

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO EMERGÊNCIA DE UM GOVERNO ACTIVO (C. 1800-C. 1910)

António M. HESPANHA

SUMARIO: I. *O aparecimento do direito administrativo*. II. *A nova emergência do Estado*. III. *O ensino do direito administrativo do "Estado liberal"*. IV. *Da exegese legislativa aos "princípios"*. V. *A teoria do acto administrativo*.

I. O APARECIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo oitocentista construiu-se contra duas concepções. A primeira era a do Estado de polícia (*Polizeistaat*); a segunda, a do liberalismo político. Contra a primeira, impôs a ideia de incluir, não apenas uma regulação "interna" da actividade do Estado, mas também, normas regulando as prerrogativas da administração em relação aos particulares. Contra a segunda, atribuiu um estatuto diferenciado para as relações em que o Estado administrador fosse parte em oposição ao complexo das relações jurídicas entre privados.¹

O direito de polícia surgira como forma de regulamentar a nova administração activa, característica das monarquias pós-corporati-

¹ Este artigo deve ser complementado, para abordagens que não são as mesmas, mas que esclarecem muito do que aqui não é tratado, sobretudo pelo livro de Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, Universidade Católica, 1994. O meu livro *Guiando a mão invisível*, cit., esclarece outros pontos.

vas. E, nessa medida, desenvolveu um por vezes imponente complexo de normas dirigidas aos agentes administrativos, que substituíam, explicitavam e sistematizavam as anteriores providências que regulavam a vida em comum nas pequenas comunidades (*posturas, Policeiordnungen*), agora que o Estado se vinha encarregando dessas matérias. O direito administrativo distingue-se, fundamentalmente, do direito de polícia, na medida em que enquanto este constituía um conjunto de regulamentos da administração, dirigidos a ela mesma, o direito administrativo, sem deixar de contemplar o primeiro aspecto, incorpora também normas relativas às relações da administração com os particulares.

Porém, apesar de todo o *pathos* liberal vivido na Europa nos inícios da época contemporânea, estas novas normas visavam, sobretudo, a defesa das prerrogativas do Estado face ao aparecimento da ideia de direitos civis na era pós-revolucionária. Nesta altura, a agenda dos administrativistas era sobretudo “defensiva”, procurando preservar um espaço autónomo de actuação para a administração, acossada pela vaga anti-estatalista e protectora dos direitos dos cidadãos (administrados) da primeira fase da Revolução. Assim, as linhas de força desta primeira fase do direito administrativo são:

- na sequência dos cameralistas, a regulamentação jurídica das actividades administrativas, de acordo com a ciência da polícia;
- a construção de um regime jurídico que excepcionasse o direito administrativo do regime geral de restrições às actividades do poder motivadas pela proeminência dos direitos individuais. Isso tinha a ver com questões de direito substantivo (por exemplo, a viabilização da expropriação, do licenciamento de actividades, da imposição de normas “de polícia” restritivas das liberdades), com questões de direito adjectivo (como a isenção das autoridades administrativas em relação à jurisdição ordinária, instituindo uma jurisdição administrativa, mais controlada pela administração ou pelo executivo), bem como questões de natureza política (como uma certa autonomia da administração em relação à lei, parlamentar ou governamental, nomeadamente com fundamento na variabilidade das situações a tratar);

- a construção de uma doutrina administrativa baseada mais em princípios doutrinários do que em estritas regras legais, que permitisse escapar ao estrito controlo governamental-parlamentar, construindo um poder administrativo por cima das contingências da política.

II. A NOVA EMERGÊNCIA DO ESTADO

Num segundo momento, que coincide com a segunda metade do século, a agenda dos administrativistas torna-se mais agressiva. O conceito de Estado vai-se tornando hegemónico,² ou por resíduos das ideias de prerrogativa régia ou de princípio monárquico, vindas do Antigo Regime, ou por influência comtiana, ou na sequência da ideia da anterioridade da solidariedade à individualidade (Émile Durkheim), pela urgência prática das tarefas ligadas ao progresso tecnológico ou, simplesmente, pelo desencanto com os resultados do apoderamento do interesse público pelos interesses corporativos. Neste contexto, sem por vezes filosofarem muito acerca dos seus pressupostos, os administrativistas procuram quebrar todos os laços com a tradição garantista —em parte representada pela construção das matérias administrativas à maneira das matérias civis, nos quadros da pandectística. Isto consiste, nomeadamente:

- Numa construção particular dos contratos administrativos, que se traduzia, nomeadamente, numa sua revogabilidade mais fácil por parte da administração;
- Numa restrição automática à propriedade privada perante as exigências do interesse público, ao mesmo tempo que se adoptava uma construção da propriedade pública liberta de algumas das características enfraquecedoras da propriedade privada (por exemplo, a sua prescricibilidade);
- Numa teoria especial do emprego público, que o isentava da regulação de natureza social que começara a envolver o con-

² Cf. A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, p. 289 ss.; Pierre Rosanvallon, *Le modele politique français [...]* max. p. 197 ss.; L. Mannori, *Storia del diritto amministrativo*, cit., max. p. 395 ss.

trato de trabalho e que privava o funcionário público de direitos conferidos aos restantes trabalhadores;

- Numa teoria do acto administrativo não como um acto de natureza contratualista, mas de natureza hegemónica (como acto de poder), de modo a que as pretensões dos cidadãos não configuravam direitos subjectivos, mas apenas umas expectativas a que alguns autores ainda dão o nome de “direitos subjectivos”, acrescentando-lhe, porém o adjectivo “públicos”;
- Numa completa autonomia da administração em relação aos tribunais, quer pelo reforço do carácter administrativo dos tribunais contenciosos, quer pela antecessão obrigatória da fase contenciosa de uma fase graciosa de recurso, quer pela restrição dos actos recorríveis; ao que se poderia ainda acrescentar a existência de garantia administrativa para os funcionários, correlativa a um dever de obediência que os eximia de responsabilidade (“ordens são ordens”).

No plano político:

- Na substituição da ideia de direitos individuais pela ideia de deveres sociais definidos pelo Estado;
- Na anteposição da lógica da economia nacional à economia doméstica;³
- Na ênfase na função unificadora do Estado, frente ao aparente risco de uma sociedade que, atomizada em grupos particulares de interesses, pudesse explodir;⁴
- Na substituição da legitimidade do Estado em função de uma soberania de origem democrática por uma legitimidade a partir da ideia do Estado como “serviço público” (*function publique, Leistungstaat*), do qual os cidadãos pretendiam prestações e não direitos políticos, não faltando quem, explicitamente, estivesse disposto a sacrificar os segundos às primeiras.

³ Ver bibliografia citada na nota seguinte.

⁴ Sobre esta obsessão, ver Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français [...]*, pp. 81 ss. e 140 ss.

III. O ENSINO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO “ESTADO LIBERAL”

Surgido em França como disciplina universitária em 1819, o direito administrativo corresponde então à descrição das novas instituições de governo e administração da época napoleónica e pós-napoleónica, geralmente referidas pela doutrina francesa como um instrumento que tinha restituído à administração “une virilité[!] dont l’assemblée constituante l’avait laissée dépourvue” (Auguste Vivien, *Études administratifs*,⁵ 64). Realmente, passado um período de legislação dispersa e, em geral, reactiva em relação aos privilégios da administração (cf. Bonnin, *Principes [...]*, I, “Introduction”, 26 ss.), a legislação sistemática e estadualista do consulado, do Império e da Restauração, bem como a crença em que as matérias administrativas obedeciam a uma lógica que tinha mais de ciência do que de vontade política, vem facilitar uma sistematização de acordo com princípios gerais.

O seu expositor mais destacado é Charles Jean Baptiste Bonnin,⁶ que, traçando o panorama das insuficiências da doutrina do direito administrativo do seu tempo, as relacionava com o desconhecimento da especificidade dos actos da administração (ou “das leis administrativas”, como ele diz), que “não consideram os indivíduos na família ou no Estado, nem no exercício dos seus direitos políticos, mas como membros da sociedade nas suas relações públicas, relações necessárias à manutenção dessa mesma sociedade”, (*ibidem*, “Préface”, VII),⁷ bem como com a despreocupação em ultrapassar o casuismo puramente descritivo das leis, para se elevar aos princípios que as enformavam (*ibidem*, X), em vista da formação de um código administrativo, cujo projecto⁸ ou, ainda mais fundamental, da fixação,

⁵ Paris, Nève, 1833.

⁶ 1772-?; *Principes d’administration publique*, 1808; ed. util., Paris, 1812.

⁷ “[...] a acção [administrativa] tem sempre por fim manter a harmonia entre todos os membros do Estado e de os fazer a todos cooperar na coisa pública. Obra prima da instituição social, estas relações, sem as quais a sociedade não poderia existir, ligam cada indivíduo ao Estado [formando] uma cadeia imensa de relações, de que as leis administrativas formam os diferentes anéis, para impedir a ruptura dos quais é instituída a administração pública” (*ibidem*, p. 27).

⁸ Que ele mesmo propõe e esboça, na sua edição de 1812.

antes de mais, “dos princípios gerais sobre a matéria, pois são eles os elementos das leis. Que são as leis, com efeito, senão coisas de experiência tornadas obrigatórias por uma forma legal, logo que os princípios aí sejam reconhecidos ou que sejam estabelecidos por um uso constante?” (*ibidem*, XIII).

Cumprindo a sua função de descritor, Bonnin toca a generalidade das novas instituições: As leis, os agentes, a organização, as relações administrativas (a acção sobre as pessoas e sobre a sua propriedade), a polícia (ou aspecto coactivo) da administração, os aspectos regulamentares de vários ramos administrativos (desde as obras públicas às finanças, à higiene, aos incentivos e aos prémios que galardoem a promoção da utilidade pública), para terminar com a justiça administrativa. Mas, tendo descrito o fundamental da nova armadura regulamentar da administração, Bonnin afronta o problema da *construção*. Assim –afirma– “Não se encontrará neste Tratado as leis em vigor, mas os princípios que delas se podem tirar, mas em harmonia com essas leis [...] . Muito menos se trata de um comentário sobre as leis [...] Eu dediquei-me particularmente a demonstrar que a administração pública é o princípio de toda a ordem no Estado, e a garante da segurança das pessoas e da propriedade” (*ibidem*, XXXII-XXXIII). Bonnin pronuncia-se, a certa altura com clareza, sobre a hierarquia da lei, dos princípios e da prudência administrativa, matéria central num período em que o império da lei democrática era ainda um dogma para os políticos (se bem que, não tanto [*et pour cause* ...] para os juristas): “O administrador não deve seguramente agir senão em virtude da lei” (*ibidem*, XXXIII). Mas, feita esta vénia às conveniências, prossegue: “todos os dias se apresentam, na gestão dos negócios públicos, casos em que o administrador parece poder afastar-se, no interesse do próprio Estado, da lei que rege esse mesmo interesse. Porquê? É que é preciso, antes do mais, que a administração não pare e que o interesse público não seja comprometido pelas próprias regras que o garantem [...] Se, portanto, muitas coisas devem ser deixadas à prudência e à sagacidade do administrador, é porque a acção dele, incidindo muitas vezes sobre coisas essencialmente variáveis, deve variar ela mesma quando o interesse público assim o exige” (*ibidem*, XXXIX). Os princípios da ciência da administração, de que Bonnin se pretende ocupar, fornecerão justamente esse critério de delimitação entre a ilegalidade proscrita e a legalidade necessária,

entre o arbítrio e a prudência do administrador. Teria sido justamente esse o mérito da experiência adquirida, tanto sob a Revolução, como sob o Império: “A administração, tornada mais circunspecta pelo conhecimento das suas obrigações e da situação positiva do Estado, calcula as suas forças e os seus recursos com o seu emprego, temendo ultrapassar os limites dos seus direitos, sendo a primeira a perceber os males que daí derivariam” (Bonnin, *Principes* [...], “Introduction”, 46).

A obra de Bonnin é resumida para português logo em 1822 (Francisco Soares Franco, *Extracto dos Principios fundamentaes do sistema administrativo de França por Mr. Bonnin, e sua comparação com os de Portugal*, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1822); mas dela apenas se selecciona a parte descritiva (“Não julgamos necessário seguir o autor nos princípios gerais, que desenvolve neste primeiro livro [...]”, 6), explicando (muito mais brevemente do que no original) o conjunto das instituições administrativas francesas, comparando-as depois com o que ficara estabelecido na Constituição de 1822, com relevo para o relativo à administração periférica e local.

Os primórdios do ensino do direito administrativo em Portugal. Do legalismo estrito aos anseios pela “autonomia da administração”

Em Portugal, a criação de um ensino específico de direito administrativo ocorreu em 1836.⁹

Então, o direito administrativo aparece ainda como a descrição do conglomerado de matérias que fazem parte da actividade administra-

⁹ 1836 (5.12), “Direito publico português pela constituição, direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com os outros povos” (art. 78) (3o. ano); 1840 (9.7): reunido com o direito constitucional na 10a. cadeira (4o. ano); 1843 (29.7): reunido com o direito penal e colocado no 5o. ano. As informações concretas sobre o ensino do direito administrativo são, quase sempre, extraídas dos vários artigos que Manuel Paulo Merêa dedicou à história da Faculdade de Direito de Coimbra e do seu ensino; dados suplementares, Mário Reis Marques, “Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais”, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, vol. 2, 1990, Baden-Baden, 1990, pp. 235-255; Paulo Otero, *Direito administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado ao concurso para professor associado na Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1998.

tiva do Estado: “O Direito Administrativo compreende na sua esfera os mais graves interesses da sociedade, a religião; a instrução, a segurança, a higiene, a propriedade, a agricultura, e o comércio, em uma palavra, todos os interesses mais respeitáveis da sociedade têm direito à protecção do governo, e pertencem de certo modo ao Direito Administrativo. Regulando a acção e a competência do Poder executivo Central, e de todos os poderes locais da mesma natureza, e fixando as atribuições dos seus respectivos conselhos” [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Maria de Fátima da Cunha de Moura, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional [...]*, *cit.*, I, 174)]. Anos mais tarde, ainda José Frederico Laranjo haveria de considerar existir, afinal, um contínuo entre o direito constitucional e o direito administrativo, decorrendo a distinção apenas da relevância dos interesses tocados por uma e outra das duas disciplinas.¹⁰

A criação desta nova cadeira correspondia, afinal, à transcrição no ensino universitário de uma realidade insofismável. Desde os finais do séc. XVIII, a administração vinha, incessantemente crescendo. E, sobretudo com a restauração da Carta e com os subsequentes decretos ditatoriais de Mouzinho e de Passos Manuel, isso tinha-se tornado gritante. Nem o conservadorismo do corpo académico coimbrão, reactivo a abandonar o elenco das matérias legadas pela reforma pombalina e –muito menos– em admitir que era a lei do legislador e não a doutrina dos lentes que fazia direito,¹¹ podia desconhecer que, correspondendo à crescente hegemonia adquirida pela actividade do Estado, o direito administrativo tem que ser considerado como “superior em categoria ao direito civil, ou particular, mais difícil, e talvez mais vasto, e de mais frequente aplicação”.¹² Ora, a esta crescente importância da administração e do seu direito não correspondia “uma cadeira, aonde se ensine e desenvolva este ramo da ciência” (*ibidem*), apesar de o direito administrativo ter sido mandado ensinar, primeiro (1836), juntamente com o Direito Público e

¹⁰ *Princípios [...]*, *cit.*, p. 10.

¹¹ Maria de Fátima da Cunha de Moura Ferreira, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional, a Faculdade de Direito de Coimbra*, tese de doutoramento da Univ. do Minho, 2004.

¹² *Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, ibidem*, vol. I, p. 174.

das Gentes e, mais tarde (1843), com o Direito Criminal. Esta hoje incongruente combinação justificava-se porventura justamente pelo facto de as três disciplinas constituírem desvios à dogmática-modelo do direito privado, relacionada com as relações entre particulares, por todas elas se ocuparem das funções do Estado, em alguma das suas diversas vertentes.¹³ Isto explica ainda a inclusão neste grupo, mais tarde, do direito eclesiástico.

Compêndio também não havia: “Desgraçadamente nenhum compêndio da ciência, nenhuma compilação possuímos ou colecção de leis administrativas, além do código em vigor, que só contém parte delas”¹⁴ (realmente, a parte relativa à administração local).

Na sua primeira fase, o ensino do direito administrativo orientou-se para a descrição de todas as matérias que constituíam objecto de acção por parte do Estado, na esteira da orientação que era seguida nos manuais de ciência da polícia e no já referido resumo de Bonnin feito por Soares Franco. Basílio Alberto de Sousa Pinto, o primeiro lente da cadeira de *Direito público português, pela constituição, Direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com outros povos*, segue a obra de Bonnin.¹⁵ A síntese do programa¹⁶ confirma que se tratava de um texto sobretudo exegético do Código Administrativo de 1842, do género dos que o mesmo lente produziu para direito constitucional.¹⁷ Basílio Alberto que, no seu curso de direito constitucional, era um leitor de M.

¹³ A criação de uma cadeira de direito administrativo autonomizada do direito penal é proposta pelo Conselho de Faculdade em 1850, 1851 e 1852, sendo rejeitada [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Maria de Fátima Moura Ferreira, *A institucionalização [...]*, vol. I, p. 174)]. A sua criação acaba por ser autorizada por CL de 13.8.1853.

¹⁴ Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Por Maria de Fátima Ferreira, *A institucionalização [...]*, *cit.*, vol. I, p. 174).

¹⁵ Cf. Lopo José Dias de Carvalho; Francisco d'Albuquerque Couto, *Apontamentos de Direito administrativo com referencia ao Código Administrativo Portuguez de 18 de Março de 1842 redigidos segundo as preleções oraes do Illustrissimo Senhor Basilio Alberto de Sousa Pinto, feitas no anno de 1844 a 1845*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1849.

¹⁶ Publicada, entre outros, por Paulo Otero, *Direito administrativo. Relatório [...]*, *cit.*, p. 46.

¹⁷ Cf. António M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a história do direito consitucional [...]*.

Macarel, não podia ainda utilizar, neste curso de direito administrativo, o importante *Cours de droit administratif*, que este autor publicava em Paris, entre 1844 e 1846.¹⁸

Criada a cadeira autónoma em 1853 (13.8.),¹⁹ Justino António de Freitas é despachado para seu lente. Como Justino de Freitas estava ausente no parlamento, Bernardo de Serpa Pimentel, seu lente adjunto, preparou, para 1853-54, um programa para a cadeira.²⁰ Basicamente, era um programa que combinava a descrição das instituições administrativas portuguesas com um exame mais detalhado – ao que parece – da administração local. Justino António de Freitas, regressado, adoptou como compêndio as obras de Emile

¹⁸ Paris, Gustave Thorel, 1844-1846. Insistindo (na parte final do texto) na contiguidade entre direito administrativo e direito constitucional, M. Macarel escreve, na introdução do seu manual: “J’ai divisé mon enseignement en trois parties. Dans la première, j’expose l’organisation administrative de la France, et les attributions diverses des nombreuses autorités dont nos lois l’ont formée. Je tracerai, dans la seconde, les principes généraux des matières administratives, c’est-à-dire les règles de l’exercice des droits et de l’accomplissement des devoirs de l’administration et des citoyens, dans leurs rapports réciproques. La troisième sera consacrée à l’exposition des formes essentielles de ces rapports, c’est-à-dire de la procédure administrative en matière non contentieuse et contentieuse; j’y ajouterai les règles de la compétence, suit des autorités administratives entre elles, soit de l’autorité administrative et de l’autorité judiciaire en conflit. J’ai l’espérance de parvenir à embrasser ainsi, dans son ensemble, la science du droit administratif de notre pays, et d’offrir, aux jeunes hommes que j’ai la mission d’instruire, la connaissance exacte d’un vaste champ d’études qu’il leur importerait, comme citoyens, d’aborder résolument, alors même que sa culture ne leur serait pas prescrite par les règlements universitaires”. São muito interessantes as considerações de Macarel sobre a especificidade dos textos que se dirige ao ensino, como complementos das lições orais – os “manuais” – (*ibidem*, p. VI ss.), por oposição aos tratados. Nos primeiros, a finalidade principal era “vulgarizar”, num andamento (*allure*) “rápida” e numa “demonstração sucinta”. Note-se que foi este manual de M. Macarel que desencadeou a ira de Tocqueville, ao verificar como os administrativistas iam, paulatinamente, construindo, por via doutrinária, o Estado forte que Tocqueville queria impedir por via constitucional e legislativa (cf. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif, 1844-1846* (ver L. Mannori, *Storia giuridico moderno*, vol. 18, 1989, p. 607 ss.).

¹⁹ Lembremos que a criação de uma cadeira de direito administrativo, autonomizada do direito penal, é proposta pelo Conselho de Faculdade, sucessivamente, nos três anos antecedentes, sendo rejeitada [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, cit. Maria de Fátima da Cunha de Moura, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional* [...], cit., vol. I, p. 174)].

²⁰ Publicado em *O Instituto. Jornal científico e literário*, vol. 3, 1855, p. 283 ss.

Vauvilliers, *Manuel de droit administratif*, 2a. ed. 1855 (1854);²¹ e M. F. Pradier Fodéré, *Précis de droit administratif*, Paris, 1853 (1855-1856),²² embora se note ainda a lição de A. Vivien.²³ Tendendo, depois, para o ensino meramente anotativo do código administrativo de 1842.

Em 1859 (14.10), separa-se a “administração geral”, que é anexada ao direito eclesiástico português²⁴ (já assim aparece em 1859-1860) (5o. ano). Passando o direito administrativo a ser ensinado sob esta designação. Entretanto, Justino António de Freitas publicara o seu próprio compêndio, que conheceu várias edições.²⁵

²¹ Émile Vauvilliers, *Manuel de droit administratif*, 2 éd., Paris, Cotillon, 1855 (usada: 2a. ed.). Obra descritiva da administração francesa, pouco atenta às questões de teoria.

²² Ed. consultada (Paris, 1872, 7a. ed.). Também este autor – escrevendo, na ed. consultada, já depois da deposição de Napoleão III –, se queixa da “mania inovadora que não tem em conta alguma as situações adquiridas ou as expectativas legítimas, brincando com as leis novas sem ouvir os murmúrios da nação apavorada por este prurido legislativo” (p. VII); concluindo o prefácio – depois de frases grandiloquentes sobre a relação entre a contenção legislativa e o amor da pátria, que “os destinos da França não estão na utopia, dependendo antes da sabedoria da sua evolução moral, política e legislativa” (p. VII). Para este autor, o estudo do direito administrativo distinguia-se da ciência da administração, pois não pretende elaborar normas sobre a boa condução das actividades da administração, tendo apenas por objecto preciso e limitado esclarecer os administrados sobre os seus direitos e obrigações” (p. 14), ao mesmo tempo que insiste na rigorosa separação entre a política – activa, electiva de fins e de meios, emanadora de normas – e a administração, passiva, obediente, reservada a uma função de disciplinada execução (p. 18). O esquecimento disto conduziria, mormente num país como a França, a uma situação de despotismo administrativo. O livro, no seu plano, consiste justamente nisso a que aspirava o seu autor no prefácio: criar administradores competentes e administrados submissos às leis do seu país.

²³ Auguste Vivien (*Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1859) professa uma orientação legalista: “Si l’on n’admettait pas qu’avant d’obéir au gouvernement ses agents doivent obéir à la loi, l’organisation, dont les principaux linéaments viennent d’être tracés, constituerait la plus redoutable machine de despotisme [...] Le personnel administratif ne formerait plus qu’une ligne de prétoires au service du pouvoir assez criminel pour l’employer à la destruction de nos droits” (p. 76), seguindo-se manifestações de preocupação pela maneira francesa de discutir todas as leis (“On s’est ainsi habitué à discuter la loi, à la juger, à mesurer la fidélité qui lui est due”, *ibidem*).

²⁴ Correspondente a uma outra tarefa administrativa do Estado, no regime da Carta.

²⁵ Justino António de Freitas, *Instituições de direito administrativo português*, Coimbra, 1857, 351+64 pp.; comentário: Augusto Guilherme de Sousa, *Ensaio sobre as Instituições de Direito Administrativo Português do Excelentíssimo Justino António de Freitas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859; *Instituições de direito administrativo português*, Coimbra, 1861, 2a. ed., 351+64 p.; *Instituições de direito administrativo português*, 1857.

O seu objectivo era eminentemente prático e descritivo: “ensinar os princípios gerais da ciência e da nossa organização administrativa, mas ao mesmo tempo apresentar em dia as mais importantes providências de administração até agora publicada” (*Instituições [...]*, III), na dupla intenção de “instruir os alunos da Faculdade de Direito, e de patentear ao público por ordem sistemática os princípios e as Leis que regem a administração portuguesa” (*ibidem*, VIII). Essa tarefa de divulgação ter-se-ia tornado mais importante porque, com a revolução francesa [*de facto*, com o Estado de Polícia],²⁶ “Pela primeira vez também a administração fora elevada à altura de uma função social [...]” (*ibidem*, XIII). Também a criação de órgãos administrativos separados dos judiciais fora decisivo, embora aqui, ao contrário do que acontece em Montesquieu, esta separação seja valorizada —como já se sugeriu— enquanto autonomização da administração e não enquanto autonomização da justiça (“Pela primeira vez finalmente a administração foi separada da justiça com que antes se achava confundida, com manifesta ofensa das prescrições da ciência e grave detrimento dos interesses dos povos” (*ibidem*, XIII); tanto mais que o aparecimento de instituições administrativas fora acompanhado da criação de um contencioso próprio, destinado a julgar as causas entre estas e os particulares, “para dar mais vigor e energia às suas deliberações” (*ibidem*, XIV) e que “a independência das autoridades administrativas em relação às judiciárias, acha-se garantido por diferentes meios [...]”.²⁷

Justino de Freitas não ignora, porém que, instaurados os regimes constitucionais, com a sua preocupação pelos direitos, a questão que se deverá tornar central é a da compatibilização da antiga “polícia”

²⁶ Este realce dado à função administrativa do Estado não é nenhuma espécie de antecipação do “Estado social”; é antes uma sobrevivência do “Estado de polícia”.

²⁷ Pelo art. 301 do Cod. Pen., que pune toda a ingerência das autoridades nos assuntos políticos; pelo art. 356 do Cod. Adm. de 1842 que estabelece, que nenhum magistrado ou funcionário administrativo possa ser perturbado no exercício das suas funções pela autoridade judicial, ou por qualquer outra; porque pertence ao Conselho d’Estado resolver os conflitos, que se derem entre a autoridade administrativa e a judiciária, Dec. de 16.7.845, e 10.01.1850; e pela proibição de a autoridade judiciária de intentar acção civil ou criminal contra a autoridade administrativa, por factos relativos às suas funções sem autorização prévia do Governo. (*Cod. Adm. 1842*, art. 357) (*ibidem*, pp. 11-12).

com “a nova ordem revolucionária”: “Não se deve confundir a ciência [a antiga ciência cameralística, ou de polícia, ou os seus prolongamentos oitocentistas] com o direito administrativo; aquela indaga, discute e proclama os princípios que podem assegurar o bem-estar e prosperidade da sociedade, este trata dos direitos privados, tem a sua fonte nas leis positivas, e proclama as regras que determinam a sua aplicação” (*ibidem*, 3).

Todavia, os contra-venenos estavam achados: esta sujeição da administração à lei tinha que ser modulada pela necessidade de uma ampla discricionariedade da acção administrativa: “A lei, destinada para uma longa existência, deve por isso ter um carácter permanente e durável; à administração porém pertence regular a forma, o tempo e o modo de a executar, prescrevendo os regulamentos necessários para aquele fim, acompanhando os costumes e as variações sucessivas dos povos [...]”. Mas, em consonância com o seu espírito mais legalista do que liberal, o único ponto comum que encontra “entre a lei e os regulamentos da administração [...] consiste na prescrição de regras e deveres, que todos os cidadãos têm obrigação de respeitar e de prestar obediência” (*ibidem*, 9). Ou seja, os “direitos originários” nem contra os regulamentos estavam expressamente defendidos. Seja como for —e nisto se foi distinguindo do poder judicial— “a administração goza em certos limites de um direito de iniciativa, obra quando julga útil, prescreve medidas obrigatórias para os cidadãos, pode dispor para o futuro, tomar decisões que lhe não são pedidas, e todas as medidas de conservação e prevenção; o poder judiciário pelo contrário não decide, nem prescreve nada: *julga*, as suas decisões são soberanas [...] tudo isto, porque ‘o interesse público é que constitui o domínio próprio da administração, e o interesse privado o da justiça’” (*ibidem*, 10).

A garantia da autonomia da administração estende-se mesmo em relação ao poder executivo: “Em todas as medidas gerais a administração deve obedecer à política; mas fora disto deve trabalhar na sua esfera de acção, não para contrariar o poder político, mas para se conservar nas suas condições respectivas [de apreciação técnica casuística], quando se trata da execução das leis [...]”, (*ibidem*, 12). Se não se trata de um simples tópico de estilo, realçando o carácter casuístico da actividade administrativa, tratar-se-ia de um afloramento da ideia de uma administração independente das flutuações da políti-

ca, o que, até certo ponto, fora uma das ideias condutoras do Estado de direito alemão, tal como fora entrevisto por, por exemplo, von Mohl.²⁸

O programa de Justino de Freitas cumpre o ritual –habitual nos manuais franceses– de prometer um tratamento dos princípios da nova ciência; mas acabava por se ficar, muito mais modestamente, na exposição das instituições administrativas vigentes, como já anunciara no prefácio: “Seguindo a divisão da maior parte dos escritores, depois de estabelecermos os princípios gerais do direito administrativo, tratámos nesta 1.ª parte da organização dos serviços públicos desde o Chefe de Estado até à última circunscrição territorial, e reservámo-nos em outro volume tratar da administração geral” (*ibidem*, XV-XVI). Um rumo que se tornou corrente nos administrativistas estava traçado: intenção descritiva e focada na administração periférica e local.

Em 1864-1865, por deliberação da Faculdade, a cadeira passa a ter a designação de *Princípios gerais e legislação portuguesa sobre administração pública, sua organização e contencioso administrativo* (7.ª cadeira). Dada a restrita organização do contencioso administrativo em Portugal, de acordo com a lei de 3.5.1845 (que só admitia recurso dos actos dos conselhos de distrito para baixo),²⁹ a parte jurídica do estudo dos actos administrativos resumia-se, de facto, –tal como tendencialmente no ensino de Basílio Alberto– à administração local, tanto mais que ainda não existia uma disciplina uniforme para outros aspectos da função administrativa, como a questão do estatuto dos funcionários.³⁰ É, de facto, da administração local que tratam os sucessivos códigos (1836, 1842, 1870, 1878, 1886, 1895-96, 1900).³¹

²⁸ Aí, o Estado –basicamente, a administração, ocupada por juristas e técnicos– era o ponto médio entre o arbítrio do monarca e o arbítrio democrático.

²⁹ Cf. Mário Reis Marques, “Sur l’histoire de la justice administrative au Portugal”, Milano, Giuffrè Editore, 1990, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Hispania: entre derechos, propios y derechos nacionales*, vol. 2, 1989, pp. 867-883 mais resumidamente, A. M. Hespánha, *Guiando a mão invisível*, p. 218 ss.

³⁰ Cf. Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1998, vol. I, p. 167.

³¹ Cf. Marcello Caetano, “A codificação administrativa em Portugal – um século de experiência: 1836-1936”, *RFDC*, vol. 2, 1935.

IV. DA EXEGESE LEGISLATIVA AOS “PRINCÍPIOS”

Entretanto em França, inicia-se o pontificado de um dos mais notórios administrativistas franceses –M. Firmin Laferrière³² que, tal como alguns dos anteriores, se propõe reduzir a atomização das normas administrativas a “uma exposição de princípios e de legislação, em que se procura sobretudo coordenar e vivificar os princípios da ciência” (*Cours* [...], 2). Acrescentando, “no estado actual dos estudos e dos trabalhos de direito administrativo, pareceu-me que o objecto mais importante era ainda o método e o estabelecimento de princípios” (*Cours* [...], 2). No prefácio dos seus *Principes généraux de droit administratif* (Paris, Girard, 1911), Gaston Jèze –um dos mais influentes administrativistas franceses (e mundiais) do primeiro quartel do séc. XX– destaca a obra de Laferrière como um ponto de inflexão decisivo no sentido construtivo; antes dele, a doutrina não passaria “na sua parte propriamente jurídica, de um amontoado mais ou menos confuso de soluções incoerentes, arbitrarias, de práticas empíricas [...] o direito administrativo constituía um ramo de direito, obscuro, cujo conhecimento supunha mais memória do que inteligência, sobre o qual não se podia escrever senão ‘a golpe de textos’” (*ibidem*, VII). O fim deste estado atribui-o Gaston Jèze –como se disse– a Laferrière (“enfim Laferrière vint!”), que teria sido o primeiro a “trazer ordem e método, a explicar as soluções da prática [...] por meio de ideias gerais, de princípios gerais que se encontravam por detrás de todas as soluções” (*ibidem*, VII). Realmente, idênticos propósitos se encontram já em Bonnin e, mais ou menos nitidamente, em qualquer dos predecessores de Laferrière.³³ Talvez este ensaio

³² Morre em 1901; *Cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1841-1846 (3.ª ed., 1850).

³³ Que ele próprio enumera: “Cormenin e Macarel foram os primeiros a dirigir a prática (*Principes de droit administratif par M. Cormenin*, 1818; Macarel, *Éléments de jurisprudence*, 1818); Gerando, Proudhon e Foucart abriram plenamente a via ao ensino deste ramo do direito (Gerando, *Programme du cours de droit public positif et administratif*, 1818; Proudhon, *Traité du domaine public*, 1833; Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 1841; agradecimento a Troplong e a von Mohl (que considerara o seu livro “um manual sistemático de direito público positivo”, *Cours* [...], pp. 4-5).

construtivo tenha sido mais vincado, porventura, pela influência que sobre ele possa ter exercido a doutrina alemã; mas, sobretudo, como celebrado membro do *Conseil d'État* (1841-1901); Laferrière fez extravasar esta preocupação pela sistematização para fora dos círculos académicos, nomeadamente para a alta jurisprudência administrativa. Assim, a doutrina administrativa dos finais do século abandonou de vez os traços de descritivismo e empirismo da do Segundo Império, passando a interessar-se sobretudo pelas grandes construções dogmáticas. Anselme Batbie³⁴ é a outra grande figura do período,³⁵ representando uma orientação mais atenta à realidade social do direito administrativo e, com isto, aproximando-se mais do realismo sociológico seu contemporâneo, representado, nomeadamente, por Léon Duguit.³⁶

1. De novo, em Portugal. A crítica do individualismo e a auto-confiança na função administrativa

Em Portugal, o ensino segue estreitamente os moldes franceses, procurando valorizar a prática jurisprudencial do Conselho de Estado (administrativo) (cujos acórdãos eram, entretanto, coleccionados, com anotações interessantes, por José Silvestre Ribeiro: *Resoluções do Conselho de Estado na secção de contencioso administrativo*, 1849-1858) e burocrática, abundando na descrição dos actos da administração e, eventualmente, tocando pontos de natureza doutrinária.³⁷

Entretanto, a influência sociologista – que iniciara um período de domínio quase indisputado na academia coimbrã – manifesta-se no

³⁴ 1827-1887; *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, 1861-1868, 8 vols.

³⁵ Outros autores importantes: Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1867-1870 (3 vols.); Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1862.

³⁶ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1924-1928; Maurice Hauriou, *Précis administratif et de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1892); Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rouseau, 1933.

³⁷ Sobre um paralelo aparecimento de periodismo especializado, de divulgação das práticas e da jurisprudência administrativa, ver Mário Reis Marques, "Références [...]", *cit.*, p. 244 ss. Sobre a justiça administrativa neste período, ver Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa*, p. 379 ss., *max.* 390 ss.

projecto de programa de curso de Manuel Emídio Garcia (1867)³⁸ e, depois, nas lições de J. F. Laranjo (*Princípios e instituições de direito administrativo*, editadas em 1888, e que serviram de compêndio, já que ele era então o professor).³⁹

Da época de Barjona de Freitas – que sucede a Laranjo – não se conhecem lições; mas daquele que, nesse mesmo tempo, exerceu praticamente as tarefas lectivas – Manuel Emídio Garcia – conheceu-se um texto – o *Relatório e voto especial sobre a organização do curso administrativo*, de 1867.⁴⁰ Embora não doutrinário, por ele já

³⁸ Que pretende incluir na disciplina uma série de conhecimentos oriundos das ciências não jurídicas e, sobretudo, exactas. O que também se justificaria por razões meramente técnicas. O ensaio de Garcia é suscitado pelo projecto governamental de criar um curso de administração, de carácter não predominantemente jurídico, contra o qual a Faculdade de Direito sempre reagiu fortemente, sobretudo por razões de política institucional (Maria de Fátima Ferreira, *A institucionalização* [...], 2005). "Não convém que do quadro das disciplinas, que devem constituir o referido curso administrativo, se eliminem os ramos das ciências naturais e de aplicação, estabelecidos na legislação citada para dele fazerem uma parte interessante; pelo contrário, se fosse possível, lhes adicionaria a química orgânica. Os motivos, que determinaram o legislador a introduzir no curso administrativo aqueles importantes ramos das ciências naturais e tecnológicas, sem que lhes parecessem estranhas ou de mui arredado parentesco e pelos quais eu ousou timidamente aventar opinião, em parte diversa daquela de que a maioria da Faculdade parece estar possuída, são bem patentes para carecerem de ser lembrados. Como porém no bem elaborado relatório se lhes não dá a necessária importância, suposto não sejam de todo esquecidos, tendo sido este, por minha iniciativa, um dos pontos mais debatidos no Conselho da Faculdade, pois no primeiro parecer da respectiva comissão eram eles de todo excluídos, havendo ainda quem em boa fé o pretende e quer persuadir [...], *ibidem*, p. 4. [...] Tratando-se pois de organizar um curso especialmente destinado para servir de habilitação científica e profissional aos que pretendam dedicar-se à carreira da administração pública, a cuja acção imediata, ou pelo menos vigilância e inspecção, estão por lei sujeitos e confiados tão caros interesse dos povos e do estado, há-de autorizar-se a ignorância dos ramos da ciência e das regras tecnológicas que lhes dizem respeito, eliminando ou reduzindo no quadro dos seus estudos o que o legislador tão sabia e prudentemente estabeleceu, palpitando as necessidades da vida prática, que lhes pareceram dignas de ser atendidas, pondo em relação com elas as habilitações científicas dos candidatos a magistratura administrativa?, *ibidem*, p. 5. [...]. Depois de descartar uma série de matérias jurídicas, de natureza mais ou menos filosófica, destaca a importância da tradicional "polícia", do contencioso administrativo ("enquanto existisse"), de alguns pontos de direito civil, do direito eclesiástico, dadas as funções administrativas que incumbiam aos párocos (*ibidem*, p. 12).

³⁹ Guimarães Pedrosa, *Sciencia* [...], p. 16, nota 1.

⁴⁰ Sobre esta tentativa de criar um ensino universitário visando a formação de funcionários, ver Maria de Fátima Moura Ferreira, *A institucionalização do saber jurídico* [...], *cit.*

se deduz qual seria a sua orientação pedagógica e científica. O próprio autor a explicita, no prefácio a um trabalho de estudantes seus: “na qualidade de professor de ciência da administração e direito administrativo, temos, vai em doze anos, aproveitado uma grande parte do tempo lectivo na exposição das doutrinas sociológicas segundo os princípios da filosofia positivista de A. Comte”, professando, ainda, como um dever de consciência “iniciar as novas gerações, que frequentam a Faculdade de Direito da Universidade, no método e aplicações da nova filosofia, e prepará-los com os princípios gerais da sua doutrina” (*Estudo sociológico para a 7a. cadeira da Faculdade de Direito [...] por uma comissão eleita pelo curso do terceiro anno da mesma Faculdade [...]*, Coimbra, Imprensa Académica, 1880, pp. X-XI).⁴¹

Discutindo –sem grande originalidade– as lições correntes em França, Laranjo salienta a já referida inovação representada pelo direito administrativo em relação ao garantismo da dogmática civilista, como explicação para a dificuldade e atraso do desenvolvimento do direito público, fundado, pelo contrário, na prerrogativa estadual (*ibidem*, 7). A fraqueza do direito administrativo resultava justamente de que a dogmática do direito privado capitalizava a estabilidade doutrinal do direito da sociedade corporativa e, depois, da sociedade liberal, baseado na garantia dos direitos e na estabilidade das situações, enquanto que “o direito administrativo é obra dos governos, que muitas vezes se determinaram mais por influências arbitrárias de momento”, impedindo a consolidação doutrinal e fomentando aquela dispersão dogmática de que muitos juristas se queixavam (*ibidem*, 16), tanto mais que o *Policeyrecht* nunca fora objecto de uma elaboração dogmática semelhante ao da tradição romanística. Talvez por isso mesmo, as matérias administrativas eram desprovidas de

uma dignidade própria, sendo, em contrapartida, para as matérias de direito civil que se encaminhavam os “cérebros de elite”.⁴²

E, no entanto –salienta-o também–, haveria boas razões para libertar o direito administrativo dos estritos limites da lei, dando-lhe critérios mais permanentes e doutrinalmente averiguáveis, ao mesmo tempo que se lhe permitiria uma maior ductibilidade da sua aplicação prática. Na verdade –explica– “além da parte importante que tem na função política, o poder executivo tem duas outras funções muito distintas dela: uma, que se pode dizer reflexa, determinada pelo exercício do poder legislativo –a da aplicação das leis de interesse público– aplicação que, como diz Blunstchli, nem sempre é uma simples execução, porque muitas vezes a lei só marca o quadro dentro do qual a administração se move livremente; outra de iniciativa própria, a de velar pela manutenção do direito e do interesse social, mesmo quando a lei é omissa, por isso que esta, por sua natureza geral, não pode prever tudo, e é muitas vezes necessário prevenir ou reparar acidentes” (*ibidem*, 8).⁴³

Não é preciso realçar a importância da porta que com isto se abre. A doutrina administrativa vai poder, mais uma vez, mas em termos novos, substituir-se ao legislador, remetendo para um direito que está por cima da lei e que Laranjo define como “manutenção do direito e do interesse social”. Na verdade, anuncia-se aqui aquele jusnaturalismo paradoxal que caracterizará a escola realista: por cima do direito, está a realidade das coisas –nomeadamente o princípio da solidariedade social em que a sociedade se fundaria, e que será abundante e eficazmente teorizado por Durkheim.⁴⁴ Por via diversa, renovava-se a situação que escandalizara Tocqueville, ao constatar, justamente na sua recensão ao administrativista Macarel,⁴⁵ que, fossem quais fossem os constrangimentos, de sentido liberal, postos pelos “direitos”

⁴¹ As lições de Laranjo têm, como era comum então, uma história bibliográfica confusa. Publicou, litografadas, umas *Lições de direito administrativo para o curso de 1882 a 1883*, Coimbra, Lyth. Académica (com um âmbito mais vasto do que a obra citada, pois esta, conforme o seu autor, se encontrava, ainda, em elaboração, segundo o habitual sistema dos fascículos). Merêa anota ainda a existência de uma “sebenta” de 1888/1889, existente na Biblioteca Municipal da Figueira da Foz, que não pude consultar.

⁴² Cf. Marnoco e Sousa, Alberto dos Reis, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, Coimbra, F. França Amado, 1907.

⁴³ Anoto, de passagem, como o destaque atribuído a esta mobilidade das coisas públicas e a necessária ductilidade da decisão administrativa, confirmavam, a contrario, o mito da estrita vinculação do juiz –um outro aplicador do direito legislado– à lei.

⁴⁴ Emile Durkheim (1858-1917), *De la division du travail social*, p. 893.

⁴⁵ Cf. Nota 18.

ao crescimento do poder executivo –ao Estado, digamos–, os juristas, só por si, nos seus artigos doutrinários, mas sobretudo nessas máquinas de produção dogmática industrial que são os manuais e os códigos comentados, se iam encarregando de construir o direito administrativo invasivo de que os círculos governamentais necessitavam. As razões para isso não eram obscuras: muitos juristas participavam tanto do ambinete académico como, enquanto membros de comissões legislativas ou consultivas da administração, do ambiente burocrático.

Esta necessidade de flexibilidade em relação aos cânones do direito escrito era ainda reforçada pela imensidão da função administrativa: vasta e muito de discricionária, agrupando diversíssimas funções. A “função jurídica ou de polícia, que consiste em a administração vigiar ou limitar a liberdade dos indivíduos no uso das suas faculdades e das coisas, harmonizando-a com o direito e o interesse de todos” (a “polícia de segurança, secreta e pública, de pessoas e propriedades, e a polícia higiénica, de estabelecimentos, de boticas, portos, ruas, fábricas, minas, etc.”). A “função económica ou de gestão, que consiste em realizar “aqueles serviços e obras que, por serem de utilidade comum, não podem ou não devem ser feitos pelos particulares [...], [compreendendo] ainda os serviços relativos a impostos”. A “função moral ou do auxílio, que consiste em [...] auxiliar, em virtude da solidariedade social que existe entre os membros todos de uma nação, aqueles que [...] não podem sustentar-se sem esse auxílio. Compreende a beneficência pública [...] nos seus diversos ramos: expostos, abandonados, enfermos, inválidos, inundações, incêndios, tremores de terra, etc.”. A “função do progresso ou de iniciativa e direcção, que consiste em a [...] iniciar e atrair a sociedade para todos os melhoramentos intelectuais necessários e compatíveis com as suas forças [...]. Compreende a instrução nas suas diversas formas: escolas, academias, museus, teatros, exposições, conferências, etc.” (*ibidem*, 12).

O plano de estudos de José Frederico Laranjo é predominantemente descritivo das instituições centrais e locais (*ibidem*, 20). A bibliografia indicada inclui as lições dos anteriores regentes, os códigos administrativos e alguma literatura nacional mais evidente.⁴⁶

⁴⁶ O livro de Joaquim Thomaz Lobo d'Avila, *Estudos de administração*, Lisboa, Typographia Universal, 1874, algumas revistas, as *Resoluções do Conselho de Estado na*

A questão da centralização polariza uma parte significativa da exposição (cf. *ibidem*, 29 ss.). Correspondentemente ao novo rumo que o direito público estava a tomar –mais atento à eficácia do que à representatividade–, a descentralização é apresentada como um corolário daquela imediação e presteza que deveriam caracterizar a acção administrativa, e não tanto como uma maneira de fomentar a representatividade democrática das instituições (*ibidem*, 26). O mesmo descuido pela democraticidade da acção administrativa –agora no aspecto do estabelecimento de controlos e garantias dos administrados– revela-se na forma tibia como aparece proposta a doutrina do contencioso –a que o autor dá também um certo desenvolvimento–, já que se considera suficiente que os tribunais administrativos de segunda instância não tenham propriamente jurisdição, “formando simplesmente consultas e projectos de decreto, que o poder executivo pode ou não aprovar [...]”.⁴⁷ E justifica: “Pode parecer à primeira vista que o tribunal administrativo de segunda instância sem jurisdição própria é o mesmo que não existir; [porém,] a consulta do tribunal exerce sobre o governo uma autoridade moral, que ele raras vezes se atreverá a contrariar, e que, quando a contrariasse, esclareceria o parlamento e o público para perguntarem os motivos por que a consulta não se homologara, mas se reformara” (*ibidem*, 35).⁴⁸

2. O apogeu do estadualismo

Em 1901 (dec. 24.12), a designação da cadeira passa a *Ciência da administração e direito administrativo* (3o. ano, 9a. cadeira), separada da 13a. cadeira do 4o. ano, para a qual Guimarães Pedrosa prepara um manual (desde 1904-1905), que se converte em livro em 1908-

Secção do Contencioso Administrativo, de José Silvestre Ribeiro, bem como a principal bibliografia francesa (Bonnin, Vivien, Durocq, Aucoc, Pradier-Fodéré) e espanhola (Manuel Colmeiro, Marcelo Martínez Alcobilla) e belga (A. Giron) [...]: J. F. Laranjo, *ibidem*, p. 21).

⁴⁷ Era essa a legislação em França até 1872 e, em Portugal, até 1878, ano em que, lentamente, as decisões do STA começam a ter força executória definitiva, deixando de estar sujeitas a homologação governamental, situação que só terminará em 1924 (cf. Guimarães Pedrosa, *Curso [...]*, cit., “Apêndice. Contencioso administrativo”, p. 31).

⁴⁸ Sobre a história da justiça administrativa, Mário Reis Marques, “Sur l’histoire de la justice administrative [...]”.

1909 (*Curso de sciencia da administração e direito administrativo. I. Introdução e Parte I (Parte geral) e Parte II. Serviços administrativos*).⁴⁹

O autor começa por realçar o crescente envolvimento do Estado na vida social, tornando patente que a primitiva agenda do direito administrativo e da ciência da administração entretanto mudara profundamente. Não se tratava mais de compatibilizar a acção do Estado com os direitos dos indivíduos; tratava-se, sim, de encontrar novas fórmulas jurídicas compatíveis com esta aparentemente inexorável ingerência do Estado na sociedade, expressa, nomeadamente, numa “multiplicidade assombrosa de serviços públicos”: “Fica indicado o título da disciplina de que nos ocupamos —ciência da administração e direito administrativo—, fórmula simples, mas vastíssimo e complexo o objecto que ela abraça. A administração atingiu importância culminante na vida dos Estados modernos com a sucessivamente crescente intervenção dos poderes públicos nas variadíssimas relações sociais, e nenhum outro dos ramos jurídicos tem multiplicado e desenvolvido mais os aspectos das suas aplicações práticas. Não só muitos institutos administrativos são de origem recente, mas ainda muitos deles estão sujeitos a mudanças contínuas por virtude das agitações sociais do actual momento histórico” (*ibidem*, 18).

Este é, agora, um traço estrutural com que o direito administrativo terá que contar e cujas consequências —mesmo dogmáticas— serão de primeira importância:

- diversificação da forma de organizar a realização das funções administrativas —avultando, nomeadamente, a concessão de serviços a entidades privadas;⁵⁰

⁴⁹ Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, 359 p.+ (Parte II), 141 p.+ (Apêndice. Contencioso administrativo, 32 p.) (ed. utilizada). Novamente, uma história intrincada de edições: Existem (ou há notícia de terem existido): *Direito administrativo*, lições coligidas por José Moura e A. Portocarrero, 1894/1895; *Lições de direito administrativo*, coligidas por Ferreira Gomes e Daniel Rodrigues, 1896-1897. Por sua vez, a primeira edição do *Curso de sciencia administrativa* é de 1904-1905.

⁵⁰ Que merece, poucos anos depois, um tratamento monográfico: João Tello de Magalhães Collaço, *Concessão de serviços públicos*, 1914.

- importância crescente do regime dos funcionários, cada vez mais numerosos, e cujo estatuto tem que ser regulado sistematicamente e tendo em consideração a sua especificidade de trabalhadores ligados ao Estado (ao interesse público) por uma especial relação de dependência;⁵¹
- aparecimento de novas formas de valorização do domínio público, em função de inventos tecnológicos como os aproveitamentos hidro-eléctricos, o uso do espaço hertziano, etc.;
- diversificação do estatuto dos entes encarregados de funções públicas, alguns com estatutos personalizados (institutos públicos), outros obedecendo a regimes administrativos especiais (empresas públicas, fundações públicas), outros participados ou integralmente compostos por privados (órgãos de coordenação económica, consórcios mistos, entes privados de interesse público), outros, ainda, dotados de pronunciada autonomia (órgãos autárquicos).

Tudo isto constituía um novo mundo a regular juridicamente, envolvendo complicados problemas de dogmática, sobretudo se se tentasse manter os quadros das teorias clássicas, quer do direito público, quer do direito privado.

Na Itália e na Alemanha —de onde agora vem a principal inspiração doutrinal, no segundo caso por via italiana ou de alguma tradução francesa, como a de parte da obra de Otto Mayer—⁵² as consequências doutrinárias desta constatação do significado estrutural do crescimento da administração tinham sido enormes, tocando pontos centrais da dogmática publicística.

Assim, a autonomização do Estado pela publicística tardo-otocentista⁵³ transfere de novo a soberania para o Estado, como uma

⁵¹ Ao assunto já é dada uma desenvolvida atenção por parte de Guimarães Pedrosa; mas será monograficamente tratado por Fezas Vital, *A situação dos funcionários*, 1915 e Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos funcionários — Estatuto legal*, 1915.

⁵² *Le droit administratif allemand*, avec une préf. de H. Berthélemy, ed. française par l'auteur, Paris, Girard, 1905.

⁵³ Em Itália, a partir de Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo*, 1901. Segundo um estudo que tenho em curso, é também por estes anos que as referências bibliográficas das bibliotecas da Universidade de Coimbra —até aí quase exclusivamente

“estrutura original”, não dependente do contrato da sociedade civil: “É aqui que a administração pública é chamada a desenvolver o seu papel decisivo [...] sob a forma de ‘administração’,⁵⁴ de um acto de império original. Sobre este núcleo essencial vêm a sobrepor-se, depois, a legislação e a jurisdição, que acrescentam e complicam a estrutura e as funções do Estado, mas não determinam a sua essência, que é e continua a ser *administrativa* [...]. Esta parece ser a versão do Estado de direito que prevalece desde os finais do séc. XIX até aos nossos dias; e esta é, nas suas linhas fundamentais, a *doutrina do Estado administrativo*”,⁵⁵ em que, portanto, a administração acaba por desempenhar o papel de uma verdadeira constituição.

Se assim é, o advento do Estado administrativo não se limita a reforçar o conceito de “poder governamental” – de que alguma doutrina publicística portuguesa começa a estar consciente pelos finais do séc. XIX, inícios do seguinte;⁵⁶ este deslocamento do lugar da soberania provoca, do mesmo passo, a deslocação do lugar da cidadania e dos respectivos direitos que a tutelam. E, assim, também o lugar da constituição (cujo papel passa a residir também –ou principalmente, como defende M. Fioravanti– no direito administrativo). Esta situação foi, segundo sugere M. Fioravanti numa obra modelar sobre estes autores,⁵⁷ a do Estado Italiano do período giolittiano (1896-1914; Giovanni Giolitti, 1842-1928), em que a permanência e papel condutor da administração, fortalecida e renovada com um leque alargado de instrumentos de intervenção pública

francesas– começam a ser complementadas por bibliografia italiana. Nomeadamente, o *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, de V. E. Orlando, é adquirido em fascículos a partir de 1898.

⁵⁴ A expressão alemã *Verwaltung* (*walten* significa “dominar”, “reinar”) tem conotações imperiais que se perdem na tradução.

⁵⁵ Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, p. 561; mais desenvolvidamente sobre o conceito e a sua génese “Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera giuridica di Santi Romano”, em Maurizio Fioravanti, *La scienza* [...], cit., pp. 405-449.

⁵⁶ Cf. José Tavares, *O poder governamental no direito constitucional português*, Coimbra, 1909.

⁵⁷ *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 vols.; sempre a acompanhar com o tratamento, mais sintético, mas igualmente muito impressivo, de L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit.

–sob a guia de um político liberal que, ele mesmo, viera das fileiras da alta administração– compensou a ausência de projectos ao nível da alta política do governo, permitindo a ampla transformação de uma Itália rural na Itália industrial. Como escreve M. Fioravanti, “o próprio governo, na nossa [italiana] doutrina do Estado administrativo, é bem confinado ao papel de um executivo dominado pela presença institucional da administração, de modo a configurar os seus poderes de direcção mais no plano de uma espécie de alta administração que no de uma verdadeira e própria direcção política apoiado pelas forças da maioria” (*ibidem*, 563). Ainda hoje, para muitos, a Itália continua a ser o exemplo de um país⁵⁸ em que o êxito social e económico não é comprometido pela instabilidade e vazio da política, à custa da permanência de uma administração forte, relativamente autónoma, tanto frente ao parlamento como aos próprios governos.⁵⁹

A cidadania é agora, antes de mais, a pertença a um mundo político (bem) organizado. Os seus direitos não se relacionam mais com a participação no contrato ou com a defesa dos direitos dele decorrentes, mas antes devem garantir que a organização político-administrativa seja boa: benéfica, eficaz, transparente. A existência destes direitos diferencia, afinal, o Estado administrativo do Estado de polícia, cujo ideal de fazer a felicidade de todos era idêntico, mas que não incorporava o direito de todos a participarem na definição dessa felicidade nem, sobretudo, o controlo dos meios estaduais de a realizar. O Estado, que se poderia classificar de totalitário em face das suas finalidades e âmbito de acção, teria deixado agora de o ser em face do reconhecimento dos novos direitos de cidadania. Estes, todavia, têm que ser concebidos como algo mais do que exigências de cumprimento das leis que o Estado edita para regular a sua actividade – como no Estado de Direito; antes, sobretudo, como direito

⁵⁸ Como o é também a IV República francesa.

⁵⁹ A experiência portuguesa do mesmo período parece divergir substancialmente disto, justamente pela debilidade de uma “constituição administrativa”, não tanto por uma relativa instabilidade do pessoal administrativo dirigente, mas pelo deficiente equipamento da administração para uma função administrativa realmente dirigente. Embora falem ainda estudos empíricos que comprovem esta hipótese, os resultados sugerem-na. O Estado administrativo virá mais tarde, embora não autónomo, antes tutelado por um Estado politicamente autoritário. O que, em termos de modelo, o descaracteriza.

ao cumprimento de cânones materiais de bom governo definidos pelo grande curador do bem público.⁶⁰ A aferição do cumprimento destes desígnios pode estar entregue a mecanismos de recurso administrativo (nomeadamente gracioso ou quase contenciosos [ou seja, de um contencioso interno à administração]) ou mesmo ao parlamento; mas a função destes órgãos ficava limitada à apreciação de questões de eficácia governativa e não aos grandes princípios jurídico-constitucionais – que, esses, “não se discutem” (totalitarismo dos Estados de bem-estar não democráticos). Daí que seja preciso chegar a meados dos anos '20 do séc. XX para que o governo se tenha que vergar às decisões dos tribunais administrativos. Mas as coisas vão, ainda, regredir com os Estados autoritários que hão-de vir. O exemplo típico poderia ser o do Estado corporativo português, sobretudo na sua fase “marcelista”. O seu mentor, não por acaso, sai das fileiras dos professores de direito administrativo, sendo mesmo sensível à necessidade de garantias administrativas; aparentemente, estas eram mesmo mais importantes do que as garantias políticas, com cuja ausência as primeiras poderiam bem conviver.

Em Itália, a primeira consequência que se tirou desta transformação estrutural do Estado quanto à reforma da correspondente dogmática foi a da necessidade de uma refundação da dogmática publicística, no sentido, desde logo, de a autonomizar da que dominava a pandectística do direito privado. O passo não era nem pequeno, nem pouco traumático. Na verdade, embora sentindo que isso era exigido pela natureza mesma do seu objecto de estudo, os publicistas viviam desde há décadas na nostalgia da ciência jurídica dos privatistas, essa enorme mole doutrinal aparentemente homogénea, certa e segura, que se estabelecera já com o direito romano. O esforço de a rejeitar e refazer – de construir uma ciência própria, mas que a imitasse na sua majestosa permanência – justificava-se para levantar a hipoteca de trabalhar numa elaboração doutrinal que estivesse sempre dependente, ou de considerandos filosófico-políticos, ou dos dados efémeros da

⁶⁰ Em sentido não muito diferente – embora salientando mais a importância da “estabilidade” (e, logo, de uma certa justiça, como neutralidade), O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrechts*, vol. I, pp. 172-173.; também, M. Fioravanti, *La scienza [...]*, cit., vol. I, pp. 479.

legislação e da sua exegese. V. E. Orlando punha o problema dramaticamente, logo em 1889, ao perguntar-se se seria alguma vez possível construir “um direito público”, sem que a ideia de, por exemplo, “personalidade do Estado” – uma noção por ele perseguida como pedra basilar de uma construção jus-publicística que emancipasse o Estado dos pressupostos doutrinários contratuálistas – “esteja tão clara, seja tão habitual, como pode ser o conceito de obrigação para o direito privado?”⁶¹

De um ponto de vista externo ao discurso dogmático dos juristas, parece-me que, por detrás desta nostalgia pela certeza da privatística, estão duas questões mais profundas. Uma – de natureza filosófica – é a crença numa lógica material do direito, que faria com que, antes das considerações filosófico-políticas – mas, sobretudo, antes das leis –, estavam “entidades [jurídico-conceptuais] reais, cuja existência e cuja genealogia se tornaram conhecidas [dos juristas; no caso, dos juristas romanos] por meio de um longo e íntimo trato, sendo por isso que o seu procedimento tem uma segurança que não se encontra senão na matemática, podendo dizer-se sem qualquer exagero que eles fazem um verdadeiro cálculo com os seus conceitos”.⁶² Mas, depois, ocorre também meditar – seguindo as pisadas de P. Bourdieu nos seus clássicos ensaios sobre as lutas pela hegemonia simbólica nos campos do saber e sobre os caminhos entre o saber e o poder –⁶³ que a recondução do direito a uma ciência liberta da filosofia política, da política *tout court* e da vontade dos políticos reunidos em parlamento, representava uma estratégia decisiva (geralmente interiorizada e frequentemente consciente) para os juristas académi-

⁶¹ *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, cit. por M. Fioravanti, *La scienza [...]*, cit., p. 25.

⁶² A frase é de Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

⁶³ La force du droit. pour une sociologie du champ juridique, *Actes de la recherche en sciences sociales* (1986-09) n. 64, pp. 3-19; “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”, <http://www.ub.es/dptscs/textos/BOURDIEU%20-%20Los%20juristas.pdf>. Cf. “*Espiritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático*”, em (http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Espiritus_de_Estado_bourdieu.htm). Para uma bibliografia mais geral, <http://www.massey.ac.nz/~nzsda/bourdieu/pierre.htm>; <http://www.iwp.uni-linz.ac.at/lxe/sektktf/bb/HyperBourdieu.html>; <http://www.hommoderne.org/societe/socio/bourdieu/>.

cos; estratégia que, levada a cabo com êxito, os traria de novo, para o proscénio do poder político.

A personificação do Estado foi um desses dogmas novos de direito público, perseguido —nomeadamente por V. E. Orlando— como um objectivo teórico fulcral: permitia, por um lado, libertar o Estado da natureza de um mero reflexo da Nação ou do povo; e, por outro lado, dissimulava as impuras origens (psicológicas, sociológicas, mitológicas, irracionais) da vontade do poder, dando-lhe uma natureza jurídica e, por isso, lógico-racional, axiomática, meramente pensada. Para além de que, tratar o Estado como uma “pessoa” era adoptar uma categoria familiar à doutrina estabelecida, permitindo colher daí sugestões para uma construção dogmática (autonomia, capacidade, requisitos da vontade e da declaração, responsabilidade, distinção em relação a um património, etc.); salvas, sempre, as inevitáveis especificidades de esta nova e grande Pessoa.⁶⁴ Por isso, a doutrina da personalidade jurídica do Estado foi tão facilmente aceite pela jus-publicística alemã (de Gerber ou de Laband).⁶⁵

Porém, ainda aqui, a proximidade civilística constituiu um obstáculo para alguns. Foi também por este excessivo conúbio com a pandectística civilizante da “teoria geral do Estado” (a *Allgemeine Rechtslehre* que se instituíra em juspublicística oficial dos juristas do *Reich*), que Otto Mayer dela se distancia, recusando esta sua categoria básica, a da personificação do Estado. Porque, para ele, mais do que os elementos *estáticos*, antes referidos, que a civilística tinha valorizado ao tratar do conceito de pessoa, a O. Mayer⁶⁶ —consciente das novas funções activas, freneticamente fabricantes do Es-

⁶⁴ Para uma descrição detalhada e profunda do *iter* de Orlando até ao conceito de personalidade jurídica do Estado, ver Maurizio Fioravanti, “Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)”, em M. Fioravanti, *La scienza* [...], vol. I, p. 118 ss.

⁶⁵ Cf. E.-V. Heyen, “Positivistische Staatsrechtstehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers, *Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Politico Moderno*, vol. 8, 1979, p. 275 ss.; Maurizio Fioravanti “Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo”, *La scienza* [...], p. 451 ss.

⁶⁶ “Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht”, em *Festschrift für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestag der Doktor-Promotion*, vol. I, Tübingen, 1908, p. 1 ss.

tado (Estado-*Unternehmer*, Estado-*Maschine*, expressões que também ocorrem na jus-publicística portuguesa dos finais do séc. XIX [Marnoco e Sousa, Guimarães Pedrosa])—, lhe interessavam antes elementos activos (como “objectivos”, “finalidades”, “funções”, “processos e técnicas”, “não homogeneidade”, “ligação [e não separação] funcional e essencial a um património”, etc.). Pela mesma razão “realista” —somada a um outro realismo quanto ao problema de saber quem manda sob a veste do Estado— é que, em França, pela mesma época, Léon Duguit segue os mesmos caminhos, desreificando o Estado, despromovendo-o de uma pessoa jurídica a uma “função” (administrativa) de poder, desagregada numa multidão heterogénea de “actos jurídicos”, como expressões tópicas e variadas dessa vontade unilateral e impositiva de poder. Pessoa, isso era demais; apenas função, desagregável numa série de actos, embora conjunturalmente unidos pela sua natureza de manifestações de poder (de um grupo dirigente). Tudo o resto de que os juristas dogmáticos se ocupavam parecia, a um e a outro, “constructions métaphysiques” ou “Luftgebäude” [construções aéreas, moinhos de vento]. Se o Estado é “de direito”, não é por ser uma pessoa jurídica (e, por isso, essencialmente racional, coerente e monótona nas suas decisões); será mais (e na justa medida em que o possa ser) por necessitar do direito para se organizar internamente de forma durável, como já acontecera com o Estado de polícia.⁶⁷

3. O método sociológico no direito administrativo

O método de Guimarães Pedrosa —que já escreve depois de quase toda esta doutrina italiana, alemã e francesa se ter manifestado—,⁶⁸ sendo bastante apto para a observação e o diagnóstico das disfunções

⁶⁷ Cf. Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico* [...], vol. I, p. 461.

⁶⁸ O grande tratado *Deutsche Verwaltungsrecht*, de Otto Mayer, foi publicado em 1895/1896; o *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, começa a ser publicado em 1897, sendo comprado pela Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, a partir de 1898; os manifestos de Léon Duguit “Des fonctions de l’Etat moderne”, *Rev. intern. de sociologie*, 1894; *L’Etat, le droit positif et la loi positive*, Paris, 1901, também já tinham aparecido; o seu *Manuel de droit constitutionnel* aparece em 1911.

e das realidades, não era o mais adequado para a terapêutica normativa. De facto, a sua inspiração metodológica de raiz era, fundamentalmente, de origem naturalista ou sociológica. Que, evidentemente, era fundamental para diagnosticar, com base nos factos e não em teorias ou hipóteses simplesmente ideadas, o que se estava a passar. Mas que não desenvolvera uma metodologia dogmática, construtiva, conceitual, que pudesse satisfazer os juristas clássicos. Realmente, não se tratava tanto de uma impossibilidade, em absoluto, de encontrar soluções razoáveis; tratava-se, antes da impossibilidade de poder justificar essas soluções nos quadros de um discurso essencialmente formalista, conceitualista, normativista, tal como o que a pandectística tinha tornado (exclusivamente) aceitável nas escolas de direito. Ou seja, as suas dificuldades relevavam de uma questão que dizia sobretudo respeito à sociologia dos saberes.

A influência sociológica (propugnada na própria lei de reforma dos estudos jurídicos de 24.12.1901) é notória, logo desde o início. Pedrosa começa o curso por anunciar que se afastará de uma estéril atitude exegética e que se orientará por uma sólida armadura doutrinal:⁶⁹ “procurando principalmente apresentar um sistema de princípios e fugindo da subordinação ao critério exegético, pois que a exegese só pode ser útil, se for esclarecida por uma robusta preparação de princípios; não deixaremos entretanto de expor o estado actual da legislação e até mesmo as soluções da jurisprudência, quando a oportunidade o pedir” (*ibidem*, 18). O ponto estava em que, ao falar de princípios, Pedrosa se referia agora, sobretudo, aos “têm sido estudadas pelas ciências sociais” (*ibidem*, 22). A questão era essa: os princípios não eram apenas (ou principalmente) os do direito. Do que se tratava era, antes, da “vantagem, e até necessidade, de firmar noções fundamentais, de indicar princípios e leis sobre a natureza e estrutura da sociedade e do Estado, de conhecer a razão da

⁶⁹ Obras-teóricas inspiradoras: Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 3a. ed., 1892; Loria, *Diritto amministrativo*, Milano, Ulrico Hoepli, 1891; Punturo, *Diritto amministrativo*, Caltanissetta, 1891; Persico, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Giuseppe Marghieri, 1872; V. E. Orlando, *Primo trattato completo de diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, t. 1, 1900; Brunialti, *Diritto amministrativo*, 1904; Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, L. Larose & Forcel, 2a. ed., 1893.

sua existência e o seu aspecto jurídico, de atender aos fundamentos e modos de ser do seu poder soberano, de estudar as formas ou manifestações da sua actividade, de percorrer enfim matérias, que, com quanto não estejam compreendidas nos limites precisos do ramo científico que nos ocupa [o direito] e antes constituam conteúdo próprio de outras ciências, são todavia, além de antecedente lógico, preliminar conveniente em um curso regular de ciência da administração e direito administrativo” (*ibidem*, 23).

A obra de Guimarães Pedrosa refere, com alguma rapidez e superficialidade, toda esta polémica conceptual que se desenvolvia na Europa ocidental, a propósito dos conceitos básicos da doutrina do direito público. Mas tudo aparece, em geral, pouco problematizado, desenhado a traço grosso, não sendo claro que as implicações, para cima e para baixo, de cada uma das posições estejam presentes no espírito do autor. Ou, pelo menos, que ele ache importante transmitilas ao público no âmbito de um “manual” destinado fundamentalmente ao ensino.⁷⁰ Ao lado dos conceitos sociológicos a que antes se refere, ele parece incorporar também modelos dogmáticos de origem privatista – por exemplo quando esboça uma teoria das relações administrativas (*ibidem*, 201 ss., *max.* 219 ss.), abrangendo os agentes (p. 223 ss.); [mas não o objecto] e a garantia (se é que a isso poderia corresponder a secção dedicada ao contencioso, III parte). Porém, este modelo parece ter mais a ver com uma mera sistematização da apresentação das matérias, do que de uma implicação metodológica profunda. E, por outro lado, a questão da difícil compatibilidade deste modelo construtivo de inspiração civilística com a nova natureza eminentemente “pública” do Estado tão pouco aparece claramente salientada.⁷¹ É, porém, verdade, que alguma preocupação jurídico-dogmática se nota, nomeadamente no tratamento das matérias relativas aos funcionários, que –despoletado por questões que se prendiam com o movimento sindical dos funcionários públicos em França– aí vinham ganhando um apreciável investimento dogmático,⁷² tendo

⁷⁰ Lembremos as considerações de Macarel sobre a manualística (cf. Nota 18).

⁷¹ Ao discutir muito brevemente a questão da personalidade do Estado, o proscénio é ocupado pela discussão da sua compatibilidade com as teorias sociológicas (e não com os modelos dogmáticos de construir a relação de poder, cf. p. 70 ss.).

⁷² Cf. H. S. Jones, *The French State in question* [...], *cit.*

levado, nomeadamente, ao aparecimento da importante noção dogmática de “serviço público”, como destaca H. S. Jones.⁷³

4. Da soberania ao serviço público

Esta noção de “serviço público” virá substituir a de “interesse público” ou “interesse geral” na definição da natureza do acto administrativo:⁷⁴ o primeiro critério (interesse geral, interesse público) foi rejeitado como demasiadamente vasto e *out of date*. Pois os actos de gestão —que para Laferrière caíam [ainda] na jurisdição dos tribunais ordinários— passaram a ser definidos como ‘aqueles em que a administração realiza na qualidade de gestora e de intendente dos serviços públicos e como depositária de uma parte da soberania’.

É assim que a concepção privatística dos actos administrativos de gestão começou a ser atacada no início do século, apesar de continuar a ter alguns notáveis defensores, desconfiados deste alargamento da intromissão do Estado nos domínios da sociedade civil.⁷⁵ Ao mesmo tempo que se reagia também contra a despromoção do conceito de soberania do lugar de atributo distintivo do Estado para algo que também cobria actividades de muito menor dignidade. Foi, de facto, em 1903 que o *Conseil d'État* se julgou competente para decidir um recurso relativo a uma indemnização a pagar a um funcionário encarregado —veja-se!— de apanhar cobras (o caso *Terrier*), o que não era, naturalmente, uma manifestação tradicional da autoridade soberana do Estado. No entanto, em 1904, já Jean Romieu (1858-1953) adopta a ideia de serviço público, compreendendo também os actos de mera gestão do Estado, como critério definidor da natureza do acto administrativo: “Quer se trate de interesses nacionais ou de interesses locais, no momento em que se está em presença de necessidades colectivas a que as pessoas públicas devem acorrer, a gestão destes interesses não pode ser considerada como regida necessariamente pelos princípios do direito civil que regem

⁷³ H. S. Jones, *The French State* [...], cit., p. 86.

⁷⁴ Cujo defensor mais autorizado era Laferrière.

⁷⁵ Mesmo que esta recusa da generalização do carácter administrativo (público) os obrigasse a ter que admitir que, em princípio, também os funcionários públicos “de gestão” deveriam ter direito à greve, como os empregados privados.

os interesses privados; pelo contrário, em si mesma, ela tem um carácter público, constituindo um ramo da administração pública em geral e, nesta medida, deve pertencer ao contencioso administrativo”.⁷⁶

O que estava em causa, quando se desliga a actividade do Estado do conceito de soberania era, paradoxalmente, dignificar *toda a actividade do Estado*, qualquer que ela fosse, conferindo a toda ela um regime jurídico que a distinguisse da actividade dos privados. Era esta a grande virtualidade da noção de serviço público.

O novo conceito fez fortuna, sendo já ele que organiza claramente a estrutura de alguns manuais muito lidos em Portugal, mesmo por estudantes, no início do século XX; típico disso é o manual de direito administrativo de Gaston Jèze.⁷⁷

Já outro jurista, altamente influente em Portugal, tinha dúvidas sobre o conceito de “serviço público” como central no direito administrativo, aparentemente pela erosão que causava a uma certa visão majestática do Estado. Refiro-me a Maurice Hauriou, cujo impacto —também em Portugal— se deve à sua maior imunidade a uma rígida concepção sociológica.⁷⁸ Hauriou (*La science sociale traditionnelle*, 1896) era um católico politicamente activo, desconfiado do Estado, como foi típico de doutrina política da Igreja desde a Revolução Francesa; daí a sua insistência no pluralismo normativo, numa certa desvalorização da lei, na proposta do conceito de instituição — não necessariamente como entidade sociológica (naturalista), mas também como entidade meramente ideológica, ou valorativa,⁷⁹ o que lhe permitia incorporar muitos elementos doutrinários oriundos da Escola

⁷⁶ Citada por Jones, *ob. cit.*, p. 90; que destaca a influência lateral que o surgir do conceito de serviço público teve em conceitos vizinhos como o de “domínio público”, tema também tratado pela doutrina portuguesa nos inícios do século XX (José Carlos Moreira, *Do domínio público*, 1931).

⁷⁷ Do qual possuo um exemplar que pertenceu a um estudante, sendo, aparentemente, por ele usado no estudo da cadeira de direito administrativo. Sobre Gaston Jèze, uma (demasiado) pequena nota em H. S. Jones, *The French State* [...], p. 92.

⁷⁸ Cf. H. S. Jones, *The French State* [...], p. 180 ss.

⁷⁹ “Uma organização social estabelecida em relação com a ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes e constitui, em si mesma, um estado de direito”; neste sentido, a autoridade de uma lei parlamentar não provinha, nem da vontade dos deputados, nem da autoridade do Estado, mas da força de uma instituição existente, estabelecida, aceite, habitual, para os governados.

do direito natural tomista. Em nome do realismo, não simpatizava com grandes inovações, nem sociais, nem doutrinárias; era (como o seu discípulo português, Oliveira Salazar) um homem do “viver habitualmente”. Daí a sua oposição às tentativas de uma completa renovação da ciência do direito público por L. Duguit, a quem ainda acusava de dissolver autoridade do Estado na mera força, quando atacava a ideia de personalidade jurídica (ou moral) do Estado, “o qual necessitava não apenas de poder coercivo, mas também de um elemento ideal, ‘o empreendimento da coisa pública’, a concepção do bem público”.⁸⁰

De novo em Portugal. O sucessor de Guimarães Pedrosa é Alberto da Cunha Rocha Saraiva, que publica lições em 1912-1913, 1913-1914 e 1914-1915.⁸¹ Beneficiando de elementos novos, provenientes, nomeadamente, do ensino de L. Duguit e de G. Jèze, Rocha Saraiva é um autor de transição, muito mais liberto da herança sociológica “naturalista” que moldara a perspectiva de Guimarães Pedrosa e mais atento aos desenvolvimentos dogmáticos do “segundo realismo” francês (M. Hauriou, R. Saleilles, G. Jèze), no sentido de uma superação da pandectística alemã de cunho privatista, mas também do “naturalismo” durkheimiano de Duguit.⁸²

A verdade, porém, é que a adaptação da doutrina pandectística ao mundo do direito público passava por uma sua completa reformatação.⁸³ Desde logo, porque se tornara indiscutido que a desigualdade

⁸⁰ H. S. Jones, *The State* [...], cit., p. 191. Os problemas de Hauriou com Duguit decorriam também da oposição do pensamento católico à sociologia naturalista, que negava o livre arbítrio, e ao cientismo, que punha em causa o valor cognitivo da fé; daí, a aproximação a várias formas de anti-intelectualismo, como o do *normalien* judeu Henri Bergson (que, pobre dele, acabou por entrar para o *Index* em 1914, por causa do seu “modernismo”).

⁸¹ Ambrósio Neto, Martinho Simões e José Fortes, *Direito administrativo segundo as preleções do Ex.mo Sr. Dr. Rocha Saraiva* [...], 1912-1913, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, 304 pp. + 40 pp. (“protecção e garantias contra a administração”); Augusto Oliveira, *Lições de direito administrativo, coligidas em harmonia com as preleções do Ex.mo Sr. Dr. Rocha Saraiva* [...] 1914-1915, Coimbra, Livraria Neves, 377 pp. Cf. ainda Domingos Simões Trincão, *Resumo de direito administrativo*, Coimbra, Livraria Neves, 1916.

⁸² O seu enquadramento teórico explicita-se no seu livro *A construção jurídica do Estado*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1912.

⁸³ Sobre o tema, L. Mannori, *Storia del diritto* [...], cit.

estava inscrita na matriz do próprio acto administrativo, como acto de autoridade, ao passo que toda a pandectística, provinda do direito privado, se fundava no equilíbrio (*Ausgleich*) entre as partes. E isto, como dissemos, tocava todos os institutos administrativos, desde o contrato à propriedade, desde a concessão de exploração às garantias e à jurisdição, bem como ao processo que a materializava.

São estas vias que a nova dogmática do direito administrativo vai percorrer. Tal como por detrás da pandectística se perfilava a *Weltanschauung* do mundo burguês, povoado de proprietários, teoricamente quase livres da intervenção estadual, o pano de fundo da nova doutrina administrativa é, pelo contrário, a de uma comunidade holística, ligada entre si não apenas por laços de solidariedade que se fundam na divisão social de trabalho e na mutualidade de serviços, mas também pela partilha de valores correspondentes a esta visão do mundo. E, sintetizando este estado das relações sociais, um mundo de serviços públicos, de que o administrado indispensavelmente carece e na teia dos quais se move. Realmente, as coisas sempre tinham sido muito mais assim do que tinham crido os liberais clássicos. Mas, agora, além da hegemonia no plano da prática, o Estado ganhara-a definitivamente também no domínio da ideologia, consumando um processo que se vinha a desenvolver logo desde o início do séc. XIX. E que explica porque é que, numa época tão tingida de liberalismo, de anti-estadualismo, de ideias descentralizadoras, federalistas e, até, anarquistas, nunca ninguém tenha tentado, a sério e conseqüentemente, desmontar a máquina do Estado.⁸⁴

V. A TEORIA DO ACTO ADMINISTRATIVO

Um exemplo paradigmático da reformatação da pandectística de direito privado exigida por esta mudança do pano de fundo ideológico

⁸⁴ Ver, sobre este paradoxo, Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004, max. p. 199 ss.; sobre a construção teórica do estadualismo pelos juristas da 3a. república, ver H. S. Jones, *The French State in question* [...], cit. Modelar, na nitidez da nova caracterização do direito público, é a obra de Léon Duguit (1859-1928), *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913. De realçar, todavia, que L. Duguit, un dreyfusard discreto e tido como um “républicain de gauche”, se recusou a aceitar —na esteira da doutrina alemã do “Estado de

co é constituído pelos esforços de reconstruir a dogmática do *acto administrativo*, no sentido de o libertar dos pressupostos privatísticos.

Segundo Marcello Caetano, a primeira vez que a expressão “acto administrativo” aparece na doutrina portuguesa é nos *Apontamentos de direito. Legislação e jurisprudência administrativa e fiscal*, Lisboa, 1883 (I, 38);⁸⁵ trata-se, porém, de uma expressão ainda desprovida do alcance dogmático que depois virá a ter. Aparece novamente nas *Lições* de Guimarães Pedrosa, de acordo com o seu curso de 1911,⁸⁶ aqui já por sugestão, seguramente, de Léon Duguit, que inaugurara o tema, em moldes novos —como diremos— em 1911. No seu afã de desmontar tudo quanto pudesse evocar e voluntarismo individualista, procura criar uma noção central que permitisse ligar todas as situações jurídicas a um acto de vontade do poder e, feito isto, distinguir os vários tipos de actos (“funções”) pelos quais o poder se impunha;⁸⁷ para isto, como ele recusava a noção de tradicional “poder” —entendido como “um fragmento de soberania”,⁸⁸ atribuído a

direito”— que o Estado fosse mais do que uma forma simplificada de designar “os que governam”. “Je parlerai d’État pour faciliter l’exposition, mais le lecteur veuille bien se rapeller que, pour moi, l’État ce sont les gouvernants” (*Traité de droit constitutionnel*, 2a. ed., vol. I, p. 547 (cit. Por H. S. Jones, *The French State* [...], p. 163. Nisto, permaneceu sempre fiel —sem desdouro do seu brilho como jurista— ao sociologismo das suas origens.

⁸⁵ Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo* [...], cit., vol. I, p. 426.

⁸⁶ Paulo Otero, *Direito administrativo* [...], cit., p. 75.

⁸⁷ Explicação: Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 86 ss. (funções do Estado como tipologias de actos do poder): “Par la fonction législative l’Etat formule le droit objectif ou le met en oeuvre; par la fonction administrative l’Etat crée une situation de droit subjectif ou conditionne par un acte individuel la naissance d’une situation légale; par la fonction juridictionnelle l’Etat constate l’existence et l’étendue d’une règle de droit ou d’une situation de droit, au cas de violation ou de contestation, et ordonne les mesures nécessaires pour en assurer le respect”, p. 101 ss. (o acto administrativo como critério de definição da função administrativa): “Il faut déterminer le caractère de la fonction administrative, comme nous l’avons fait pour la fonction législative, au point de vue purement matériel, c’est-à-dire au point de vue de la nature juridique interne de l’acte administratif, sans considérer le caractère de l’organe ou de l’agent qui fait l’acte. [...] L’acte juridique *stricto sensu* est toute manifestation de volonté conforme au droit objectif, donnant naissance à une situation de droit subjectif ou conditionnant la naissance d’une situation de droit objectif. Par suite, notre conception de la fonction administrative se résume en ceci: c’est la fonction par laquelle l’État fait des actes juridiques, c’est-à-dire exprime une volonté à l’effet de faire naître une situation de droit subjectif ou de conditionner une situation de droit objectif”.

⁸⁸ Conceito este que Duguit recusava como metafísico.

um órgão “de soberania”— e como não aceitava tão pouco a noção de personalidade jurídica do Estado —o que permitiria uma identificação *sub specie subjecti*—, Duguit necessitava de uma definição intrínseca (ou seja, não orgânica, não processual, não funcional). Assim, o acto administrativo seria “a declaração de vontade de um agente administrativo, conforme com a lei, e feita com o objectivo de criar uma situação subjectiva ou como condição de aplicação a um indivíduo de certos poderes ou de um estado legal”.⁸⁹ Note-se o cúmulo de evocações do interesse público e do seu titular na gestação de uma situação jurídica individual (eventualmente, puramente privada, já que Duguit recusa a noção de direitos subjectivos auto-criados).

Este filão é recebido, em Portugal, por Ludgero Neves,⁹⁰ por António Pinto de Meirelles Barriga,⁹¹ por Fezas Vital⁹² e por Magalhães Colaço.⁹³ Mais tarde, Marcello Caetano afina a doutrina, definindo a essência do acto administrativo como “a conduta voluntária⁹⁴ de um órgão da administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produz efeitos jurídicos num caso concreto”.⁹⁵

Esta nova orientação de dogmatizar, sob a égide da teoria de um Estado eminente, aquilo que já estava bem descrito pelo sociologismo, surge com pretensões dominantes em 1914, preparando já uma nova

⁸⁹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, vol. I, p. 233.

⁹⁰ *Direito administrativo (2o. ano jurídico)*, Lisboa 1916, col. por Artur de Campos Figueira.

⁹¹ *Nova técnica e construção jurídica do Estado: acto administrativo*, 1921. *Da validade dos actos administrativos e regulamentares*, Tese de doutoramento, Lisboa, Livraria Féris, 1921.

⁹² *Direito administrativo*, Coimbra, s. d.

⁹³ *Direito administrativo português*, Porto, 1924, lições coligidas por Carlos Moreira.

⁹⁴ O autor esclarece que não se tratará de uma vontade psicológica, mas de uma vontade funcional, uma vontade coerente com a lei e os objectivos públicos visados, o que —levando as coisas ao extremo, faz com que André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, acabe por prescindir totalmente da noção de vontade, mesmo do agente ou órgão administrativo, reduzindo o estatuto jurídico do acto administrativo a uma pura consequência da lei: “a vontade é a reunião de todos os seus elementos, ou seja, uma competência imputada pela lei”, pp. 105-106]. Esta conclusão, que corresponde à ideia de um funcionário que se torna na simples *longa manus* da lei, abre, em contrapartida, um maior campo à doutrina do abuso de poder e do desvio de poder.

⁹⁵ Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo* [...], cit., vol. I, p. 428.

geração de administrativistas (João Telo de Magalhães Collaço, *Concessão de serviços públicos*, 1914; Domingos Fezas Vital, *O acto jurídico*, 1914; *A situação dos funcionários*, 1915; Martinho Nobre de Melo, *O estatuto dos funcionários*, 1915; Marcelo Caetano, *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, 1932; e, sobretudo, *Manual de direito administrativo*, 1936-1937). É que o direito público, em geral, e, por consequência, o direito administrativo, tinham levado uma grande volta, a que já nos referimos. Todos devem muito ao realismo francês, nomeadamente a Léon Duguit e a Gaston Jèze⁹⁶ e —embora reneguem alguns dos seus pais-fundadores (o sociologismo comtiano e pós-comtiano, de que os realistas franceses eram tributários;⁹⁷ mas com o qual os seus discípulos portugueses em geral se amofinam bastante)— todos reagem, no plano ideológico e no plano conceitual, contra o contratualismo da pandectística oitocentista.

Mas a pandectística —com a pretensão de puro tecnicismo e de neutralidade social e político-ideológica— tinha as suas vantagens. É por elas que, doravante, todos tentarão fazer as pazes com a pandectística, adoptando o chamado “método jurídico”, procurando reduzir as questões da sociedade e da política a questões estritamente dogmáticas, fundadas na lei ou na elaboração conceitual que ela permitia. Para alguns, isto constitui uma espécie de redenção espiritualista, depois de uma geração (pelo menos) de redução naturalista dos valores a factos brutos. É claro, por isso, que as construções dogmáticas nasceram de agendas sociais concretas e têm pré-compreensões político-ideológicas, às vezes muito claras.⁹⁸ Mas têm também uma lógica específica que, frequentemente, condiciona as soluções práticas e produz distorções nos pressupostos ideológicos.

⁹⁶ “A missão do teórico —escreve Jèze— vem completar a do práctico [a teoria é, antes do mais, a sistematização dos dados da prática [...] qualquer teoria que não quadre com os factos leva em si mesma a sua condenação, os germes da sua morte” (Gaston Jèze, *Les principes généraux de droit administratif*, Paris, M. Giard & E. Brière, 1914).

⁹⁷ Sobre as concepções mais profundas de Duguit (nomeadamente sobre a influência de Henry Maine e Émile Durkheim), v. H. S. Jones., *The French State in question* [...], cit., p. 149 ss.

⁹⁸ Ver A. M. Hespanha, “L’histoire juridiques [...]”, cit.; Mário Reis Marques, “Références françaises et allemandes [...]”, cit.

Nos termos destas concepções organicistas, solidaristas, estatelistas, é natural que a construção contratualista do direito administrativo tenda a ser substituída por uma outra, em que o carácter unilateral e autoritário dos actos administrativos seja realçada, em que a noção de *serviço público*, a cargo de um poder público e soberano, diferente dos outros, se sobreponha à antiga ideia de divisão de poderes e de *checks and balances*; em que o Estado seja avesso ao reconhecimento de verdadeiros direitos dos administrados e, muito mais, a assumir a responsabilidade civil pela violação destes; em que os conflitos entre o Estado e os administrados sejam degradados a uma mera adjudicação pelo Estado de uma resposta unilateral e graciosa; e por aí adiante.⁹⁹

A evolução não será nem linear, nem unânime. Mas constituirá uma tendência contínua, que só verá o seu termo, já depois da II Guerra, com um novo cuidado com os direitos dos administrados, não sem que antes estes tenham suportado intromissões gravíssimas do Estado (dos “governantes”, para recuperar saudavelmente a realista maneira de ver de L. Duguit) na liberdade dos cidadãos-administrados.

⁹⁹ Para um elenco das muitas consequências desta evolução, ver L. Mannori *et al.*, *Storia* [...], p. 374 ss..