico mais flexível, que imprima maior liberdade de atuação às autoridades administrativas. Criam-se institutos paralelos, às vezes de legalidade e moralidade bem duvidosa, como as chamadas fundações de apoio que atuam dentro de órgãos e entidades públicas, utilizando o patrimônio público e administrando-o sob as regras do direito privado. Aí também a influência é do direito norte-americano. Além disso, cria-se também um quadro paralelo de servidores públicos, utilizando-se do instituto da terceirização, com fuga às normas constitucionais e estatutárias que regem o servidor público.

Pretende-se ainda ampliar a discricionariedade administrativa. Não é com outro objetivo que se apela para a fórmula norte-americana das agências reguladoras, que legislam nos vazios deixados pela lei. Propugna-se pela volta da chamada discricionariedade técnica. De certa forma, seria uma volta ao período imperial, com a característica já assinalada de que a lei deve conter fórmulas genéricas, deixando para a Administração a tarefa de estatuir de acordo com as conveniências administrativas. Com isto, o princípio da legalidade perde o espaço conquistado e o cidadão perde, pelo menos parcialmente, a segurança jurídica, já que fica mais desprotegido diante da ampliação da discricionariedade administrativa, que readquire, em grande parte, o seu aspecto político. O momento é de transição. O objetivo pode ser alcançado ou não, dependendo especialmente da atuação do Poder Judiciário no seu papel de defesa da Constituição e de defesa de sua própria independência, constantemente ameaçada pelas pressões do Governo, da imprensa, da opinião pública.

A prevalecer os ideais do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade deve ser mantido, com a amplitude já assinalada, de observância à lei e ao direito.

Quero concluir com a transcrição de um trecho de Manuel Porfírio de Oliveira Santos (in *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*, 1919, p. 243) que, embora escrito a propósito da transposição do regime federativo norte-americano para o Brasil, merece ser meditado por todos os que conhecem e acompanham a evolução da Administração Pública e do direito administrativo no Brasil:

> *"As verdadeiras leis de um país são as que se formam consoante os costumes, usos e tradições do povo, se harmonizam com a educação do mesmo e correspondem às suas necessidades."*

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Virgínia M. Almoêdo de. Estado, Igreja e Indígenas – Administração Portuguesa em uma Condição Colonial (A Problemática das Fontes). http:/ /apipucos.fundaj.gov.br/docs/indoc/cehib/almoedo.html

CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

CASTRO, Augusto Olympo Viveiros de. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Fran- cisco Alves & Cia., 1914.

FERRAZ, Rubem Gomes. *Breve Histórico das Ordenações*. http:www.solar.com.br/ amatra/rubem-1.html.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Brasileiro*. Tomo II, Rio de Ja- neiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1952; e Tomo I, São Paulo: Saraiva, 1962.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrati- vo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado. *Excerpto de Direito Administrativo Pátrio*. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schoreder, 1865.

OLIVEIRA, José Rubino de. *Epítome do Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Texto com introduções, breves notas e remissões redigidas por Fernando Henrique Mendes de Almeida. 1º volume. São Pau- lo: Saraiva, 1957; 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1960.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 3ª edição. 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 11ª edição, 1999.

PONDÉ, Lafayette. *O Direito Administrativo na República*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 178:24-37, out./dez. 1989.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

RIBAS, José Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro.* Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., Livreiros Editores, 1866.

SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

URUGUAY, Visconde de Uruguay. *Ensaios sobre Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1960.

VASCONCELLOS, José Mattos de. *Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo, vol. 212, págs. 49/56; Revista da Faculdade de Direito de S. Bernardo do campo, vol. 4, dez/1998, págs. 45 a 52.