

A DOCTRINA DE “ESTADO” E OS “LIBERALISMOS” – UMA ANÁLISE A PARTIR DAS DOCTRINAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO NA PRIMEIRA REPÚBLICA DO BRASIL

STATE AND LIBERALISM - AN ANALYSIS OF THE BOOKS OF ADMINISTRATIVE LAW OF THE BRAZILIAN FIRST REPUBLIC

Gustavo Zatelli Correa¹

Resumo: O artigo pretende tratar de conceitos-chave (Estado, direito administrativo, administração) nas obras de direito administrativo escritas e publicadas durante a primeira república. A análise é um esforço de responder ao problema sobre o grau de identificação das exposições textuais dos autores com a teoria liberal “clássica”. A hipótese é de que tais autores, em grande parte, já não descreviam os conceitos de maneira “puramente” liberal, reforçando muitas vezes a noção de intervenção e atuação estatal (contrariamente ao que sustenta quase todos os manuais jurídicos que tratam da história do direito administrativo brasileiro). Isso não significa, todavia, negar a hegemonia do pensamento liberal no contexto político e jurídico brasileiro, mas sim complexificar a exposição ao perceber, nas fontes, formas diversificadas de desenvolver as ramificações e clivagens entre liberalismo e intervencionismo.

Palavras-chave: direito administrativo; primeira república; liberalismo.

Abstract: This article is the effort to analyze the concepts of State, administration and administrative law as presented in the legal books of administrative law written and published in the first republican years of Brazil. The question around the research is: Are those concepts following the logic of a classical theory of liberalism? The hypothesis is that most of the author do not align their thoughts with this theory, moving towards concepts of state-building and state intervention. That is not to say they were not liberals, but that their works already represented new forms of representation that did not agreed with the liberalism in its “pure” form.

Keywords: administrative law; state-building; liberalism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade tratar dos conceitos de “Estado”, “administração” e “direito administrativo” nas doutrinas de direito administrativo escritas e publicadas durante as primeiras décadas republicanas brasileiras. O problema levantado aqui é: será que esses conceitos foram operacionalizados a partir de uma lógica “puramente” liberal²(como defendido por grande parte da nossa dogmática jurídica)³? Ou, ao contrário, já demonstravam os desgastes que a teoria liberal clássica sofria ao final do séc. XIX e começo

¹ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

do séc. XX (principalmente quando adaptada a um contexto que se entendia como periférico e buscava alcançar o modelo europeu o mais rápido possível – o que não seria possível sem a atuação estatal)? É a segunda opção que parece mais se adequar com o encontrado nas fontes, e é tal panorama que pretendemos ilustrar a partir das mesmas:

Questionaremos, para tanto, as fontes, individualizando conceitos-chave da teoria estatal e do direito administrativo (e.g., Estado, administração, direito administrativo), ressaltando similitudes e dissonâncias nas formas pelas quais tais juristas tratavam esses conceitos.⁴ Buscaremos, também, indícios de ideologias e vínculos políticos nos textos, procurando entender de que maneira tais escolhas influenciavam as percepções de cada autor sobre questões particularmente sensíveis à atuação estatal – v.g., a questão social, a normatização do trabalho e o higienismo. Partimos, pois, da seguinte hipótese, a qual procuraremos demonstrar: o Estado, em sua dimensão teórica, não é descrito, nessa literatura, como puramente liberal – ou seja, já apresenta traços tendencialmente interventores. Isso não significa, todavia, negar a hegemonia do pensamento liberal no contexto político e jurídico brasileiro, mas sim complexificar a exposição ao perceber, nas fontes, formas diversificadas de desenvolver as ramificações e clivagens entre liberalismo e intervencionismo/atuação estatal.

O conceito de Estado determina as tensões entre as esferas pública e privada, entre administração e indivíduo. É a partir desse conceito que se desdobram, mesmo que implicitamente, as discussões sobre atuação estatal na vida até então considerada “privada”. Ao analisar o que cada autor formula como modelo de Estado são perceptíveis algumas posições políticas e seu entendimento sobre liberalismo.

² Não se afirma aqui que exista de fato algo como uma teoria liberal em forma “pura”. A categoria é utilizada apenas para localizar um espectro extremo do pensamento liberal clássico e situá-lo como parâmetro, mesmo que nunca tenha existido uma teoria “puramente” liberal”. Tal espectro extremo é, em linhas grossas, aquele que não aceitaria a atuação estatal em nada mais que na administração da justiça e segurança interna do território contra possíveis inimigos externos, deixando as demais atividades e serviços da sociedade na mão do livre mercado.

³ A “parte histórica” apresentada nos manuais jurídicos é, em geral, pobre e feita sem rigor: formulada superficialmente, apenas citando os autores mais influentes que escreveram no período sem maiores informações contextuais, tratando rapidamente do desenrolar histórico cujo resultado foi o contexto atual dos debates dogmáticos. O período da Primeira República, dentro desta história dos manuais brasileiros de dogmática jurídica, com certeza é um dos mais injustiçados – explicado diversas vezes como pobre ou simples hiato até o impulso administrativo do pós-30.

⁴ Vale já deixar o aviso, todavia, de que os autores brasileiros tratados no presente artigo são em grande parte ecléticos tanto em forma quanto no conteúdo de seus escritos. Os poucos livros que chegam ao Brasil, traduzidos ou não, e a fraca formação acadêmica local são dois fatores que contribuem na explicação de tal característica. O ecletismo teórico atrapalha muitas vezes na classificação de cada autor em determinada corrente, devido às eventuais incoerências apresentadas no texto.

Ao tratar com tais modelos estatais descritos nas doutrinas jurídicas, talvez seja mais preciso referir-se a “liberalismos”, no plural – significa destacar a pluri-diversidade de perspectivas (que podem até estar decididamente em contradição) pelas quais as teorias liberais foram apropriadas pelos intelectuais brasileiros. Há indícios dessas diferenças de liberalismos, por exemplo, na posição de cada autor sobre quais devem, ou não devem, ser as finalidades do Estado. Enquanto aqueles que defendem mais fortemente o liberalismo em sua forma “pura” tendem a apenas conferir ao Estado dever de segurança interna e da administração da justiça - buscando limitar ao máximo suas atividades -, os outros que não aceitam o modelo liberal mais radical conferem mais funções ao Estado.

1 VIVEIROS DE CASTRO⁵

A primeira edição do “Tratado de Sciencia da Adminsitração e Direito Administrativo” foi lançada em 1906, havendo republicações com alterações em 1912 e 1914. Nos primeiros passos de sua conceituação teórica acerca do Estado, Viveiros de Castro diferenciou sentido material e sentido formal do Estado: a) o primeiro explicava do que era formado o Estado, “o povo considerado como unidade jurídica de homens em uma determinada sede, para o bem commum da vida e sob a mesma lei”; b) o segundo tratava da estrutura do Estado, “a propria organização jurídica da sociedade, o conjuncto das instituições, a hierarchia, a magistratura” (CASTRO, 1914, p.3-4).

Na primeira acepção, o Estado é uma “composição íntima de partes, tendo nexos necessários e reflexos entre si e com um centro”, um “todo orgânico tendo vida propria”; ou seja, traz à tona o Estado como um todo que, em conta de seu funcionamento orgânico, é mais que a soma de suas partes elementares. Defende, portanto, a teoria organicista do Estado. A

⁵ Augusto Olympio Viveiros de Castro (1867-19). Filho do senador Augusto Olímpio Gomes de Castro e irmão do também jurista Francisco José Viveiros de Castro, cuja especialidade era direito criminal. Formou-se na Faculdade de Direito de Recife (tal como o pai e o irmão), recebendo o grau de Bacharel em 1888. Logo depois de formado, foi nomeado Promotor Público da comarca de Santa Maria Madalena, cargo que foi exercido por pouco tempo. Ao regressar à sua terra natal, dedicou-se à advocacia. Foi nomeado, pelo decreto de 7 de agosto de 1891, substituto do Juiz Seccional do Estado do Maranhão - sendo exonerado a pedido. Transferiu sua residência para o Rio de Janeiro, onde foi nomeado, em decreto de 31 de dezembro de 1897, representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Logo depois, tornou-se Diretor do mesmo Instituto (em decreto de 14 de maio de 1901). Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o decreto de 27 de janeiro de 1915, preenchendo a vaga do então aposentado Amaro Cavalcanti. Também foi Lente Catedrático da antiga Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, em 1907, onde lecionou as cadeiras de Direito Civil, Administrativo e Internacional. Por ocasião da fusão das duas Faculdades de Direito do Rio de Janeiro, solicitou exoneração do cargo de Lente, sendo-lhe conferido pela congregação da nova Faculdade o título de Professor Honorário. No Instituto Histórico e Geográfico, de que era sócio, fez um curso sobre a História Tributária do Brasil. A rede de relações políticas e acadêmicas de Viveiros de Castro permite compreender, de relance, sua situação no contexto social de seu período. Provinha de família bem estabelecida como elite - tanto política como intelectual.

significação servia para diferenciar o Estado de outros conceitos como: povo, isto é, a sociedade civil que é sua matéria; governo ou hierarquia, que é sua forma; e nação, que é a sociedade após serem “anexadas” suas condições etnográficas com o ordenamento jurídico.

A segunda acepção estaria intrinsecamente relacionada com a expressão *poder público*. Essa palavra “ora se toma em sentido geral abrangendo todas as instituições que cuidam do interesse publico, quer do todo, quer das partes principaes da associação; ora em sentido mais restricto, compreendendo apenas os serviços relativos a toda a associação”. Disto resulta, de acordo com o autor, que a “palavra” Estado corresponde a três outros conceitos “fundamentalmente idênticos porém, mudalmente diversos, e que se exprimem com diferentes denominações: *poder central, poder público, povo politicamente organizado*” (CASTRO, 1914, p.4-5).

Nitidamente expostos por tais argumentos foram a separação conceitual entre sociedade e Estado e a composição orgânica deste. Nessa teoria, Estado é algo diferente de sociedade - age nela, por ela e algumas vezes com ela, sem nunca se confundirem.

Após essa breve explicação terminológica, o jurista destacou que o elemento característico do Estado é a existência de uma “auctoridade” que se faz obedecer por meio de regras estabelecidas – ou, simplificando, o que o autor denomina de “coacção disciplinada pelo Direito”. Viveiros de Castro relaciona os conceitos de sociedade, Direito e Estado (tríplice que entende ser essencial para o estudo da “Sciencia da Administração”) da seguinte maneira:

A sociedade constitue o elemento material do Estado, isto é, a convivência dos homens que lhe dá origem e que depende exclusivamente de uma lei natural. Mas, na ordem social domina também um elemento *atomistico*, enquanto as relações de homem a homem são determinadas pelo fim egoistico, da satisfação das necessidades individuaes, procurando cada um obter a maior somma de vantagens, embora com prejuízo de seus semelhantes. Ora essa tendência, se não fosse refreada, agiria como uma força dissolvente da propria sociedade; logo **se faz precisa a formação de um poder coercivo que assegure a existência da sociedade mediante as regras do direito, e assim surgiu naturalmente o Estado. Direito e Estado, portanto, são termos que reciprocamente se integram. O segundo deriva a sua genesis do primeiro, de qual é a mais alta expressão**; mas o *direito* também não poderia existir sem o Estado que lhe confere a força exterior, elemento inseparável na idéa do direito. (CASTRO, 1914, p.6, G.N.)

Da mesma forma que muitos pensadores de seu tempo, Viveiros de Castro procurou fundamentar-se a partir de premissas do positivismo sociológico, refutando a teorização metafísica dos direitos naturais. Nega e contesta, por conseguinte, a “chamada

theoria do *contracto social*” - que, em suas palavras, “personificada em Rousseau, não tem base científica” e “não resiste á mais ligeira analyse” (CASTRO, 1914, p.14). Citando autores estrangeiros (como Summer Maine, Bachofen, Mac Lennan, Morgan, John Lubbock), trouxe algumas fundamentações do surgimento da entidade estatal. Tais entendimentos tratam, mesmo que partindo de hipóteses diferentes, do fenômeno como uma evolução histórica (progressiva) da sociedade a partir do embrião familiar. O que o autor evidencia ao fundamentar o Estado dessa maneira é sua inclinação teórica para o positivismo sociológico – a explicação do político e do jurídico não por uma teoria metafísica, mas por argumentos histórico-biológicos/evolucionistas.

Viveiros de Castro defende que o Estado “deriva sua gênese” do Direito, e este não pode existir sem o Estado. Em tal moldura, Estado e Direito são dois elementos intrinsecamente ligados, ambos só podem existir concomitantemente. Com efeito, não há espaço para o Direito fora do Estado (negando qualquer existência de um direito natural ou direito não-estatal), mas o Estado está completamente sujeito às regras estabelecidas pelo jurídico, ou seja, é um Estado de Direito.

Viveiros de Castro contrapõe as seguintes teorias estatais: a que chama de “individualista” de um lado; e, diametralmente oposta, a “socialista”. Ao tratar da primeira corrente, que defende a máxima abstenção do Estado, o autor diz:

Partindo de um princípio verdadeiro, a escola individualista chegou a uma conclusão exagerada. A restauração da ordem-jurídico-política sobre a base da liberdade, é magnífica e científica. A liberdade é o primeiro dos direitos, o direito essencial á personalidade, a presumpção soberana, que não necessita de prova; mas não deve ser encarada como um fim e sim como uma faculdade, considerada na sua forma concreta e com o seu contheúdo vivificador, que é o bem social, e com a sua norma inseparável, que é a lei. (CASTRO, 1914, p.27)

O jurista, portanto, condena o pensamento que exagera o princípio da liberdade individual ao impossibilitar qualquer atividade estatal. A liberdade, contudo, continuou sendo o elemento central da ordem jurídico-política. Assim, o Estado e o Direito devem servir para garanti-la - mas não possuem unicamente essa função. O Estado adquire novas atribuições: não deve simplesmente abster-se de atuação positiva, sendo a ele incumbidas algumas atividades suplementares - as quais não seriam realizadas eficazmente pela livre iniciativa dos indivíduos. Com efeito,

Direito e Estado não são conceitos antitheticos da liberdade, e sim harmônicos e garantidores dela. **O Estado não é um mal necessário, um espantinho, e sim um factor poderosíssimo do bem-estar social; não é um instituto de segurança**

publica, uma força negativa, é uma actividade ao mesmo tempo conservadora e aperfeçoadora, promovendo incessantemente o progresso social. Além disso, a acção conservadora é lógica e historicamente inseparável da acção aperfeçoadora; a acção *negativa* também é freqüentemente inseparável e indistinguível da acção *positiva*, porque na ordem moral já se observou que se corrompe tudo o que não se move. (...) **Em resumo, a theoria da liberdade formal e do individualismo, parte duma idéa exaggerada da liberdade, e induz a um conceito do Estado, que está em contradicção com a historia e com a idéa ethica do mesmo Estado, insufficiente não só ao fim ideal, como também ao próprio objectivo que a escola individualista attribue-lhe de tutela do direito. Não basta dizer que o fim social deve ser realizado pela espontânea cooperação da liberdade individual, porque esta sempre deixa lacunas e imperfeições, que somente podem ser suppridas e reparadas pela cooperação do Estado.** (CASTRO, 1914, p.27-28, G.N.)

Em contraponto, o socialismo designaria o “o systema economico-politico que exaggera a intervenção do Estado, como o individualismo exaggera os efeitos da acção individual”. O modelo de Estado socialista seria uma tentativa (fadada ao fracasso) de responder ao “doloroso espectáculo das calamidades sociaes” por meio da intervenção do poder público. A gerência dos diversos meios de produção pelo Estado sobrecarregaria este último, no entender do autor ⁶, tanto quanto impediria a criatividade, harmonia e agilidade da iniciativa privada. Importante notar que os termos “socialismo” e “socialista” não são empregados do mesmo modo que hoje, possuem um carácter mais geral e abrangente. O “social” de Viveiros de Castro está muito mais como o antônimo de individual do que para descrever o sistema socialista como entendemos atualmente.

Viveiros de Castro procurou deslegitimar o socialismo afirmando que: a) exagerava o conceito de soberania do povo, pois esta última seria apenas “innata” e não “effectiva”, negando, desta forma, em última instância a ação soberana direta pelo povo ⁷; b) há uma impossibilidade prática da participação “immediata” de todo o povo, que decorre das

⁶ Como tratado na seguinte passagem: “A origem subjectiva desse systema se encontra no doloroso espectáculo das calamidades sociaes, principalmente da miséria das classes proletárias e da iníqua distribuição de recompensas ao mérito e ao trabalho. Não podendo remediar-se este estado de cousas pela organização natural do Estado, concluem os socialistas que deve ser *artificialmente* pela intervenção do poder publico. A missão do Estado, portanto, não se limita á remoção dos obstáculos que porventura se opponham ao livre desenvolvimento das energias individuais, a um simples trabalho de auxilio e vigilância; pelo contrario, o Governo tem o dever de gerir e administrar os interesses de todos, dirigindo para o fim commum a actividade individual. (...) Consequentemente, o socialismo reproduz a idéa imperial e autocrata do Estado omnipotente, não obstante partir de princípios diametralmente oppostos, isto é, não da vontade absoluta do soberano e da absoluta sujeição dos subditos, mas de um conceito exaggerado da soberania do povo, e de uma falsa apreciação das suas necessidades e dos meios de satisfazê-las. **No conceito romano se concedia demais ao Estado; no socialista se exige demasiadamente delle. Em ambos, porém, o poder publico é tudo, tanto no conceito do Principe Estado como no do Estado-Principe. A falsidade e o absurdo da doutrina socialista se demonstram pelos princípios e pelas suas conseqüências, encarados sob um aspecto racional, histórico e pratico.**” (CASTRO, 1914, p.28-29, G.N.)

⁷ Cf.: “**A soberania reside no povo originariamente e não effectivamente.** A vontade popular, expressa ou tácita, é o poder *constituente* e não o *imperante*. (...) As fôrmas mais puras e directas da democracia presuppõe uma organização, e, por isso, uma vontade no próprio povo, que constitue e ordena a fôrma democrata; a soberania, portanto, não é innata. **A idéa de uma soberania effectiva e immanente no povo, é absurda em principio.** Historicamente pôde haver, e tem havido, soberania sem ser precedida por urna vontade popular constituinte, o que, aliás, não exclue o principio de que o assentimento do povo, pelo menos tácito, possa ser concebido como elemento jurídico legitimante da soberania effectiva, mas prova que ella pôde ter a sua sede legitima fora do povo.” (1914, p.29-30, G.N.)

consequências caóticas dessa situação hipotética, e, ainda, pelo fato da gerência estatal ser uma atividade eminentemente intelectual, “imprópria das massas”⁸; c) é absurda a suposição de uma igualdade absoluta entre todos os homens, a qual só existiria no plano abstrato⁹.

Nas últimas críticas resta evidente o elemento anti-democrático da teoria de Viveiros de Castro. Não tão diferente de pensadores do liberalismo doutrinário, o jurista brasileiro abominava a possibilidade de conceder ao povo a soberania (em sua forma absoluta) e o seu pleno uso. Viveiros de Castro mostra-se, nessas passagens, como um liberal moderado, com várias ressalvas à democracia rousseauiana e outros modelos que concedem muito poder diretamente ao povo.

Diante do antagonismo das duas escolas, Viveiros de Castro tentou estabelecer o que chama de “fórmula racional” do intervencionismo estatal - essa estaria situada, de acordo com o autor, numa posição intermediária entre os extremos do individualismo e do socialismo:

Entre as duas theorias extremas do Estado inactivo ou negativo e do Estado omnifaciente ha uma escala de grãos intermédios, que consideram-no como elemento e factor da civilização e do progresso, cooperador de todas as forças sociaes. A variedade desses systemas intermédios se origina na diversidade de opiniões sobre os limites da cooperação do Estado. (CASTRO, 1914, p.31)

Após essas considerações, entretanto, o autor volta a relativizar sua teoria, em prol do liberalismo:

Theoricamente, o melhor partido a seguir, na resolução do problema, é lançar mão de uma fórmula *negativa*, e, em vez de investigar as razões da competência do Estado, procurar de preferencia as da sua incompetência. Em primeiro lugar o Estado não pôde competir com os particulares na produção da riqueza, visto ser um órgão conservador-coordenador, e não um órgão creador. Faltam-lhe todos os elementos indispensáveis para ser bem succedido nas empresas industriaes: o espirito de invenção, o estímulo do interesse pessoal, o da concorrência, etc. **O organismo administrativo é sempre uma machina pesada, cheia de engrenagens, que se move lentamente e com difficuldade. Em segundo lugar, a acção do Estado se manifesta sempre pela coacção, ou mediante as leis e os impostos. É, pois, um órgão essencialmente coercivo, que limita, mais ou menos extensamente, a natural liberdade dos indivíduos.** (CASTRO, 1914, p.32-33)

E, finalmente, concluiu que disso resultam algumas “regras geraes sobre a acção social do Estado”, as quais, resumidamente, possuem como princípio básico a maior

⁸ Cf.: “Convém não esquecer a impossibilidade prática da participação *immediata* de um povo numeroso no poder e no exercício de todos os actos de soberania, **além de se tratar de uma faculdade eminentemente intellectual, como é a mesma soberania, imprópria das massas, e que exige capacidade especial, cuja determinação é o producto de um convênio precedente.**” (1914, p.30, G.N.)

⁹ Cf.: “Não menos absurdo é o conceito da *egualdade absoluta*, a qual somente se encontra na *espécie*, isto é, na humanidade considerada em abstracto, sem se tomar em consideração as incontestáveis desigualdades individuaes.” (CASTRO, 1914, p.30)

abstenção possível do Estado em situações em que concorre com a iniciativa privada¹⁰. Mas que,

Feitas essas reservas, e contida nos devidos limites, a intervenção do Governo no que diz respeito ao melhoramento econômico, físico e intelectual da população, não pôde deixar de ser benéfica, sendo especialmente útil em todos os casos em que estiveram em jogo interesses demasiadamente gerais, ou se tratar de benefícios que somente depois de longo tempo possam ser auferidos. (CASTRO, 1914, p.34-35)

Ainda que a “iniciativa particular” seja preferível à intervenção estatal, o autor atesta que a “esfera da actividade individual não vai além do interesse próprio”, sendo esse interesse “circumscripção no espaço e limitado no tempo”. O Estado (que tem “por missão cuidar do interesse de todos”) deve, portanto, tomar as rédeas de determinadas actividades. Dessa maneira, o “horizonte do homem político, do publico administrador (...) não pode deixar de ser mais vasto do que o do dono de um estabelecimento commercial ou industrial”, e alerta que uma “administração demasiadamente domestica e mercantil seria, muitas vezes, uma péssima administração social” (CASTRO, 1914, p.35-36).

Além dessas considerações, havia o que denominara de “ grandes factores da civilização” (“religião, sciencias e artes”), que não admitiam a intervenção estatal. Do mesmo modo, a *economia pública* não poderia sofrer tais intervenções:

(...) não pertencem ao organismo do Estado, o qual não os determina nem aperfeiçoa, e, conseguintemente, não os *governa*. A relação do poder publico com as suas instituições mesmo externas — a Igreja e a Escola — são essencialmente diferentes das relações existentes entre a auctoridade e os subditos na esfera do Governo propriamente dicto. **Tudo lembra ao Estado que estas cousas não estão sujeitas ao seu poder; que não compete-lhe estabelecer regras, ordenar ou prohibir, e sim apenas fiscalizar e tomar cuidado. Da mesma fôrma deve proceder o Estado relativamente á *economia publica*.** (CASTRO, 1914, p.40, G.N.)

Por fim, Viveiros de Castro elenca, em decorrência das explicações anteriores, as seguintes funções do Estado como necessárias:

1. Garantir a ordem publica, e proteger as pessoas e bens contra qualquer violência;
2. Fixar as relações legais entre marido e mulher, e entre paes e filhos;
3. Regulamentar os modos de conservação, transmissão e permuta da propriedade, e

¹⁰ Segue a passagem literalmente: “Do que fica dito resultam as seguintes regras gerais sobre a acção social do Estado: 1.º A acção individual deve ser *a priori*, salvo casos excepcionaes, preferida a do Estado, sempre que se tratar de empresas susceptíveis de remuneração, devido á superioridade do ponto de vista da concepção, da invenção, e das attitudes nas frequentes modificações; 2.º Mesmo tratando-se de serviços que podem ser desempenhados pelo Estado ou pelas sociedades livres, seja qual for a sua fôrma, é conveniente preferir-se estas, em virtude da flexibilidade de que gosam, da rapidez das successivas adaptações, do maior quinhão que concedem ao interesse pessoal, dos prejuízos menores que produzem, da responsabilidade melhor definida, e da concorrência que as contém e estimula; 3.º O Estado, sendo um organismo de autoridade, que emprega a coacção, ou ameaça usar della, é claro que se deve preferir a liberdade, sempre que se possa obter resultados quasi que equivalentes; 4.º O Estado deve usar da maxima circumspecção nos exemplos que der (com os salários dos seus próprios operários, com os preços dos fornecimentos, etc), para não lançar uma perturbação funesta nas relações sociaes.” (CASTRO, 1914, p.34-35)

determinar as responsabilidades de dividas ou de attentados; 4. Determinar os direitos resultantes das convenções particulares; 5. Definir e reprimir o crime; 6. Distribuir a justiça em materia civil; 7. Determinar as obrigações e direitos políticos, assim como as relações entre os cidadãos ; 8. E dirigir as relações internacionaes. Estas funcções são exercidas pelo Estado seja qual fôr a fôrma de governo, e não se oppõem aos princípios de Spencer. (CASTRO, 1914, p.42)

Enquanto que as seguintes seriam facultativas:

1. A regulamentação do commercio e da industria, inclusive a cunhagem das moedas, a determinação dos pesos e medidas, as leis contra o açambarcamento, as questões relativas aos impostos, leis sobre navegação, etc.; 2. A regulamentação do trabalho; 3. A conservação das vias publicas, incluindo-se nesse numero as questões relativas ás estradas de ferro do Estado, e todos os melhoramentos internos; 4. A O serviço postal e telegraphico; 5. A fabricação e a distribuição do gaz, serviço das águas, etc; 6. O serviço sanitário, inclusive a regulamentação de certos ramos do commercio num fim de salubridade; 7. O ensino; 8. Manutenção dos pobres, e tratamento dos enfermos; 9. A conservação e corte das florestas, e outros serviços análogos, taes como os referentes á piscicultura; 10. E as leis sumptuarias. (CASTRO, 1914, p.42)

As fontes revelam uma certa dificuldade do autor em lidar com o equilíbrio ideal entre intervenção estatal e livre iniciativa privada. Ao mesmo tempo em que deslegitima as premissas do liberalismo “clássico”, o autor abomina a atuação intervencionista do Estado “socialista” - que se igualaria, em sua visão, ao Estado do Antigo Regime em seus “resultados funestos”. No geral, parece pender mais para o liberalismo, por razões econômicas – mas sempre com pequenas ressalvas. O autor pode ser considerado como um liberal-conservador: apesar de aceitar a maioria dos pressupostos do liberalismo, de vez em quando mostra traços de posicionamento “conservador” (no sentido da transição Império/República), que não o deixa confortável com um posicionamento “puramente” liberal acerca dos temas e o faz pender para a defesa do Estado.

Viveiros de Castro apontou que o vocábulo “administração pública” era empregado “promiscuamente”. O conceito confundiria, no ver do jurista, as significações: a) de “gestão de negócios”, retirada da ordem privada; b) de uma contraposição a “Governo”; c) contrariamente à anterior, de sinônimo de “Governo” contrapondo-se à “Justiça” - entendida como poder judiciário; d) de “serviço”.

O jurista afirmou que o problema da confusão é o de dar um sentido muito amplo à palavra administração, confundindo-a com “Governo”. Para livrar-se dessa confusão, alegou ser necessário entender a “natureza e os fins” das funções de cada parte.¹¹ A busca destes

¹¹ Afirma que a didática é similar a um “professor de biologia”, pois caso este “distinguisse o coração do fígado, ensinando que o primeiro é mais importante do que o segundo, não daria grandes conhecimentos aos seus alunos. Si, porém, elle ensinar que o coração serve para distribuir o sangue por todo o organismo, e o fígado para rociar de bilis os alimentos, então os alumnos terão uma noção scientifica fundada na natureza diversa das funcções de um e outro órgão.” (CASTRO,

elementos levou o escritor a rejeitar a “doutrina caduca da separação dos poderes”, a qual afirmava o funcionamento de cada poder estritamente delimitado e sem relacionamento com os demais poderes. A “doutrina” da separação dos poderes é pejorativamente taxada de metafísica por Viveiros de Castro, e por isso inepta para explicar devidamente o funcionamento dos poderes. Com efeito, utilizou a analogia do Estado como organismo para atacar a dita doutrina metafísica da separação de poderes.¹²

Nesse sentido, distingue administração de governo pela presença de autoridade, ou não, no ato de cada uma. Para o autor, há atos que “ordenam, proíbem ou permitem; que dão, tiram ou declaram direitos; que organizam as instituições da sociedade ou do Estado; que impõem gravâmes obrigatórios ao Fisco ou aos cidadãos”; sendo essas atividades exercidas com autoridade pelo governo, ao passo que a administração simplesmente gerenciaria os interesses estabelecidos pela autoridade (CASTRO, 1914, p.390-391). Decorre que a administração é dirigida pelo governo, mas não se confunde com este, pois, não obstante a existência de um passado em que os dois estivessem acoplados, o aperfeiçoamento das instituições públicas gerou a criação de formas autônomas de atividade (CASTRO, 1914, p.392).

O que resulta disso é a despolitização e autonomização da administração pública. Apesar de não conceder autoridade à Administração, o jurista a encara como um campo que deve ser diferenciado do Governo. Tal campo deve ser comandado mais por saberes técnicos do que por interesses políticos ou individuais.

2 ALCIDES CRUZ

O livro “Noções de direito administrativo” tem sua primeira edição publicada em 1910, com uma segunda em 1914. A obra foi escrita por Alcides Cruz com o intuito de

1914, p.386)

¹² “A doutrina caduca da separação dos poderes, segundo a qual o Estado seria um corpo inorgânico, composto de partes desconexas, pretendeu vincular cada função a um órgão especial e independente; mas, na realidade, todas as instituições públicas estão ligadas por um trabalho orgânico indissolúvel, e a maioria dos funcionários superiores exercem atribuições de varias naturezas. (...) É, portanto, assentar uma noção muito errônea dizer que cada função do Estado está localizada de uma maneira privativa em um órgão especial e único. **O Estado é, sob muitos aspectos, um organismo cujos membros estão ligados entre si, e se affectam reciprocamente formando um consensus. Não pôde ser considerado um agregado de partes desconexas semelhante a um mineral.** (...) É conveniente, portanto, que nos resolvamos a repudiar as conseqüências que na determinação das funções administrativas poderia ocasionar a doutrina metaphysica da separação dos poderes, a qual nos levaria a acreditar que em todo o Estado bem constituído cada instituição deve actuar independentemente, que nenhuma poderá encarregar-se de exercer atribuições extranhas á sua natureza, e que cada órgão do Estado deve ser um verdadeiro corpo dotado de vida propria. Mas uma organização semelhante não existe, nem poderia existir em parte alguma, porque os chamados corpos do Estado são na realidade simples membros de um organismo.” (CASTRO, 1914, p.387-388, G.N.)

auxiliar os alunos, através de uma “exposição summaria e abreviada” do conteúdo, na matéria “Sciencia da Administração e Direito Administrativo”, a qual lecionava na Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre.

Iniciou seu livro a partir do conceito de Estado, afirmando que “A idéa de um poder independente exercendo-se coactivamente sobre a população de um dado territorio” é conceito fundamental da “maioria das definições ultimamente postas em voga, com o designio de exprimir a natureza do Estado” (CRUZ, 1910, p.1). Em seu entendimento,

Nas definições offerecidas pelos modernos juriconsultos encontra- se, pois, um duplo elemento - a collectividade e o poder dominador emergido do seio della. O Estado tambem não é nem um organismo vivo, como outrora se pretendeu, nem uma pessoa juridica. É, sim, uma organização social. (CRUZ, 1910, p.2)

Há, neste arranjo teórico, como em Viveiros de Castro, pois, uma divisão e uma tensão entre dois elementos: a autoridade coerciva, de um lado; e a sociedade, de outro. Uma tensão, todavia, que não é descrita como antitética, mas como o projeto de uma relação que buscaria potencializar o progresso da sociedade. Em outras palavras, a autoridade coerciva está fundamentada em suas ações porque tem como objetivo o melhoramento da sociedade. A autoridade coerciva, aliás, só é entendida como legítima quando obedece as formas do Direito, partindo de fundamentos legal no exercício de suas atividades.

Ao negar as explicações do Estado como organismo vivo e do Estado como pessoa jurídica para enfatizá-lo como organismo social, o autor desvincula tanto a compreensão radicalmente espontânea e harmônica como também a concepção puramente jurídica da atividade estatal para adotar uma concepção mais “realista”. Significa que o Estado não está completamente subordinado ou condicionado a uma situação pré-determinada (natural ou jurídica), devendo agir de modo a se adequar às contingências sociais. À atividade estatal é conferida o dever de promover o progresso em setores cuja demanda fosse maior, mesmo naqueles em que a corrente liberal ortodoxa usualmente não aceitaria a interferência do poder público:

O Estado, fôra do ponto de vista rigorosamente juridico, desempenha uma missão social assás complexa, fazendo-o ingerir-se em tudo quanto o exigem as necessidades da época, e já não é licito considerá-lo como devendo ficar alheio á producção da riqueza, e á tudo aquillo outr'ora encarado como proprio da iniciativa e das explorações particulares (CRUZ, 1910, p.3).

Para que não haja dúvidas: tal concepção fortalece a capacidade de agir do Estado, isto é, caminha para a legitimação da atividade estatal.

Há distinção, também, de acordo com o autor, entre Governo e Administração. O Governo serviria como “poder director que actua como representante da collectividade”. Ao exercer uma função de iniciativa inspiradora e orientadora da ação do Estado (formulando leis, concluindo tratados diplomáticos, declarando guerra, firmando paz), o Governo imprime orientação à marcha dos negócios públicos em geral. A Administração cuidaria de executar tais metas propostas pelo Governo. Tal divisão implica em dissociar o político do administrativo, despolitizando a esfera administrativa.

Na definição de Alcides Cruz, a Administração é “o conjunto de serviços publicos que tem por objecto attender as necessidades e os interesses collectivos do Estado” (1910, p.4-5). Vale notar que a identificação da administração com os serviços públicos é bastante reforçada na segunda edição da obra, isto é, o conceito de “serviço público” adquire maior destaque nas revisões da segunda edição (cf. CRUZ, 1914, p.21,p.24).

A administração é, de acordo com o autor, essencialmente diferente da legislação justamente porque é atividade, e não mais puramente ação reguladora. Os serviços públicos são confiados a ministérios e foram divididos da seguinte forma: a) administração da Justiça e negócios internos; b) da fazenda; c) dos negócios exteriores; d) militar; e) da viação e obras públicas; f) agricultura, indústria e comércio (CRUZ, 1910, p.5).

Segundo o autor, tal poder público não seria legítimo caso não se submetesse ao regime do Direito. E o regime jurídico ao qual o poder público é submetido é essencialmente o do direito público. Não obstante, contudo, o direito constitucional e administrativo tocarem-se em diversos pontos (sendo os principais ramos de direito público), o ramo administrativo é disciplina autônoma.

Sua definição de direito administrativo, na primeira edição, era de “complexo de principios de direito publico; que regulam o exercicio da actividade do Estado nas suas relações entre a administração publica e os administrados” (CRUZ, 1910, p.8). Tal definição realça a relação jurídica “administração/administrado” como característica própria desse ramo jurídico. Na segunda edição, a definição mudou para “conjunto de principios de direito publico que regulam o exercicio da administração publica quer nas suas relações entre si, quer nas relações della para com os administrados”(CRUZ, 1914, p.22). A mudança provavelmente indica a preocupação em equacionar as relações federais dentro do direito administrativo.

Para Alcides Cruz, entretanto, o direito administrativo não poderia ser reduzido à “simples recapitulação de textos legislativos”. Tampouco deveria estar totalmente vinculado ao poder executivo (para ele, a própria teoria da separação dos poderes não era totalmente verdadeira, sendo que todos os poderes, em grau menor ou maior, exercem outras funções). O direito administrativo abrangeria “toda a actividade juridica (não a social) do Estado, menos a da parte inerente ao objecto das outras disciplinas autonomas, enquadradas no direito publico” (CRUZ, 1910, p.10). O resultado é uma definição residualista do direito administrativo: excetuando o estudo da atividade política do Estado ao elaborar leis e uma parte da sua ação judiciária, o restante das relações jurídicas recairiam ao campo do direito administrativo. Adicionou à segunda edição, todavia, que tal atividade administrativa revelar-se-ia “pela coordenação juridica que regula os serviços publicos” (CRUZ, 1914, p.24).

Vale citar, ademais, novamente a passagem em que Alcides Cruz diferenciou direito constitucional e administrativo para entender os fins deste último:

Quanto ao modo de actuar o Estado, basta ter presente a complexidade da estrutura deste, para vér que um só ramo do direito publico - o constitucional -, não póde dar a conhecer por si só o modo geral e o particular da actividade do poder publico. Elle ensina- nos a formação e a organização desse poder, **mas não basta, não é tudo ainda; a materia referente ao concurso de regras reguladoras da competencia das autoridades e ás suas relações hierarquicas, aos serviços publicos, á limitação de certas manifestações da liberdade individual, etc., não lhe compete, e sim ao direito administrativo.** (CRUZ, 1910, p.8, G.N.)

A definição de direito administrativo de Alcides Cruz demonstra a defesa da atividade estatal feita pelo autor. Mas não é só ela: ao longo do livro, o autor concede à administração diversas funções. Entre elas, por exemplo, cuidar dos serviços públicos das obras públicas, da viação, da caça, da pesca, das minas, do policiamento, etc. Tudo isso fica muito evidente quando o autor trata de poder de polícia. Passagem que demonstra isto, também, de forma mais sintética aparece quando o autor trata de ação administrativa:

A acção administrativa do Estado é constituída pelos serviços publicos, a cargo do mesmo. Especificando-os pela forma a seguir, teremos assignalado o funcionamento da administração publica diante as exigencias do Estado. 1.º o primeiro ramo administrativo, que aparece como indeclinavel funcção do Estado, é o financeiro; pois todos os serviços publicos acarretando importantes despêsa com o respectivo custeio, dependem da actividade economico-fazendaria do poder publico; 2.º o policial, como assegurado da ordem publica, dos bons costumes e da salubridade publica; 3.º o da defesa externa do territorio nacional, a cargo do exercito e da armada; 4.º o dos bens destinados ao uso publico, ou de todos, e o dos destinados tão somente ao serviço publico, formando assim o domínio publico e o dominio privado do Estado; 5.º o industrial do Estado, ou de transportes; e outros; 6.º o do ensino publico, literario, scientifico e artistico; o da assistencia publica. (CRUZ, 1914, p.121)

Alcidez Cruz, portanto, mostra-se bem menos liberal que Viveiros de Castro. O jurista gaúcho apoia uma ação mais enérgica por parte do Estado, e não demonstra tanto receio ao lidar com o tema como seu precedente. Isso parece ser explicado em partes pela forte inspiração positivista e pela influência castilhistas.

3 OLIVEIRA SANTOS

O pensamento de Oliveira Santos distingue-se daquele dos outros juristas já analisados, pois pende muito mais para uma teorização mais tradicional, prezando acima de tudo o indivíduo e sua esfera intransponível de garantias e direitos. Além disso, demonstrou-se avesso ao que entendia como novidades acadêmicas - o evolucionismo, o monismo, o positivismo -, defendendo muitas vezes o direito natural e a “escola espiritual”.¹³

A começar pela análise da própria noção que tinha acerca do que era e de onde surgia o Direito pode-se perceber a distinção. De acordo com o jurista,

(...) o direito, antes de ser a criação da lei, pela necessidade da coexistência dos homens em sociedade, é uma condição ingênita à natureza humana. (...) **ninguém o crêa pela vontade, pela lei, pela interferência do Estado, nem de ninguém. É um poder, uma força, que existe latente e brota espontânea em todos os períodos da existência do homem e estádios da vida social.** (SANTOS, 1919, p.17-18, G.N.)

A concepção aqui apresentada, mesmo que não expressamente baseada em fundamentação metafísica¹⁴, entende o direito como natural, parte integrante do homem em

¹³ No que diz respeito ao estudo da gênese do Direito, afirmou que “(...) **nenhuma dessas ciências, que são o positivismo, o evolucionismo e o monismo, nem todas conjuntamente se avantajam à Philosophia do direito no exame do caso de que nos ocupamos.**” (1919, p.15-16, G.N.). Em apenso à lição primeira do livro há um texto escrito pelo autor no qual ele expõe mais claramente a sua aversão às recentes “ciências”. Para Oliveira Santos, era insustentável o menosprezo que a teologia sofreu pelos pressupostos positivistas. O positivismo, “desprezando a indagação da *causa primaria*”, negava a “existência de Deus, a quem substitue pela *Humanidade* (...) como a mais alta expressão, da *realidade que se conhece*”. Assim, nas palavras do jurista, “o orgulho do homem” tornava-o “ídolatra de si mesmo”. A refutação do dualismo entre espírito e corpo, por parte do monismo, era o que incomodava Oliveira Santos. Por outra parte, o monismo que “de invenção em invenção”, chegou “(...) ao absurdo de sustentar que o homem descende do seu ancestral o macaco, sem disso oferecer outra prova além das afirmações hypotheticas, que, ainda agora, não conseguiram ser tidas como verdadeiras!”. A hipótese de parentesco irritou profundamente Oliveira Santos, que ironizava: “grande honra, para nós, o *descendermos* todos dos *primatas*, os *altos dignitarios* (na expressão de Haeckel) do *reino animal!*” (p.340-343). Escandalizou o autor, também, descobrir que Haeckel afirmava que “*animas, vegetas e protistas*, além da substancia organica, que se denomina corpo, têm *uma alma!*”. Oliveira Santos sustentou que o monismo partia de falsos pressupostos, era contraditório, assentava-se em “simples hypotheses” e era “profunda e substancialmente contrario à crença e ao sentimento da maioria de todos os povos” (1919, p.340-347). Na terceira lição do livro, ele volta ao tema, afirmando que as três ciências citadas, “todas diametralmente oppostas á theoria dualistica ou vital, sobre que assenta a escola espiritualista, base do nosso regimen politico”, perverteram “a verdadeira noção” do conceito de Direito, “que do mesmo nos dá a escola espiritualista” (SANTOS, 1919, p.57). As passagens demonstram a contrariedade do autor em face ao positivismo, o monismo e o evolucionismo. Em grande parte, suas críticas partiam da defesa da “escola espiritualista”, demonstrando a dimensão religiosa e tradicionalista do autor.

¹⁴ Oliveira Santos afirmava que o direito natural é um “facto”, “attestado pela consciencia humana” (1919, p.18), fundamentando o fenômeno jurídico em um fator não metafísico. Em trechos posteriores, nos quais ataca o positivismo de Duguit, é possível perceber que Alcides Cruz talvez não teria tantos problemas em aceitar fundamentações metafísicas, pois as defende frente ao positivismo (cf. SANTOS, 1919, p.38). O que nos parece como provável é que Oliveira Santos não apresentou o conceito de Direito como formação metafísica muito mais pela pesada crítica que a teoria metafísica

sociedade. É difícil encaixar a teorização do autor porque parece que a mesma apresenta algumas contradições, mas a natureza do Direito, apesar de ser descrita como “facto”, também não se faz valer por si só.

Tal direito forma-se espontaneamente, e não pode ser deturpado pela vontade humana – isto é, não pode ser negligenciado ou violado por ninguém. É enfatizada, em sua explicação sobre a gênese do fenômeno jurídico, uma proteção à esfera individual dos cidadãos - a qual seria composta por alguns direitos naturais invioláveis (como a liberdade e a vida) - contra o poder público. Esses direitos não precisariam nem ser determinados ou prescritos pelo Estado, dado que são anteriores a este. Escreveu Oliveira Santos:

Sabendo-se que são direitos anteriores a qualquer convenção social, por se basearem nas leis eternas da razão e da moral, elles logo se manifestam nas relações de individuo para individuo, no trato da familia e da vida social. **Não teem, portanto, que ser prescriptos ou determinados pelo Estado. E se algum delles se encontrasse em opposição a outros direitos, não seria isto razão para que se negasse a sua existencia.** (SANTOS, 1919, p.22)

O que afirma, categoricamente, é que o Direito “precede a lei” - lei aqui entendida como lei positiva, escrita e emanada por uma vontade humana (SANTOS, 1919, p.26). Fiel à tradição, o autor divide, destarte, duas dimensões da manifestação jurídica: o direito natural e o direito positivo. Na visão do jurista, os direitos naturais eram “immutaveis como um attributo, como um poder immanente do homem”. O mesmo, porém, não se dava em relação aos direitos derivados ou positivos, os quais variavam sempre, por isso considerados como “um producto cultural do espirito humano, concretizado em preceitos estabelecidos pela lei no interesse da collectividade social”. Em suma: o direito positivo surgiria de características próprias a cada agrupamento social em razão de contingências culturais, enquanto o direito natural seria o mesmo “em toda a parte”, não “differente hoje do que será amanhã”, “*immutavel, universal, inflexivel (...) abrangendo o mundo, todas as nações e todos os seculos*” (SANTOS, 1919, p.25-27).

O Direito precede inclusive, como já mencionado, a lei na qual assenta a organização política e administrativa do Estado. Dessa lei

(...) resulta a formação do Estado, que se torna, desde logo, uma criação necessaria á coexistencia dos homens em sociedade. Do Estado deriva o principio fundamental da autoridade, sem a qual não haveria *ordem jurídica*, sob cuja protecção precisam viver o homem; a familia, a sociedade, a Nação e o proprio Estado. (SANTOS, 1919, p.28)

sofria no período do que por plena concepção de uma falha teórica.

Significa afirmar que o Direito possui existência anterior à formação tanto do Estado como da lei positiva – não é o Estado, portanto, fonte originária do Direito. Perspectiva esta que impõe a noção de que o Estado não é detentor do monopólio do Direito. Por outro lado, é uma lei que forma o Estado, o que implica a conformidade do Estado a essa lei e a formas jurídicas. O caminho é Direito-lei-Estado. Em tal configuração, o Estado serviria como mecanismo que aplica o Direito expressado em leis e cuja finalidade é auxiliar o convívio social:

Aqui temos, pois, a lei como acto posterior ao direito, nascendo d'elle, por força da necessidade de sua observancia e manutenção. Essa organização compete ao governo do Estado, que, pela multiplicidade de suas funções, reconhece, desde logo, a necessidade de confiar a diversos funcionarios ou agentes, distribuídos em diversos pontos do territorio do paiz, a execução das leis votadas pelo poder competente, o governo e a direcção dos negocios publicos. Exercendo essa função, o Estado age como órgão, que tem por função exprimir e applicar a idéa do direito, para o bem da collectividade. Exerce, por isso, uma função especialmente regulada pelo Direito Constitucional e Publico, do qual, pela necessidade da separação de funções, se destaca como subdivisão ou ramo do seu tronco – o Direito Administrativo. (SANTOS, 1919, p.28-29)

Faz questão de deixar claro, portanto, que o interesse público não pode submeter os direitos invioláveis dos indivíduos, contrapondo-se a correntes que defenderiam a prerrogativa estatal sobre o controle do Direito. Em sua visão, as teorias publicista que defendem o “Estado onipotente” ou o “Estado patrimonial” - que afirma serem, em seus dias, “principalmente positivistas” - são baseadas na “mais abstrusa de todas as theorias” (SANTOS, 1919, p.37-38); escreveu:

Queiram ou não os partidarios da onipotencia do Estado, a verdade é que o principio fundamental de toda associação política é a conservação dos direitos naturaes e imprescriptiveis do homem, primeiro como *individuo*, depois como *cidadão*. (SANTOS, 1919, p.48)

A censura, portanto, cabe ao systema, que, esquecendo o principio divino e eterno da personalidade humana, antepõe ao mesmo o da primazia e da onipotencia do Estado! Desse principio, a consequencia é a sujeição absoluta, quasi escravizadora, do individuo a esse poder absorvente, que, desde a origem, é apenas o meio e não o fim da existencia humana, principio superior ao da existencia do mesmo Estado (...)
Por emquanto, bastará dizer-vos que os poderes do Estado, levados ao extremo pretendido por seus defensores, é uma das maiores aberrações, que tal doutrina pôde produzir. (SANTOS, 1919, p.20-22)

Para Oliveira Santos, tal teoria do “Estado Onipotente” era defendida, em seu tempo, principalmente pelos positivistas. O autor cita explicitamente Duguit e Hauriou como seus contendores nessa briga:

o nosso direito administrativo ainda não soffreu a influencia das idéas positivistas, da nova escola a que pertencem Duguit, Houriou e outros, cujo principio é o da

prevalencia dos direitos do Estado sobre os do individuo. Nada justifica essa estranha doutrina, pura revivescencia do antigo dominio do Estado, posto em evidencia no tempo do imperialismo romano (...). Infelizmente, entre nós, o que de certo tempo a esta parte se tem observado é a tendencia dos governos e dos politicos regalistas para o estabelecimento, no paiz, da supremacia do Estado sobre o individuo! (...) Praticamente, elles agem de accôrdo com a nova doutrina, conforme a qual entre o Estado e o individuo não há *igualdade de direitos*: mas nunca se esqueçem de procurar justificar os seus actos, fazendo acreditar que os praticam em nome e no interesse do povo. (SANTOS, 1919, p.213)

A definição de direito administrativo para Oliveira Santos é: “(...) complexo de leis, destinadas a regular *as relações dos direitos e deveres reciprocas da administração e dos administrados*” (SANTOS, 1919, p.30).

O jurista, entretanto, não se mostra favorável à atuação legislante. Citando Jean Cruet, ele afirma que a sociedade sempre reforma a lei, mas a lei nunca reforma a sociedade. citando Gustave le bon ele critica o ideal de “*reformatar a sociedade a golpes de decretos, e pedir ao Estado sua constante intervenção na vida social dos cidadãos*”, chegando até a criticar explicitamente o Estado brasileiro na atividade legisladora:

Sendo este tambem o mal do Brasil, cada anno que passa augmenta consideravelmente, em proporções extraordinarias, o numero de leis, que hoje se contam aos milhares, formando montões de duras obrigações para o povo, e constituindo o tormento dos que, pelos deveres da profissão, não podem deixar de as consultar. A consequencia, meus senhores, é que todos sentem o incommodo, a pressão, o vexame, o poder asphyxiante de tantas reformas imponderadas, hoje feitas, para amanhã serem logo desfeitas, ou substituidas por outras ainda peores, sem com isso melhorarem as condições de liberdade, de independencia e de bem-estar do povo, apesar das *intenções patrioticas*, com que nos procuram *felicitar* os nossos legisladores! (SANTOS, 1919, p.33)

Todo o Estado falla por sua voz e fixa assim o direito, revestindo-o de sua autoridade. A consciencia e a vontade do Estado formam na mesma um corpo visivel. A lei é o verbo perfeito do direito. Quer isto dizer, que a legislação é sempre de maior utilidade e importancia para a vida de um povo, comtanto que não se queira prever e regular tudo por meio de leis, augmentando desabaladamente o seu numero, como se dá. entre nós, até chegar-se ao excesso, justamente condemnavel, de uma legislação casuística, que, tolhendo a liberdade, fere direitos e atrophia o desenvolvimiento da Nação! (SANTOS, 1919, p.218)

Estado, para Oliveira Santos, é “a Nação soberana, constitucionalmente governada por fôrma e poderes pela mesma estabelecidos, em territorio por ella occupado” (SANTOS, 1919, p.35-36). O jurista demonstra-se profundamente contrário às considerações positivistas de Duguit – as quais negavam a existência da soberania e da delegação nacional – usando-o como contraponto. O Estado, então, criado pela nação soberana é dirigido pelos representantes votados por eleições diretas. Oliveira Santos ainda deixa claro que o povo nunca perde sua soberania. Caso os “delegados do povo”, abusando ou exorbitando, “no

exercício do mandato, dos poderes que lhes foram conferidos”, traírem a causa do povo em “assumpto tão grave, a ponto de comprometterem não só a integridade, como até a propria existencia do paiz”, não há de se negar a legitimidade do povo de destituir e punir legalmente tais pessoas (SANTOS, 1919, p.41-42).¹⁵ Em comparação com Viveiros de Castro, por exemplo, a teoria de Oliveira Santos demonstra-se mais democrática em tal aspecto. A contraposição, ressaltada pelo autor, é a do povo com o Estado. A preferência é dada ao povo antes do Estado, como afirma a seguinte passagem:

Salus populi, diz expressa e positivamente a maxima: A salvação, portanto, de que a mesma cogita, é do *povo*, e não do *Estado*, cujo conceito, como sabeis, é, em tudo, diverso daquillo que se entende por *Nação e Povo*. Por consequencia, entendida a maxima romana, tal como eu a comprehendo, não tenho duvida em acceital-a como a expressão mais synthetica dos *deveres primordiaes do Estado*.

Quanto aos fins do Estado, dividiu em três ordens distintas de deveres: i) os de ordem jurídica; ii) os de ordem moral ou intelectual; iii) os de ordem política. Salientou, nos primeiros, o da proteção devida pelo Estado aos direitos individuais - citando Kant e Fichte ao afirmar que o principal fim do Estado é a “segurança do direito” (além de fazer referência a Krause por intermédio da leitura de Ahrens). Nos segundos, atestou que o Estado: a) por parte moral, tem o dever de auxílio em caso de calamidade pública; b) cometeria um “crime” se mostrasse desinteresse pelo desenvolvimento da ciência, das letras, das artes e, principalmente, da instrução pública. Finalmente, quanto aos terceiros, afirmou ser “primordial” o dever estatal no que diz respeito “á defesa da Nação e do proprio Estado, á manutenção da ordem social e a sua propria conservação” (SANTOS, 1919, p.49).

A acção, portanto, do Estado deve ser em tudo protectora, amparadora, benefica e bemfazeja, salvo os casos de precisar reprimir delictos e abusos, manter o respeito á lei e ao principio de autoridade. É, por outras palavras, o que doutrina Bluntschli quando affirma, que o fim directo e verdadeiro do Estado é o *desenvolvimento* das faculdades da *Nação*, o *aperfeiçoamento de sua vida, por uma marcha progressiva, que não implique contradicção com os deveres de humanidade.*” (SANTOS, 1919, p.49)

Sobre as teorias políticas do Estado, afirmou que podem ser reduzidas, “sem inconvenientes”, a dois tipos: a do Estado de poderes ilimitados, ou “omnipotente”; e a do “Estado que tem a *consciencia dos limites de seu poder e de seus direitos*”. O “Estado

¹⁵ “Tem-se, por consequencia, que, tal como aqui eu considero o Estado, de accôrdo com a melhor doutrina, os poderes proveem originariamente do povo ou da Nação, que temporariamente os outorga, e se acham expressos e definidos, em synthese, na Constituição da Republica. Póde, portanto, affirmar-se, que o fundamento dos poderes politicos do Estado está primeiro na *propria razão determinante da sua organização*; depois, na *escolha de seus dirigentes pelo povo ou Nação*. (1919, p.43)”

omnipotente” tem antigas raízes históricas¹⁶ e o seu “princípio predominante, sobre que o mesmo se baseia, é o da força” - sendo esta a arma manejada para subjugar o indivíduo (SANTOS, 1919, p.51). O segundo tipo de teoria descrita (de maneira apologética) é, basicamente, a de um Estado limitado em diversas esferas de sua atuação.¹⁷

Logo depois, é colocado que deve existir uma “*fórmula conciliatoria das theorias antagonicas*”. Não se deve, contudo, entender essa como a via intermediária de Viveiros de Castro. Primeiro, é evidente que, aqui, um dos componentes da “fórmula conciliatoria” é descrito de forma muito pejorativa (o “Estado omnipotente”), enquanto o outro tipo de Estado é colocado como avanço. Segundo, Oliveira Santos não está defendendo em nenhum momento a intervenção estatal quando afirma a necessidade de manter características do Estado “omnipresente” - seu medo é a desfragmentação da União federativa. Isso é demonstrado nos comentários que faz após a explicação:

Quando sobreveio a republica, um dos maiores argumentos contra o regimen decahido era o do enfeudamento das antigas províncias á Côrte, que então era o centro. Pouco tempo depois se verificava, que cousa peor trouxera o novo regimen: o enfeudamento dos Estados aos individuos. Levantaram-se, em consequencia disso, numerosas e profundissimas queixas contra as olygarchias estaduaes, que serviram, entretanto, de baluarte a um dos passados governos da Republica, que só conseguiu se manter no poder por força unicamente da politica dos governadores. Emquanto isso, os politicos entram em conciliabulos e conchavos, visando principalmente a realização das aspirações politicas dos Estados por elles representados. É desnecessario accrescentar que, nessa lucta de interesses, na pratica dessa politica de campanario, os legitimos,os verdadeiros interesses da Nação foram sempre esquecidos, ou postos á margem! (SANTOS, 1919, p.61-62)

Constitucionalmente, quasi que não ha disposição do nosso Pacto Fundamental, que não tenha sido flagrantemente violada! Entre tantos exemplos, que eu poderia citar, apenas apontarei um. Apesar de assentar o nosso regimen político na *federação dos Estados* e na *unidade do principio*, sobre que se baseia o *governo central*, temos um Estado da União francamente positivista, com uma Constituição diametralmente opposta . á Constituição da Republica. (SANTOS, 1919, p.62)

Recentemente, em relação aos negocios internos, uma das questões que mais preocupam a attenção é a da *politica regional*. Por emquanto, mal se percebe o surdo ruido de vozes discordantes e descontentes, ameaçando romper a cohesão e a harmonia, felizmente ainda reinantes, em todos os Estados da Republica. Mas, o rumor vem de longe, ha muito que se o percebe, e ...continua! Praza a Deus, que tudo não passe de receios infundados, de vãos temores! (SANTOS, 1919, p.63)

¹⁶ Oliveira Santos começa descrevendo-o desde a antiguidade, partindo para a Idade-Média, e terminando no “longo intervallo de parte do seculo XVI ao meado do seculo XVIII” no qual se destacam Hobbes e Rousseau como os grandes vilões (SANTOS, 1919, p.51-54).

¹⁷ A descrição dele é retirada de Bluntschli, a qual segue que esse tipo de Estado: “reconhece todos os direitos do homem; aboliu a escravidão, que. era uma injustiça. Como consequencia, o homem deixou de ser propriedade do homem, passou de *cousa*. a *sujeito* de direitos. O trabalho tornou se livre, e ao mesmo tempo estimado. Politicamente, concedeu o Estado a todas classes a participação nos publicos negocios. Adquiriu, portanto, a consciencia dos limites do. seu poder e dos seus direitos. Renunciou, por igual, o poder de suprema autoridade sobre as artes e as sciencias. Deixou á Igreja a direcção da religião e do culto, assim como garantiu ao individuo o direito de exame e de opinião.” (SANTOS, 1919, p.56-57)

Para fortalecer o nosso argumento, lembramos que Oliveira Santos entendia que a União representava o Estado como um todo, ela “não é sinão a *personificação do Estado*”. A União Federal é estabelecida como poder político e centro da administração federal. Mas “em tudo se diferencia dos estados”, sendo, em sua visão, hierarquicamente superior que estes. Ainda, Oliveira Santos não concedeu soberania aos estados pois a entendia como una e indivisível, embora os tenha considerado como autônomos para administrarem a si próprios desde que não extrapolem seus limites ao tomar competências exclusivas da União.¹⁸ Todos esses entendimentos vão no sentido de estabelecer a União como centro político. Os estados seriam vinculados à União de forma que seria impossível qualquer tentativa de dissolução federativa. Além do mais, resultava que não seria permitido aos estados causar danos à forma federativa ou a outros estados, exigindo da União a intervenção em tais casos. Com efeito, a preocupação com a possível desfragmentação federativa do Brasil fica clara.

Além do mais, Oliveira Santos criticou o Brasil em sua atuação estatal, a qual já considerava excessiva (o que não faria caso estivesse em algum momento defendendo o intervencionismo):

No nosso paiz, por exemplo, o Governo continua a ser Tudo, apesar das liberdades outorgadas ao povo pela Constituição da Republica. Devido talvez a isso, o povo tem sido até agora *le troupeau de moutons*, não só dirigido, como tosquiado á vontade dos dirigentes! Age-se, é certo, em seu nome, mas *pro forma*. A politica é o grande eixo para onde convergem todos os negocios do Estado Como vêdes, a politica tem variado conforme a influencia do centro. (SANTOS, 1919, p.60)

As citações acima são exemplos que reforçam a interpretação de que, em teoria, Oliveira Santos não chegou a sustentar a intervenção estatal quando afirmou a necessidade de equilibrar a teoria do Estado “omnipotente” com a do Estado de garantias e direito.

Voltando aos fins do Estado estipulados por Oliveira Santos, o mesmo afirmou:

A meu ver, no tocante ás providencias ou medidas que o Estado houver de determinar em defesa da collectividade, seja em condições *normaes* ou *anormaes*, não póde nem deve ir *além do que exige a segurança publica e particular*. (...) Se o caso não é de perigo e a providencia por isso se realiza em condições ordinarias da vida social, cumpre que o Estado o faça sem *encandear* o *livre exercicio das faculdades do homem e dos direitos civis, por um systema violento de precauções*. (SANTOS, 1919, p.150, G.N.)

¹⁸ cf. SANTOS, 1919, p.70-73; sobre os limites de competências: “No dominio, por exemplo, das relações exteriores, perante o Direito Internacional, o que existe é o governo federal; elles (os estados) não teem capacidade política externa, não podem fazer tratados, declarar guerra, enviar e receber embaixadores, manter corpo diplomatico, consular, etc. Ainda quanto á sua capacidade política interna, sua esphera de acção tem limitações essenciaes ao regimen federativo, deduzidas da existencia em commum e respeito reciproco dos Estados, sob a egide da União” (1919, p.95)

Aqui, o jurista mostra que entende a segurança pública e particular de seu território como atividade primordial do Estado, não podendo este ir muito além dela. Em páginas seguintes ele menciona o dever de “socorros públicos” por parte do Estado. Esses, entretanto, não são confundíveis com as “medidas em favor da pobreza, da miseria e da orphandade,” as quais “pertencem a outra ordem de beneficencia, que póde ser *publica* ou privada” - mas não “pódem, por consequencia, dizer-se - *soccorros publicos*” (SANTOS, 1919, p.155). A consequência da distinção dos conceitos é destacada por Oliveira Santos:

A differença que ha entre essas instituições de beneficencia e os soccorros publicos, é que estes são *obligatorios* para o Governo, como já vimos, ao passo que, em relação áquellas, a nada é o mesmo obrigado. Póde agir por amor do proximo, por espirito de caridade, se assim entender, **mas nenhuma lei o obriga a isso.** (SANTOS, 1919, p.155, G.N.)

Quanto ao domínio “econômico-social”, Oliveira Santos acreditava ser parte da “Sciencia da administração”. Atestou:

Essa intervenção é ás vezes necessaria, mas sempre muito delicada. Deve ser, conforme pondera Courcelle Seneuil, *em tudo conforme ao gráo de cultura e de adiantamento do povo, á natureza das instituições publicas, aos tempos e ás circumstancias*. Não póde, por consequencia (penso eu), assentar em *principio absoluto* a intervenção de que se trata, como alguns publicistas pretendem. Ha paizes (ainda observa C. Seneuil), em que o maior obstaculo ao progresso economico é a *nonchalance* das populações, o seu nenhum gosto pelo trabalho e pela economia. Nesses paizes, a acção do governo não só póde, como deve ser mais directa, mais activa e mais ampla, pela necessidade que resulta das condições expostas. (SANTOS, 1919, p.164)

Citando Joseph Garnier, lembrou que há outras duas possibilidades que justificam a intervenção no campo econômico: a) “quando se trata de serviços necessarios ou indispensaveis, que a sociedade não póde realizar por meio da iniciativa ou industria privada”; b) “Em alguns casos de interesse geral, como, por exemplo, o de salubridade, para impedir que o interesse de uns prejudique os direitos de outros ou do publico” - nesse segundo caso, apenas se intervenção não for evitável (SANTOS, 1919, p.165).

Dos trechos citados, fica claro que Oliveira Santos não é a favor da intervenção econômica em situações normais, mas excetua tal indicação em caso de situações “anormais” (por exemplo, calamidades públicas). Porém, em situação normal:

A intervenção directa do Governo no domínio do trabalho, da agricultura, do commercio e da industria é sempre prejudicial. Em regra, todos esses ramos de actividade, tanto individual, como social, só vivem e medram sob um regimen de liberdade. (SANTOS, 1919, p.171)

Do exposto, chega-se à conclusão que Oliveira Santos é bem mais liberal, no sentido de preservar uma esfera intransponível do indivíduo contra o Estado, do que os outros autores. Suas visões de mundo estão relacionadas também com sua crença religiosa, que o levou muitas vezes a confrontar o positivismo sociológico de frente.

4 AARÃO REIS¹⁹

Importante frisar que a obra “Direito Administrativo” do professor Aarão Reis não foi escrita por um jurista - o autor era engenheiro por formação. Sua atuação no planejamento de Belo Horizonte (dentre outros trabalhos como urbanista) ao final do séc. XIX pode dar pistas sobre suas posições centralizadoras e, por vezes, mais autoritárias em comparação com os precedentes juristas aqui analisados.

O autor vincula-se totalmente à corrente do positivismo sociológico, citando inúmeras vezes o francês Leon Duguit (por vezes, copiando páginas inteiras) e demonstrando muita influência comtiana na parte teórica.

A explicação do conceito de sociedade, para Aarão Reis, inicia-se a partir da busca do indivíduo pela “máxima utilidade” de seus esforços com fim de concretizar seu interesse próprio. Percebendo ser necessário a associação com outros indivíduos – primeiro em pequenas unidades familiares, mas que paulatinamente cresceriam ao ponto de tornarem-se Nações -, o ser humano começaria a criar hábitos e sentimentos, os quais (uniformizando-se e fixando-se por “tradição e hereditariedade”) converter-se-iam em leis sociológicas. Leis

¹⁹ Aarão Leal de Carvalho Reis (Belém PA 1853 - Rio de Janeiro RJ 1936). Engenheiro geógrafo, engenheiro civil, professor, político, urbanista. Tornou-se engenheiro geógrafo em 1872, bacharel em ciências físicas e matemáticas e engenheiro civil em 1874, na Escola Politécnica do Rio de Janeiro. Nos primeiros vinte anos de sua carreira, atuou nas áreas de transporte, saneamento, energia e construção civil. Trabalhou também como consultor técnico no Ministério da Agricultura, entre 1889 e 1891, e no das Relações Exteriores. Preside a Comissão Geral de Melhoramentos do Maranhão, de 1891 a 1892, quando é convidado entre 1892 e 1894 pelo presidente do Estado de Minas Gerais, Afonso Augusto Moreira Pena (1847 - 1909), a dirigir a Comissão d'Estudo das Localidades Indicadas para a Nova Capital, e depois conduzir a Comissão Construtora da Nova Capital, 1894/1895. Em virtude de sua postura técnica e centralizadora, pouco afeita a concessões políticas, pede exoneração do cargo em maio de 1895. A partir desse momento dedica-se, sobretudo, ao serviço público, como diretor dos Correios da República, 1895, do Banco do Brasil, 1895/1897, e da Estrada de Ferro Central do Brasil, 1906/1910, como inspetor-geral de obras contra a seca, 1913/1918, e consultor do ministro de Viação e Obras Públicas, 1918; à iniciativa privada, como diretor da Empresa Industrial Serra do Mar, 1899/1906; e à política. Após uma tentativa frustrada de ser senador pelo Estado do Maranhão, em 1896, e de assumir como suplente a cadeira de deputado pelo Estado do Pará, em 1911, Reis elege-se nas legislaturas de 1927-1929 e 1929-1931, e perde o mandato com a Revolução de 1930. É professor, desde 1869, no Colégio Perseverança, no Rio de Janeiro, de propriedade de seu pai; e no curso técnico da Escola Politécnica, entre 1905 e 1914; depois torna-se responsável pela cadeira de economia política, finanças, direito constitucional e administrativo e estatística, de 1914 a 1925. Publica manuais, relatórios, pareceres técnicos e livros, destacando-se os artigos dedicados à comissão de construção de Belo Horizonte, divulgados entre 1893 e 1895 (fonte: http://www.itaucultural.org.br/aplicExternas/enciclopedia_ic/index.cfm?fuseaction=artistas_biografia&cd_verbete=6239&cd_item=1&cd_idioma=28555).

sociológicas que seriam tão “constantes e imutáveis” quantos as leis da “natureza cósmica” (REIS, 1922, p.8).

A instituição jurídica e a instituição política serviriam para condicionar os indivíduos no sentido de melhor encaminhá-los à “observância conveniente” dessas leis sociológicas. Todas as prescrições legais, de acordo com Aarão Reis, derivariam da “tradução de hábitos que foram se fixando em costumes, e se generalizaram”, tomando a forma de lei “em virtude do próprio interesse individual” e aceitando-las no “interesse geral”.²⁰

Deriva de tal pensamento que a tradução de leis sociais em prescrições legais é um momento essencial para o direcionamento da sociedade ao seu progresso – ou seja, a lei é considerada como instrumento de condicionamento, conservação e até um pouco de aperfeiçoamento social. Com efeito, o próprio Estado, detentor do poder legislativo, tem como função o aprimoramento da sociedade. Em contraposição à visão liberal mais radical, o Estado possui um papel, já em na esfera regulamentar, ativo e não se restringe à manutenção da ordem e segurança.²¹

O papel ativo do Estado, aliás, não fica restrito à legiferação. Em diversas outras áreas, as ações estatais (e.g., Construção de obras públicas, preparo da educação pública, administração no geral) são vistas como necessárias para conter o abuso de interesses

²⁰ “E é pela boa organização das leis sociais — traduzidas por essas prescrições legais, cujo conjunto constitui a instituição jurídica — e pela melhor interpretação dos respectivos textos escritos que logra a sociedade manter, dezinvolver e aperfeiçoar, indefinidamente, a vida coletiva da espécie humana; organização e interpretação essas que constituem, por isso, a mais importante e a mais dominadora das funções do vasto, complexo e complicado organismo social. O exercício dessa junção compete a órgãos determinados pela instituição política, aos quais cumpre a tarefa de ir modificando essas leis sociais, à medida que novos hábitos e novos costumes, determinados pela natural evolução da vida social, vam se fixando, definitivamente, em direitos, cujo respeito se impõe de modo tal que, quando esses órgãos naturais rezistem às imprescindíveis modificações, o interesse coletivo as forças, pela violencia revolucionária, que lejitima, assim, o que já devêra de ter sido lejitimado pela conveniente adaptação da vida coletiva — nacional, ou geral — às necessidades determinadas pela evolução natural. A instituição jurídica — ao envéz de ser a *fórmula dum equilibrio social artificial*, imposto, arbitrariamente, por uma vontade qualquer, incondicionada, natural, ou sobrenatural — nada mais é, nem pôde ser, do que a fórmula aproximativa dum equilibrio, real e natural, do meio social, de cujo melhor condicionamento depende melhor legislação.” (REIS, 1923, p.10, G.N.)

²¹ Como salienta o autor: “Entre, portanto, os devêres individuais, não pôde deixar de sôbrelevar o de sustentar, como melhor, a *força — material e moral — do Estado, indispensável á eficiência do exercício normal de suas múltiplas, complexas, complicadas e elevadas funções de coordenação, de impulso e de orientação do exercício normal das demais funções do organismo social, desde as econômicas até ás políticas*. Mas, para que nunca pôssa essa *força*, assim de contínuo engrandecida, ter — na preocupação absorvente, embora honesta e patriótica mesmo, do interesse geral coletivo — aplicações nocivas aos interesses individuais, igualmente respeitáveis, cumpre velar, sempre com o máximo cuidado, para que seja ela orientada por instituições políticas, e também, jurídicas, que — permitindo-lhe livre e ampla ação em beneficio comum da coletividade — lhe não permitam, jamais, aplicar, contra as liberdades e os direitos dos cidadãos, a potência com que é mister aparelhal-a. (...) a *coexistência, em ação harmônica, duns sobre os outros (...)* permite a determinação simultânea das *atribuições, não só do indivíduo para, com iniciativa e com ação próprias, lograr obter, conservar e melhorar, sempre, sua respetiva situação, uzofruindo as vantajens dela decorrentes, mas, também, do Estado para, com iniciativa e com ação coletivas, lograr estabelecer, firmar, manter e melhorar, progressivamente, o meio social, proporcionando a todos os individuos, com a possível igualdade — sempre proporcional á eficiência dos esforços de cada um — o uzofruto, tanto coletivo como pessoal, das vantajens dele decorrentes para cada um e para a comunhão.*” (REIS, 1923. p.19, G.N.)

individuais.²² Devendo “a verdadeira *função* do Estado (...) *reduzir, ao mínimo possível, o deplorável desperdício de esforços individuais, no sentido do bem-estar*” (REIS, 1923, p.20). A fundamentação para tais atividades parte da eventual contraposição entre interesse geral (o qual inclui os interesses de gerações posteriores) e interesse privado, apontada por Aarão Reis:

Estado não é mera coleção de indivíduos, cujos interesses e cujos direitos sejam, apenas, os interesses e os direitos coletivos destes, em oposição aos particulares de cada um, pois, quando opéra — **lejislando, executando e administrando, abrindo estradas, rasgando canais, reprezando caudais, dessècando alagadiços, fundando escólas e bibliotécas, enriquecendo muzêus, fomentando a produção da riqueza e lhe facilitando a circulação, amparando os fracos e encorajando os fortes, distribuindo justiça, mantendo a ordem pública, etc,—áje no interesse geral** — direto e indireto, presente e futuro — duma sociedade de cujos membros, si estam uns vivos, grande maioria está ainda por nacer e por viver, e nem todos os que se abrigam á sombra protetora dessa benéfica ação nacêram dentro nos estreitos limites territoriais em que ela se exercita em plena soberania...(REIS,1923, p.26. G.N.)

Enquanto o indivíduo atua, na sociedade, em prol de interesses privados por meio de seu trabalho, o Estado atuaria assegurando o interesse público – balanceando e organizando aquilo que o interesse privado tornou desigual. A fórmula proposta é a de conciliar os dois interesses em um equilíbrio ideal, maximizando suas potencialidades. Se “é a sociedade o meio em que pôde o indivíduo” agir e viver no sentido do seu “respetivo *destino* sobre a terra”, o Estado é “o agente indispensável á constituição e á manutenção desse meio e ao seu progressivo *condicionamento* aos naturais dezinvolvimentos indefinidos — e sempre paralelos — do indivíduo e da coletividade” (REIS, 1923, p.26). Decorre que existem, na perspectiva do autor, direitos e deveres tanto do Estado quanto do indivíduo. Para organizá-los, o Direito surge como ferramenta capaz de realizar essa adequação de interesses:

Em fórmula sintética e concíza, pôde, pois, ser o Direito definido, na sua acepção mais geral, como sendo — o conjunto das prescrições legais que conciliam a liberdade com a autoridade, as dezigualdades individuais com a igualdade social, as situações pessoais particulares com as condições sociais gerais e, finalmente, os direitos com os devêres. (REIS, 1923, p.29)

Aarão Reis também explica a relação de Estado de forma semelhante a Viveiros de Castro: a dicotomia existente, nessa relação, de liberdade e autoridade é resolvida encontrando um meio termo entre os dois pólos (REIS, 1923, p.27). Tudo o que foi demonstrado aponta para uma teoria fortemente positivista e que serve, na prática, para

²² Outro argumento, mais enfatizado posteriormente, é que o Estado, além disso, se complexifica ao longo que a sociedade se torna mais complexa. Aarão Reis escreveu: o “aperfeiçoamento progressivo da sociabilidade implica dezinvolvimento correlativo do Estado” (1923, p.22), e “quanto mais se complicam, com a civilização, as relações sociais, tanto mais complicado vai se tornando o conjunto de órgãos que constitue o Estado” (REIS,1923, p.23).

fortalecer o Estado. Apesar da liberdade da iniciativa privada desempenhar papel essencial na apresentação de sua teoria política, o objetivo de defender tal teoria é a legitimação de maleabilidade de direitos individuais por parte do Estado. No momento em que o Estado tem direitos e o indivíduo deveres, haverá áreas em que a atuação estatal deverá limitar a atividade individual. A ideia de relatividade dos direitos surge aqui como arma para flexibilizar principalmente os direitos individuais.²³ Não só: os deveres do Estado aumentam, por outro lado, na medida em que tem de fornecer à sociedade diversos serviços – como será demonstrado a seguir -, mas esses deveres tornam-se também demandas de atividade estatal.

O Estado, enfim, (e foi isso que procuramos frisar até agora) não é descrito como ausente e limitado por Aarão Reis, mas sujeito que age positivamente para conformar e dirigir a sociedade ao progresso e ao bem-estar.²⁴ Ao final, o conceito até extrapola as conclusões de Viveiros de Castro, que não aceitaria caber ao Estado o fomento da economia, moral e intelecto.

Aarão Reis parte para constatar, então, que, devido aos avanços científicos e industriais, a sociedade se complexificou, demandando mais atividade administrativa. Tal atividade tem como definição “serviço público” - o conceito torna-se chave para a elaboração teórica de Aarão Reis ao tratar da parte jurídica. O Estado, “cujas *funções* não pôde mais o *liberalismo doutrinário* conter restritas (...), apenas, á manutenção da integridade da pátria e da tranqüilidade pública interna e á distribuição da justiça” (REIS, 1923, p.134), vê-se obrigado a aumentar sua complexidade e suas funções.²⁵ “A *organização* e o *funcionamento*, em condições de *normalidade* e de *continuidade*, dos inúmeros e variadíssimos serviços públicos (...) é, portanto, a verdadeira *função* do Estado” (REIS, 1923, p.148). Não há limites delimitados que esclareçam até que ponto o Estado pode crescer:

²³ “Os direitos são todos *relativos*, e dessa *relatividade* decorrem, naturalmente, em *reciprocidade*, os devêres; de modo que a cada direito corresponde um dever, sinão *positivo* (como, por exemplo, a *colaboração*, ou a *dedicação*), pelo menus, *negativo* (como, por exemplo, o *respeito*, ou a *obediência*), assim como, reciprocamente, a cada dever cumprido corresponde um direito (como, por exemplo, a *gratidão*, a *benevolência*, etc.)” (REIS, 1923, p.153)

²⁴ “O Estado é entendido “como o órgão — *geral e complexo* — indispensável ao normal desempenho dos devêres da coletividade para com os indivíduos no exercício normal da *sua principal função de organizar, manter e aperfeiçoar, incessantemente, os vários serviços públicos* — que, de dia para dia, mais se desinvolvem e mais se complicam — imprecindíveis ao conveniente *condicionamento* do meio nacional **para a crescente prosperidade** em que se traduz, sempre, a *gradual elevação do nível médio do conforto e do bemestar generalizados da espécie humana, não somente materiais, mas, também, intelectuais, e, especialmente, morais e sociais.*” (REIS, 1923, p.121, G.N.)

²⁵ Algumas são listadas pelo autor: “serviços públicos — de *disseminação da instrução*, de *generalização da educação*, de *apuro da hijiêne popular*, de *saneamento generalizado*, de *aperfeiçoamento progressivo da aparelhagem circulatória*, de *desenvolvimento da produção*, de *equitativa partilha do conforto crescente*, de *amparo aos mais fracos*, etc, etc.” (REIS, 1923, p.126)

E, como a noção econômica de serviços públicos dá idéia de *ilimitabilidade* dos que podem ser prestados para satisfação, cada vez mais ampla e mais completa, dos interesses gerais coletivos, — **não parece, á primeira vista, que possam ser traçados limites á atividade administrativa do Estado.** Desde que, porém, atenda-se a que não pôde o Estado prescindir do *equilíbrio* das diversas *forças* que concorrem para a *normalidade* da vida nacional, entre as quais a vultam as *iniciativas individuais*, em oposição á *iniciativa coletiva*,— fácil é compreender a necessidade de manter conveniente *equilíbrio*, especialmente entre *estas*, de modo que tendam, sempre, para razoável compensação, as massas respectivas dos serviços públicos e dos serviços privados, e não tenda, jámais, em qualquer paiz, a excessiva expansão da vida pública a atrofiar a respectiva vida privada. (REIS, 1923, p.139)

O trecho acima afirma que o Estado não pode ser limitado a priori, mas não que não existam limites à sua ação. Em outras palavras, a atividade estatal não pode ser completamente pré-concebida devido à imprevisibilidade de contingencialidades – como as exigências do avanço tecnológico e as calamidades públicas. O Estado, porém, só pode agir claramente dentro da forma da lei, das conformidades jurídicas; isto é, é um Estado de Direito (cf. REIS, 1923, p.266).

O direito administrativo, então, surge como ramo jurídico *que* (“*de acordo, sempre, com as grandes linhas gerais da organização jurídica e política adotada para a nação*”):

estabelece e fixa as relações de recíprocos direitos e devêres entre os cidadãos e os diferentes órgãos constitutivos do Estado, com nítida discriminação dos sacrifícios que, dos interesses individuais privados, reclama o interesse social público e geral para a conveniente e imprecindível satisfação completa dos imperiosas necessidades coletivas. (REIS, 1923, p.30)

É o direito administrativo, pois, que faz a baliza entre direitos e deveres dos cidadãos e do Estado. Tal colocação resulta em estabelecer o direito administrativo como o instrumento que flexibiliza o direito individual em prol do Estado nos casos necessários.²⁶ Aarão Reis deixou claro que o direito administrativo “impõe, (...) freqüentemente, aos mais

²⁶ Pode-se perceber isso no momento em que Aarão Reis trata das diferenças entre direito constitucional e direito administrativo: “(...) com efeito, si aquêle (direito constitucional) estabeléce as régras gerais de governo, deduz êste (direito administrativo) delas as naturais consequencias, fazendo-lhes as devidas applicações; – si o primeiro fixa os direitos garantidos aos cidadãos, colocando-os sob a salvaguarda da autoridade constituída pelos podêres públicos da nação, **discrimina o segundo os devêres dêsseos mesmos cidadãos, limitando as restrições dos interesses privados e dos direitos individuais, exigida pela indispensável satisfação das necessidades gerais coletivas;** e, si, em definitiva, consagra aquele os direitos do indivíduo e do cidadão, proclamando sua liberdade nas múltiplas e diversas manifestações da vida social, consagra este os devêres imprecindíveis do Estado, como expoente característico da sociedade, no intuito de firmar e consolidar a ordem, sem a qual não é possível a garantia da liberdade por meio da conciliação necessária dos interesses individuais com o largo e geral interesse coletivo. E a manutenção da ordem é, na sociedade, a *alta função* privativa da autoridade, admirável conjunto harmônico de órgãos sociais destinado a assegurar — a cada indivíduo, em particular, e a todos êles, em geral — o desinvolvimento, livre, amplo e plano, de suas complexas e maravilhosas faculdades — físicas, intelectuais e morais, — estabelecendo, firmando e consolidando as condições imprecindíveis e favoráveis ao normal desinvolvimento da produção da riqueza, e, portanto, á gradual elevação do nível médio do *conforto humano.*” (REIS, 1923, p.32)

respeitáveis interesses privados individuais — em benefício do interesse público coletivo — onus bem peizados e sacrifícios, mesmo, dos mais penosos” (REIS, 1923, p.32).

Os serviços públicos não necessariamente são somente desempenhados pelo Estado, eles podem ser exercidos pela iniciativa privada. Esta, entretanto, quando desempenha tal função, tem de seguir as mesmas prescrições legais que o Estado seguiria.²⁷ Aarão Reis até afirma que o patrimônio das iniciativas privadas que atuam em serviços públicos não é totalmente disponível a seus empresários, negando a possibilidade de utilizar o lucro adquirido quando atuando como serviço público em outros setores da indústria (cf. REIS, 1923, p.146).

Há uma ampliação da ação estatal nos serviços públicos. Em Aarão Reis, ao invés de racionalizar a intervenção estatal por meio da “polícia”, é o instituto do “serviço público” que serve como instrumento jurídico para fundamentar o intervencionismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o panorama apresentado, esperamos ter demonstrado suficientemente a hipótese descrita na introdução. Os autores aqui trabalhados, em sua maioria, não lidavam com os conceitos da teoria política e jurídica com as lentes do liberalismo “clássico”. Por vezes, as tentativas de legitimação de uma atuação mais intensificada e enérgica por parte do Estado pode-se notar claramente. Mas, tendo a hipótese confirmada, surge uma questão da resposta: por que tais autores refutavam a teoria liberal clássica em nome de um sistema híbrido que dava mais espaço à atuação estatal?

É curioso o fato que a primeira doutrina de direito administrativo após a proclamação da república só tenha sido publicada em 1906 (enquanto a última só o foi em

²⁷ “Mas, nem só serviços públicos são, na realidade, aqueles cujo pessoal é constituído por *agentes* diretos do Estado, que adquire, também diretamente, o respetivo material. Ao lado desses, inúmeros outros, dos mais importantes e dos mais necessários, *funcionam*, tendo, igualmente, por objeto a satisfação de series interesses coletivos nacionais, de *assistência*, de *previdência*, de *educação*, de *instrução*, de *mutualidade*, de *beneficência*, de *arte*, de *ciência*, de *circulação a produção da riqueza*, etc , embora, *organizados* e *custeados* pela própria iniciativa privada, com, ou sem, apoio e auxilio direto, ou indireto, do Estado e ajindo individualmente, ou por meio de *associações coletivas*. E a todos eles concede a legislação idêntica capacidade jurídica, estabelecendo bem nítidas a diferença e a separação entre o *patrimônio individual* de cada um dos *associados* e o *patrimônio coletivo* d a *associação*, o qual tornase, assim, uma *propriedade coletiva* de todos os *associados*, que figuram, coletivamente, como uma única pessoa jurídica.” (1923, p.145). E também: “Há, entretanto, entre essas duas categorias distintas de serviços públicos, diferenças de *funcionamento* derivadas da ação direta que, sobre os primeiros, exercem os *agentes* do Estado, limitando-lhes a capacidade jurídica, beneficiando-os com privilégios especiais, nem sempre extensivos aos da outra categoria, e, especialmente, submetendo suas respetivas *operações financeiras* e a respetiva contabilidade a *regras especiais de execução e de fiscalização*, ás quais não ficam sujeitos os serviços de utilidade pública realizados pela iniciativa particular, mesmo quando *organizados e funcionando* mediante *concessão do Estado*” (REIS, 1923, p.146)

1923). Os primeiros anos republicanos foram conhecidamente conturbados politicamente. Houve demora de quase duas décadas até as novas estruturas políticas serem harmonizadas em uma estabilidade minimamente duradoura. A hipótese que sugerimos para explicar é que enquanto que nas décadas de instabilidade política os debates de direito público centraram-se em torno do direito constitucional, a mínima estabilidade permitia que os esforços do governo e dos intelectuais se voltassem à atividade administrativa e sua dogmática jurídica. Tal fato não é só perceptível pelo aumento de leis administrativas e políticas públicas no começo do séc. XX, mas pela própria exposição dos textos jurídicos. Ainda na introdução de seu Tratado, Viveiros de Castro declarou a importância do estudo do direito administrativo no ramo do direito público:

(...) como observa Goodnow, os grandes problemas do direito publico moderno são de caracter quasi que exclusivamente administrativo. As mais importantes questões do Direito Constitucional estão resolvidas, e nesse ramo do direito parece impossível surgir uma hypothèse verdadeiramente nova; ao passo que o próprio período de formação em que ainda se acha o Direito Administrativo torna interessantísimos os seus problemas, sendo o jurisconsulto obrigado a descobrir entre as theorias oppostas um critério seguro que o guie no exame de árduas questões na vida forense. (p.XIII)

Como epígrafe do livro “Noções de direito administrativo” de Alcides Cruz constava: “It may indeed lie safely asserted that the problems of administration are the important problems of the present; and that they receive the attention which in earlier times was given to problems of constitutional organization” (1910, p.IV) – passagem retirada de Faerlie em “National Administration of the United States.

Se o direito constitucional da época era muito mais voltado à estrutura de organização política do país (regulando as eleições, intervenções federais e somente alguns “direitos fundamentais”), o direito administrativo e a “Sciencia da Administração”, em contraponto, seriam os instrumentos jurídicos e técnicos verdadeiramente aptos para transformar a sociedade pela atuação estatal. A seguinte passagem citada por Alcides Cruz corrobora com a hipótese descrita:

Quanto ao modo de actuar o Estado, basta ter presente a complexidade da estructura deste, para ver que um só ramo do direito publico - o constitucional -, não póde dar a conhecer por si só o modo geral e o particular da actividade do poder publico. Elle ensina- nos a formação e a organização desse poder, **mas não basta, não é tudo ainda; a materia referente ao concurso de regras reguladoras da competencia das autoridades e ás suas relações hierarquicas, aos serviços publicos, á limitação de certas manifestações da liberdade individual, etc., não lhe compete, e sim ao direito administrativo.** (1910, p.8, G.N.)

Viveiros de Castro foi pontual:

É perder tempo votar constituições e discutir direito constitucional, cujas conclusões científicas não hão de corrigir o mal, sem se cuidar primeiramente da *organização social e municipal do governo local*, que é a transição do estado de massa molecular sem individualidade á categoria de sujeito com personalidade e vida propria funcionante.(1914, p.85)

Os autores, por óbvio, tinham claros interesses em autonomizar sua disciplina do direito constitucional e elevá-la como essencial solução dos problemas nacionais. Primeiro, pelo prestígio acadêmico, a consolidação da disciplina e o aumento de sua importância poderiam proporcionar ao autor tanto respeito como novas oportunidades profissionais. Segundo, pelo prestígio político, pois seus escritos ganhariam maior peso político para influenciar as atividades do Governo. O que é certo é que era garantido ao direito administrativo o seu lugar no rol de saberes instrumentais aptos a auxiliar o Estado.

FONTES PRIMÁRIAS

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de (1914). *Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional

CRUZ, Alcides (1914). *Noções de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Oficinas tipográficas a vapor de Germano Gundlach e Comp.

LEAL, Aurelino (1918). *Polícia e Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional

REIS, Aarão (1923). *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Villas-Boas e C.

SANTOS, Oliveira (1919). *Direito Administrativo e Ciencia da Administração*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. (2007) *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I. São Paulo: Malheiros Editores

CAVALCANTI, Themistocles Brandão (1964). *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos

CRETELLA Jr., José (1975). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Forense

COSTA, Pietro (2010). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá

FERES JÚNIOR, João (Org.) (2009). *Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG

FIORAVANTI, Maurizio (2001). *La Scienza del Diritto Pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, tomos I e II (Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 58/59). Milano: Giuffrè Editore

DI PIETRO, Maria Sylvia (2000). 500 anos de direito administrativo brasileiro, in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Brasília: ENAP, v. 26, n. 2, p. 29- 54. encontrado em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf

GUANDALINI Jr., Walter (2011) *Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Tese - UFPR

HESPANHA, António Manuel (1994). *As Vésperas do Leviathan: instituições e poder político Portugal – séc. XVII*. Coimbra: Almedina

_____ (2005). *Cultura Jurídica Européia - síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux.

JAMESON, Samuel Haig (org.). *Direito Administrativo – antologia coligida por Samuel Haig Jameson*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962

MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo (2006). *Storia del Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza.

SEELAENDER, Airton (2006) *Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República*. In: COUTINHO, Jacinto N. M. e LIMA, Martonio M. B. (Org). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, p.1-26

_____ (2008) *A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime*. In: BITTAR, Eduardo. C. B. (Org.). *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, p.91-108

_____ (2009) *A “polícia” e as funções do Estado – notas sobre a “polícia” do antigo regime*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.49, p.73-87

SKINNER, Quentin. (2002). *Visions of Politics, vol. 1 – Regarding Method*. Cambridge: Cambridge University Press.

STOLLEIS, Michael (2001). *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books

_____ (2008) *Storia del Diritto Pubblico in Germania: pubblicistica dell'impero e scienza di polizia (1600-1800)*. Milano: Giuffrè.

VENÂNCIO FILHO, Alberto (2011). *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva