

Odete Medauar

O direito administrativo em evolução

3ª edição



Linhas fundamentais da sistematização do direito administrativo

SUMÁRIO: 2.1 Primeiro período; 2.2 Segundo período; 2.3 Essência dogmática; 2.4 Expansão na Europa ocidental; 2.4.1 Espanha; 2.4.2 Portugal; 2.4.3 Bélgica; 2.5 O direito administrativo anglo-saxônico; 2.5.1 O direito administrativo inglês; 2.5.2 O direito administrativo norte-americano; 2.6 Sistematização do direito administrativo brasileiro; 2.7 O sistema ocidental; 2.8 Crise e crítica do direito administrativo.

2.1 Primeiro período

Pertence à Itália, na figura de Romagnosi^{1*}, a primazia da obra específica sobre direito administrativo, editada em 1814, e o pioneirismo na criação de cátedra da matéria, em Milão, denominada *Alta legislazão em referênciã à Administração pública*. Segundo Giannini “parece que para demonstrar o caráter puramente científico do próprio magistério nessa cátedra, Romagnosi redigiu, em pouquíssimo tempo, o seu *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, com deliberada linguagem obscura, difícil, para não ser compreendida pela censura”.¹ Em outra versão, Romagnosi teria juntado, de modo confuso e com pressa, artigos antes publicados em repertórios, entre 1811 e 1812, e aulas proferidas na cátedra, daí resultando o obscurantismo e a dificuldade da obra.² Diversamente dos autores

1 Profili storici della scienza del diritto amministrativo, in *Quaderni fiorentini*, n. 2, 1973, p. 216.

2 Mannori, Per un studio su Romagnosi giuspubblicista, in *Quaderni fiorentini*, n. 13, 1984, p. 698, nota 49. Mannori, neste artigo, assinala que na Itália, nos anos 80 do séc. XX, registrou-se renovado interesse pela figura de Romagnosi, como redescoberta de

franceses que, na mesma época, escreveram trabalhos de predominante caráter descritivo, Romagnosi realizou esforço de síntese entre materiais propiciados pela antiga ciência de polícia, pela legislação administrativa napoleônica e jurisprudência inicial do Conselho de Estado francês. Encontram-se, assim, na obra *Principi...*, por exemplo, as noções de razão pública, competência funcional, forma em direito administrativo e um dos primeiros tratamentos sistemáticos do ato administrativo.

Com a queda do Reino Itálico, a Áustria aboliu, em 1817, a cátedra regida por Romagnosi, por considerá-la foco de liberalismo. Desse fato parece possível deduzir o aspecto de inovação e mesmo de *perigo* do direito administrativo, em seu início, em relação a concepções antigas que, se do ponto de vista de *arranjo* organizacional sofria influência da tradição absolutista, no tocante ao *credo* vinculava-se ao liberalismo.³

A primazia cronológica de Romagnosi não conferiu à Itália, no entanto, a condição de *berço* do direito administrativo, nem propiciou força de propagação a essa obra. Algumas justificativas vêm oferecidas pela doutrina. Assim, para Giannini,⁴ Romagnosi elaborou especulativamente critérios gerais, sem precedente doutrinário algum e sem base em dados do direito positivo; no mesmo sentido, Mannori lembra que “era a época da fase constitutiva do Estado, em que faltava ainda um direito positivo em grau de impor-se à consciência dos juristas como expressão de toda a sociedade nacional, com caracteres de *definitivo e completo*.”⁵ Somou-se a isso, segundo

uma personalidade intelectual muito relevante na evolução político-ideológica da Itália no século XIX; observa, também, que Romagnosi situa-se no momento de passagem entre a elaboração constitucional de fim do século XVIII e o nascimento do direito administrativo, com a concretização da ideologia do século XVIII e revolucionária em instituições dotadas de estabilidade e continuidade (p. 683 e 684). Para Maurizio Fioravanti, é de grande importância a figura de Romagnosi pela função de filtro dos principais filões da literatura publicística europeia (Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica, in *Quaderni fiorentini*, n. 13, 1984 p. 616). Dois estudos sobre Romagnosi, menos antigos, vieram à luz: Giampaolo Rossi, L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo: considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo, in *Diritto Pubblico*, 1, 2012, p. 1-7; Alberto Massera, Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi a 250 anni dalla sua nascita, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2012, p. 1029-1055.

3 Mannori, op. cit., p. 703.

4 Op. cit., p. 216.

5 Op. cit., p. 700-701.

Giannini, a violenta interrupção da atividade de Romagnosi, que não lhe permitiu ter um meio apto a esclarecer, burilar e divulgar um corpo de doutrina.⁶

A respeito desse período, que denomina “preorlandiano”, Cassese, em importante obra intitulada *Cultura e política do direito administrativo* (Milão, 1971), assinala o surgimento de muitos autores *menores*, provinciais, que reduziam o direito administrativo a casuística e exegese, em virtude da influência francesa; entre 1865 e 1885 despontam autores mais conhecidos, como De Gioannis Gianquinto, Manna, Persico e Meucci; os pontos comuns a todos, inclusive Romagnosi, que identificam a época, são os seguintes: uso da literatura francesa preferencialmente à alemã; difuso interesse pela história, pela política e filosofia e, nos constitucionalistas, interesse pelo direito de liberdade. (p. 11-12).

Contemporaneamente a Romagnosi começa a formar-se, na França, o direito administrativo que teria maior força de expansão. São comumente indicadas algumas bases conjunturais propícias ao florescer mais pujante do direito administrativo na França: vinha-se reforçando, há muito, o poder público central, formando um todo nacional; havia, antes da Revolução, um órgão central, o Conselho do Rei, com funções de contencioso administrativo, entre outras, e com jurisprudência apreciável, embora pouco divulgada; além do mais, abundante legislação relativa ao funcionamento dos poderes e à estrutura organizacional veio à luz, exigindo compilação.

Em 1818 Macarel^{*2} publicou obra tida como primeira pedra do direito administrativo, *Les éléments de jurisprudence administrative*, “na qual agrupou por assuntos, as decisões do novo Conselho de Estado, mostrando como dessa jurisprudência seria possível extrair sólidos princípios científicos”.⁷

Em 1819 criou-se, em Paris, a cátedra de *direito público e administrativo*, regida por De Gerando; no repertório Thémis, um dos meios de difusão na Europa, da ciência administrativista francesa, divulgou-se nesse ano, o “Discurso de abertura do curso de direito público e administrativo e o Plano geral do curso”; depois, em 1830, De Gerando publicou, em cinco volumes, seu *Institutes du droit administratif français*, coligindo mais de 80.000 textos para ordená-los e pôr fim ao caos, conforme testemunha seu

6 Op. cit., p. 217.

7 Giannini, *Profili storici...*, p. 218.

aluno Macarel.⁸ O terceiro integrante da tríade, Cormenin, escreveu *Questions de droit administratif*, editado em 1822, e um *Traité du droit administratif français*, dois volumes, em 1840.

Como na Itália, a cátedra de Paris foi abolida em 1823, na época da segunda Restauração (Monarquia de julho, iniciada em 6 de julho de 1815). Seria o caso de cogitar-se de incompatibilidade do direito público e administrativo, então ministrado, com o retorno da monarquia mesmo limitada? Legendre aventa como causa uma antiga ideia contrária à difusão do direito público, considerado campo proibido porque referente a mistério reservado aos reis e seus ministros.⁹

Em 1828 reabriu-se a cátedra em Paris e em 1837 a disciplina passou a integrar o currículo de todas as Universidades francesas.

A partir daí teve início época de grande desenvolvimento da ciência francesa do direito administrativo; segundo Giannini as obras que se editavam iam passando do predominante caráter analítico, descritivo, legalista ao sistemático; os três iniciadores publicam tratados e cursos; o esforço de síntese abarcou os problemas e pontos centrais do direito administrativo; quase todo autor fixou critério próprio, como chave e núcleo para edificar o sistema jurídico administrativo, com ampla independência de outras ciências jurídicas.¹⁰

Essa fase de início do século apresenta-se com notas diferentes no âmbito germânico. Não houvera Revolução, como na França; o território e a Administração não estavam unificados; além do mais, algumas garantias tinham sido asseguradas aos cidadãos pela concretização da *teoria do Fisco*: para que se pudesse estabelecer confronto entre direitos de particulares e poder público, atribuiu-se ao Fisco, dotado de personalidade jurídica distinta do soberano e Estado, a titularidade do patrimônio e dos direitos financeiros do Estado e concluiu-se que tais relações eram regidas pelo direito civil; com o tempo, estendeu-se a teoria do Fisco à proteção jurídica em matéria administrativa, também sob a égide do direito civil¹¹ que, desse modo, marcou

8 Legendre, *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, 1966, p. 48.

9 Op. cit., p. 49.

10 *Profili storici...*, p. 219-221.

11 Cf. Forsthoff. *Traité de droit administratif allemand*. 1969.

presença acentuada no que hoje compõe o âmbito do direito público. Esses fatores acarretaram um modo mais lento de transformação do Estado e de formação de um direito específico para a atividade administrativa.

Nas primeiras décadas do século, na Alemanha, um conjunto de reformas resultou em unidade, organização racional e prestígio da Administração, prenominando, ainda, a vontade do príncipe como fonte das normas; a Administração e a justiça foram separadas.

Tendendo a legislação que vai surgindo a maior publicização dos assuntos administrativos, começou a despontar, paralelamente ao sistema do Fisco, um direito público da Administração; segundo Forsthoff,¹² em 1829 Von Mohl propõe a separação sistemática das funções estatais e distingue o direito constitucional do direito administrativo, apontando o âmbito de cada um, por influência da literatura francesa; discorre sobre a sociedade como ambiente fundamentalmente distinto do Estado, dotada de leis próprias, o que para Forsthoff teve relevância na sistematização do direito administrativo.

Outro autor de relevo, apontado como fundador da ciência da Administração, foi Lorenz von Stein que, em sua primeira obra, datada de 1850, centraliza o Estado de direito na garantia de igualdade jurídica e ressalta a missão social do Estado e sua conciliação com os princípios do Estado de direito.¹³

Giannini indica, nesse período, o trabalho de F. Felice Mayer, de 1857 (com edições posteriores), que traz conceitos oriundos do direito civil e do pandectismo e no qual aventa a possibilidade de formulação de princípios gerais do direito da Administração.¹⁴

Embora a Administração ocupasse posição central nessas obras, o direito da Administração era disciplina prática, um conjunto de preceitos de natureza pública e privada que informavam sua atividade; essa disciplina integrava o direito do Estado, o *Staatsrecht*. Giannini¹⁵ e Fioravanti¹⁶ mencionam a grande resistência oposta pelos juristas alemães à emancipação

12 *Traité de droit administratif allemand*. p. 94-95.

13 Forsthoff. op. cit., p. 96 e 97.

14 *Profili storici...*, p. 228.

15 *Profili storici...*, p. 230, nota 76.

16 *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 13, 1984, p. 613.

do direito administrativo do *Staatsrecht* e a constante reivindicação de campos, por parte de autores do direito do Estado, em relação aos temas do direito administrativo.

Foi a partir de 1883 que, na Alemanha, o direito administrativo separou-se do direito do Estado, com a publicação de obras específicas, consolidando-se, depois, com Otto Mayer.

2.2 Segundo período

Com diferença de alguns anos, pode-se assinalar outra fase da sistematização do direito administrativo na França, Itália e Alemanha, marcada, no aspecto político, pela crescente afirmação dos postulados liberais e por outro ponto comum, que a precedeu: o aparecimento de jurisdições administrativas independentes.

Nessa época repercutia na ciência jurídica a orientação da chamada *escola pandectista*¹⁷ *³, liderada por Puchta*³ e Windscheid*³, a qual exerceu grande influência nos civilistas e no direito administrativo que então se formava. Assim, em alguns administrativistas começa a surgir a típica divisão civilista em pessoas, coisas e obrigações; a Administração passou a ser considerada sujeito jurídico; o tratamento dado ao ato jurídico foi transportado para o ato administrativo, e assim por diante.

Na Itália, do ponto de vista político, ocorreu a unificação e editou-se o Estatuto Albertino (1848); leis de 1865 instituíram a administração centralizada, segundo o modelo francês, com provável justificativa na necessidade de consolidar, pela estrutura administrativa, a unidade política; também se adotou a unidade de jurisdição, por influência inglesa ou belga; depois, em 1889, criaram-se a quarta seção do Conselho de Estado e as juntas provinciais administrativas, como juízos dos interesses dos particulares ante a Administração, separando-se as jurisdições. A partir de então, a doutrina e

17 Em síntese, a escola pandectista considerava a lei como fonte verdadeira do direito, o qual deveria formar um conjunto semelhante ao sistema do direito romano; as normas positivas e as teorias deveriam integrar-se no sistema, cabendo aos juristas buscar os fundamentos e explicações necessários para evitar incoerências; costuma-se apontar também como característica dessa orientação a tendência universalizante, de elaboração do direito sem tempo e sem espaço, fechado em si próprio; no âmbito do direito público essa orientação normativa e estatalista aparece sobretudo nas obras de Gerber, Laband e Jellinek.*¹¹

a jurisprudência italiana tentaram apreender as noções de direito subjetivo e interesse legítimo para o fim de diferenciar a competência jurisdicional nos litígios em que a Administração é parte. Hoje existe corrente no sentido de se abolir tal distinção.

Do ponto de vista da ciência jurídica pública, passou a predominar a influência alemã, sobretudo do pandectismo, embora mesclada à escola francesa.

Em Orlando*⁴ situa-se a figura central do período. “Em sua abertura do curso de 1885-1886 anunciou como programa da nova escola a reconstrução jurídica do direito público e depois introduziu a locução *método jurídico* para indicar o método da escola pandectista, o qual deveria eliminar toda consideração política, sociológica e econômica da ciência do direito”.¹⁸ Para Orlando, os problemas fundamentais do direito público são a personalidade jurídica do Estado e a ideia de direitos subjetivos públicos. Conforme Cassese,¹⁹ Orlando, na sua atividade científica pretendia acolher e conciliar, num sistema, as bases essenciais das duas escolas de direito público do século XIX, a francesa e a alemã.

Orlando elaborou vasta obra científica no direito administrativo e no direito constitucional e foi responsável pelo grandioso *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, em 17 volumes, um conjunto de trabalhos de muita profundidade que marcou a presença da ciência do direito administrativo italiano da época.

Grande número de trabalhos saiu à luz, sobretudo nos temas do ato e justiça administrativa. Com Orlando e demais autores da época, como Cammeo, Ranelletti, Codacci-Pisanelli, o direito administrativo italiano consolidou-se.

De relevo no período apresenta-se ainda a obra de Santi Romano*⁵ e sua teoria da instituição ou do ordenamento jurídico ou teoria pluralista, que vem se contrapor à teoria normativa, pelo ângulo do direito como instituição, e à teoria monista ou estatalista, pelo aspecto da pluralidade dos

18 Giannini. *Diritto amministrativo*. vol. I. 1988, p. 42.

19 *Cultura e politica del diritto amministrativo*. 1971, p. 26.

ordenamentos jurídicos.²⁰ Os estudos de Santi Romano sobre autarquia e direito subjetivo tornaram-se clássicos.

O novo período na França coincide com o advento da 3ª República (1870), caracterizada pela estabilidade institucional. Em 1872 o Conselho de Estado passa a ter funções jurisdicionais independentes, na fase denominada *justiça delegada*, e acentua-se o aspecto de elaboração jurisprudencial do direito administrativo francês, em virtude dos princípios e contornos de institutos originados de decisões desse órgão. Assim ocorre com a responsabilidade civil do Estado, com os contratos administrativos, com o *desvio de poder* e com vários princípios informativos. Menciona-se como “centro qualificante” do direito administrativo francês esse papel da jurisprudência; presente está a relação impulso – colaboração entre ciência jurídica e jurisprudência, na construção dos institutos desse ramo.²¹ A doutrina francesa, até agora, concentra atenção sobre a jurisdição administrativa, que funciona como eixo em torno do qual giram todos os temas.

Nesta síntese evolutiva deve-se ressaltar a figura de Laferrière^{*6} e seu famoso *Traité de la juridiction administrative*, editado pela primeira vez em 1887, obra que se tornou um dos meios de difusão do direito administrativo francês em toda Europa.

Alguns aspectos dúbios se notam no tocante ao direito civil e sua repercussão nos estudos da época; a influência do pandectismo também chegou aos franceses e, ao mesmo tempo, havia tendência à rejeição desse direito para disciplinar temas relativos à atividade administrativa (como ex. a decisão do caso Blanco). Surge, então, a ideia do direito administrativo como derogatório e exorbitante do direito comum (que era o direito civil), com a qual se pretendeu afastar resquícios do direito civil, embora este seja invocado como referencial.

Outro ponto a ressaltar é o surgimento de grandes teorias, com características de teorias gerais do direito, que acentuam aspecto já notado em

20 Bobbio, Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano, in *Dalla struttura alla funzione*. 1977, p. 170. Para Cassese a contribuição mais profunda do institucionalismo de Romano ao direito administrativo deve-se buscar na “obra menor” sobre interesses do Estado e interesses dos entes autárquicos, em que traz à luz a existência de interesses públicos em posição de conflito institucional” (*Cultura e política del diritto amministrativo*. 1971, p. 44).

21 Fioravanti, *Storia costituzionale...*, p. 604.

autores de época anterior: o da busca de critério único para alicerçar o edifício do direito administrativo, critério esse que se destinava primordialmente a distinguir as matérias de competência da jurisdição administrativa.²²

Assim, por exemplo Hauriou^{*7}, que elaborou a teoria da instituição e a concepção de *regime administrativo*^{*8}, defendeu a ideia de *puissance publique* (antes mencionada por Laferrière e Aucoc), correspondente à ideia de poder, pela qual a gestão pública se separa da gestão privada, pois esse poder, destinado à satisfação dos interesses gerais, deve ser mais forte que o dos particulares. Em momento posterior, às ideias de Hauriou filiaram-se Vedel e Rivero.²³

22 O tema da noção-chave, típica do ordenamento francês, preocupou Jean Rivero, que dedicou estudo específico sobre a matéria, para negar o enquadramento de todos os preceitos do direito administrativo numa única noção; pondera, no entanto, que os esforços da doutrina para encontrar um critério único permitiram revelar os princípios fundamentais da disciplina; o erro foi hipertrofiar cada um e opô-los uns aos outros (Existe-t-il un critère du droit administratif?, publicado inicialmente em 1953, depois em 1980, in *Pages de doctrine*, vol. II, fonte da consulta, p. 198). De maneira similar se exprime Benoit, para quem essa busca decorre da luta havida em meados do século XIX nos meios judiciários contra o direito administrativo e, por trás dela, contra a jurisdição administrativa; os partidários da jurisdição administrativa esforçam-se por extrair o aspecto essencial imposto pela separação das autoridades administrativas e judiciárias, sobre o qual não haveria transigência; os adversários buscavam fixar esse ponto essencial para reduzir a competência da jurisdição administrativa; por razões diferentes, as duas partes tentavam estabelecer a essência da Administração e do direito administrativo (*Le droit administratif français*. 1968, p. 79).

23 Garcia de Enterría, Quatro maestros de Paris, una época del derecho administrativo, in *Revista española de derecho administrativo*, 1980, p. 480 e 481. Para Nigro o que une, no início do século, os dois cabeças do direito administrativo (Hauriou e Duguit) é a vocação jusnaturalista, que se para um tem o nome de “instituição”, para o outro “serviço público”; para ambos significa a tentativa de colher o direito (público e administrativo) não tanto nas leis e nos conceitos, quanto nas ideias e nas forças que lhe dão vida e perenemente o acompanham (Scienza dell’amministrazione e diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 1968, p. 669). Para Rivero, o direito que Hauriou expõe não é o que ele encontrou nas obras dos contemporâneos; Hauriou realizou sistematização elaborando conjunto de conceitos e de categorias em torno de temas propriamente jurídicos; com ele começa o direito administrativo que hoje vigora; Hauriou busca dados em outras disciplinas jurídicas e na história, sociologia, filosofia; e tem preocupação com o real (Maurice Hauriou et le Droit administratif, in *Pages de Doctrine*, 1980, vol. I, p. 31, 32, 33 e 34; o artigo veio à luz em 1968 e foi publicado novamente na coletânea citada).

Duguit*⁹ encabeçou a *escola de serviço público*, na qual se tentou deslocar do poder o foco de atenção dos publicistas, partindo da ideia de necessidade e explicando a gestão pública como resposta às necessidades da vida coletiva; a noção de serviço público também se tornou critério do direito administrativo. Jêze*¹⁰ igualmente centraliza sua obra neste tema.

A elaboração doutrinária e jurisprudencial da França, nesse período, resultou nas seguintes notas fundamentais: separação das autoridades administrativas e judiciárias, como interpretação peculiar da separação de poderes; centralidade do tema *jurisdição administrativa*; busca de equilíbrio entre prerrogativas da Administração e direitos dos particulares (ou limites à atuação administrativa); noção de interesse geral; regime executório dos atos administrativos; desigualdade entre Administração e particulares; Administração submetida à lei.

Na **Alemanha**, um aspecto a ressaltar nessa fase é a criação de jurisdições administrativas, como o tribunal administrativo superior da Prússia, em 1875, e tribunais administrativos em Wuttemberg, em 1876, e na Baviera, em 1878. Em 1883 edita-se na Prússia lei sobre competência da jurisdição administrativa.

Como observa Martin Retortillo, o grande esforço dos publicistas alemães se concentrou em três pontos: “1) assinalar e estabelecer autonomia substancial do direito público; 2) depurá-lo das valorações de caráter político e das valorações decorrentes da ciência da Administração, que se consideram como não jurídicas; nesse sentido a obra de Laband é significativa; 3) alcançar as duas posições citadas pela adoção de metodologia concreta: aplicar ao direito público – realizando verdadeiro transplante – o método jurídico próprio da escola pandectista; nota-se o influxo direto dessa escola na tríade de publicistas alemães, Gerber, Laband e Jellinek”.²⁴ *¹¹

Nesse contexto surge o *Deutsches verwaltungsrecht*, em 2 volumes, em 1895-1896, de Otto Mayer*¹², considerado o pai do direito administrativo alemão, o jurista responsável de ter, pela primeira vez, projetado modelo integralmente *jurídico* da organização e da ação administrativa segundo perspectivas formalistas; e de haver enquadrado todo o complexo estudo da Administração pública dentro de rígidos binários da *forma* e dos *institutos*

24 Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e de suoi istituti, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, p. 714-715.

jurídicos, essencialmente derivados da ciência do direito privado, então denominada *de método jurídico*.²⁵

Os aspectos essenciais da elaboração de Otto Mayer podem ser sintetizados do modo seguinte: vinculação do direito administrativo ao Estado de direito, em contraposição ao regime de polícia; luta para retirar o direito administrativo, tornando-o autônomo, do âmbito maior do direito do Estado, com o que enfrentou a crítica ferrenha de Laband, contrário a essa independência científica; empenho de afastar o direito administrativo dos esquemas do direito civil, embora, contraditoriamente, tenha utilizado tais elementos para edificar seu sistema; afirmação da necessidade de estabelecer *formas constantes* da atuação administrativa, por representarem momentos de garantia a favor dos cidadãos em termos de previsibilidade e correção dessa atividade; daí a importância conferida ao ato administrativo, como conquista do Estado de direito, desconhecido no regime de polícia; também considerou de grande relevo os institutos jurídicos; desenvolveu a noção de *relações de supremacia especial*, da qual resultaria a existência de *zonas livres* da atuação administrativa.

Otto Mayer sofreu influência francesa, manifestada sobretudo na afirmação do primado do legislador e na pregação de um direito administrativo autônomo.

2.3 Essência dogmática

Do encontro das elaborações francesa (inclusive jurisprudencial), alemã e italiana formou-se o núcleo essencial do direito administrativo da época, decorrente, sobretudo, de influências recíprocas entre as duas primeiras e dessas sobre o direito italiano. Compõem esse núcleo os seguintes temas ou concepções: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público (competência); propriedade pública; ato

25 Fioravanti, Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, vol. 2, p. 601. Nesse artigo Fioravanti, usando como referência um livro de autor alemão, Heyen, sobre Otto Mayer, realiza estudo profundo sobre o pai do direito administrativo alemão; em outro artigo (Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica, in *Quaderni Fiorentini*, 1984) Fioravanti, mencionando o interesse atual de autores alemães pela figura de Otto Mayer, comenta o estudo de Hueber, dedicado a aspecto específico da obra de Mayer, o da *introdução do método jurídico no estudo da Administração* (p. 630-631).

administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; poder discricionário; jurisdição administrativa; interesse público; *puissance publique*; serviço público; poder de polícia; pessoas jurídicas públicas; fontes do direito administrativo – lei e regulamento; centralização – hierarquia; contratos administrativos.

2.4 Expansão na Europa ocidental

2.4.1 Espanha

Com poucas variações em tais matrizes, o direito administrativo expandiu-se na Europa continental ocidental; assim, por exemplo, na Espanha, onde segundo Alejandro Nieto, “se consolida com surpreendente rapidez e de maneira clara na década dos quarenta (do século XIX), pelas mãos de esplêndida geração de administrativistas experimentados e pela jurisprudência do Conselho Real que então se estabelece”; o mesmo autor menciona a base científica de origem francesa e duas ideias matrizes: o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado e a existência dos direitos públicos subjetivos.²⁶

Segundo García de Enterría e Ramón Fernandez²⁷ e Nieto²⁸ houve tentativa de organizar o sistema espanhol à maneira do inglês, sem o privilégio da decisão executória e com jurisdição ordinária; duas leis de 1845 se inclinaram, no entanto, pelo exemplo francês, ao criarem o Conselho Real, com justiça retida, e Conselhos provinciais, com jurisdição delegada.

Antes de 1845 algumas obras foram editadas, como, por exemplo, a de Francisco Agustin Silveira, *Estudios prácticos de derecho administrativo*, 1839; a de Ortiz de Zuniga, *Elementos de derecho administrativo*, 1842. Depois, surgiram comentários de jurisprudência, como o de Juan Sunyé, *Jurisprudencia administrativa, Colección razonada de resoluciones del Gobierno a consulta del Consejo en materias de administración*, 1846; o de Cristobal Bordiu, *Del Consejo Real como elemento del gobierno constitucional*, 1846; e o de Diaz Ufano, *Tratado teórico-práctico de las materias contencioso-administrativas en la península y ultramar*, 1866. Dois autores tiveram maior prestígio, Colmeiro,

26 *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Madrid: 1986, p. 145.

27 *Curso de derecho administrativo*. 7ª ed., vol. II. 2000, p. 558.

28 *Op. cit.*, p. 197.

Derecho Administrativo español e Posada, *Derecho Administrativo* (consultados por alguns dos primeiros doutrinadores brasileiros).

A instituição de jurisdição administrativa não eliminou o controle dos tribunais judiciários sobre a Administração; na época se considerava que os tribunais e a Administração integravam o mesmo poder, o Executivo, inexistindo, portanto, ingerência indevida do Judiciário; a jurisdição administrativa manifestava-se em casos de uso correto ou incorreto dos poderes administrativos no tocante à competência; os litígios civis eram vedados aos tribunais contencioso-administrativos e, aos poucos, se foi ampliando o rol de atos incluídos no âmbito discricionário, insuscetíveis, portanto, de controle algum.

Tais aspectos e os acontecimentos políticos do período acarretaram hesitações e controvérsias sobre a jurisdição administrativa. Assim, em 1856, o Conselho Real tornou-se Conselho de Estado; em 1868, proclamou-se a unidade de jurisdição, transferindo a matéria contencioso-administrativa ao Tribunal Supremo e às Audiências Provinciais; com a Restauração da Monarquia, voltou-se ao sistema anterior a 1868; em 1888 editou-se a lei Santamaria de Paredes, que procurou conciliar algumas tendências, conferindo caráter efetivamente jurisdicional ao Conselho de Estado, como Sala de Justiça, e aos tribunais provinciais, atribuindo-lhes competência para resolver por si as controvérsias suscitadas pela atividade administrativa, salvo os atos discricionários, exigindo prévio esgotamento da via administrativa.²⁹ Lei de abril de 1904 estabeleceu que “o contencioso administrativo correria ante uma câmara especializada do Tribunal supremo e que os juízes teriam a condição de magistrados”.³⁰

2.4.2 Portugal

Portugal também sofreu predominante influência francesa. A Constituição de 1822 previu a separação entre administração, legislação e justiça, atribuindo-as a órgãos diversos; em 1832, Mouzinho da Silveira elaborou conjunto de textos de reforma da Administração portuguesa,

29 Os dados do parágrafo foram extraídos de Garcia de Enterría e Ramón-Fernandez, *Curso de derecho administrativo*. 7ª ed., vol. II, 2000, p. 558-560.

30 Michel Fromont. *Droit administratif des États européens*. Paris: PUF, 2006, p. 52.

tentando implantar centralização de tipo napoleônico. Marcello Caetano,³¹ Diogo Freitas do Amaral,³² Jean Rivero³³ e Paulo Otero³⁴ ressaltam a influência exercida na época por um autor francês, Bonnin (Charles-Jean), não citado na literatura de direito administrativo, por suas obras *Principes d'Administration publique*, de 1808, e *Abregé des principes d'Administration*, de 1829; Bonnin é mencionado em obras de ciência da administração como verdadeiro precursor da Ciência da Administração na França, pois afirmou ser necessário um estudo sistemático da Administração pública, pregou a reunião da legislação administrativa em código e a necessidade de fixar princípios gerais da matéria.³⁵

O sentido centralizador da reforma contrariou a tradição portuguesa de autonomia local e nova lei, de 1836, o primeiro “código administrativo”, deu conotação descentralizadora, na linha tradicional; outros *Códigos administrativos* se sucederam, alternando linhas centralizadoras e descentralizadoras, conforme as tendências políticas dominantes no governo.

Também em 1836 criou-se a cátedra de “Direito público português pela Constituição, direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com outros povos”; a obra de Bonnin foi texto adotado pelo primeiro regente da cadeira,³⁶ Basílio Alberto de Souza Pinto.

Instituiu-se em 1842 o Conselho de Estado, com funções consultivas para os litígios que o governo deveria decidir. Em 1849 editam-se, pela Imprensa da Universidade, os *Apontamentos de Direito Administrativo com referência ao Código Administrativo Português de 18 de março de 1842*, coligidos por dois alunos de Basílio Alberto de Souza, com base em suas

31 *Manual de direito administrativo*. Coimbra: 10ª ed., vol. I, 1982, p. 166.

32 *Curso de direito administrativo*. Coimbra: vol. I, 1976, p. 170.

33 *Curso de direito administrativo comparado* (1954-1955), trad. de Odete Medauar, São Paulo, 1984, p. 71 (edição particular, não comercializada).

34 *Direito Administrativo: relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 41.

35 Chevallier; Loschak. *Science administrative*. Paris: 1978, p.23. Na 5ª edição da mesma obra, de 2013, Paris, Ed. Seuil, apenas sob o nome de Chevallier, a referência se encontra na p. 11.

36 Marcello Caetano, op. cit. p. 166.

lições ministradas no curso de 1844/1845.³⁷ Na época surgiram repertórios de jurisprudência, como o de José Silvestre Ribeiro, *Resoluções do Conselho de Estado na seção do contencioso administrativo*, de 1854 a 1874.

A cátedra específica de direito administrativo é criada em 1853, cabendo a regência a Justino Antonio de Freitas, que publica, em 1857, *Instituições de direito administrativo português*, com inspiração em Laferrière. José Frederico Laranja, que também regeu a cátedra de direito administrativo em Coimbra, publicou em 1888, a obra *Princípios e Instituições de Direito Administrativo*, pela Imprensa da Universidade, com inspiração em Bonin, Colmeiro (espanhol), Laferrière, Pradier-Fodéré, Ducroq e Vivien.³⁸ Em 1904 vem à luz a obra de Guimarães Pedrosa, *Curso de ciência da administração e direito administrativo*, influenciado pelas doutrinas francesa e italiana, sobretudo.³⁹

Observa-se, nessa época, a edição de trabalhos dedicados à Ciência da Administração, talvez como influência exercida, também nesse âmbito, pelas obras de Bonnin; o próprio *Curso*, de Guimarães Pedrosa, tem parte dedicada a essa matéria; vieram à luz: *Estudos de Administração*, de Lobo de Avila (1874), e *Administração e Direito Administrativo*, de Abel de Andrade (1893), por exemplo.

De 1924 a 1930 os litígios administrativos foram atribuídos a tribunais judiciais; em 1930 ressurgiram tribunais administrativos, com autonomia (justiça delegada), cabendo a solução de conflitos de competência com a justiça ordinária a órgão paritário semelhante ao Tribunal de Conflitos francês.

2.4.3 Bélgica

Na Bélgica o direito administrativo desenvolveu-se dissociado da existência de Conselho do Rei ou de Conselho de Estado com jurisdição retida ou delegada, embora haja autores que atribuam o atraso, nesse país, na afirmação do *método científico* de estudo da Administração pública a esse fato.⁴⁰

37 Paulo Otero, op. cit., p. 42.

38 Cf. Paulo Otero, op. cit., p. 52.

39 Dados extraídos de Marcello Caetano, op. cit., p. 168 e 170.

40 Fioravanti, Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica, in *Quaderni fiorentini*, n. 13, 1984, p. 601.

Após permanecer sob o domínio francês, de 1794 a 1814, daí até 1830, sob o jugo holandês, a independência da Bélgica foi proclamada em novembro de 1831, promulgando-se sua Constituição em 1831, de evidente cunho liberal. Os artigos 92 e 93 da Constituição, na redação original, determinam que os tribunais judiciais são competentes para todos os litígios relativos a direitos dos indivíduos, quer se trate de direitos civis ou políticos, salvo exceção prevista em lei. Firmou-se, desse modo, a unidade de jurisdição, num sentido, portanto, diverso do sistema francês e do holandês, nos quais, na época, vigia a jurisdição administrativa retida. Algumas justificativas vêm indicadas para esse fato; primeiro, os belgas eram hostis ao sistema de jurisdição administrativa, ante a lembrança de decisões que lhes foram contrárias, proferidas pelos Conselhos de Estado francês e holandês, na época do jugo;⁴¹ em segundo lugar, os constituintes belgas teriam se influenciado também pelas vivas críticas dirigidas, na França, à jurisdição administrativa, tanto por liberais como por absolutistas.⁴² Segundo Rivero, a Constituição belga de 1831 inspirou a unidade de jurisdição adotada em países da Europa continental ou países sul-americanos⁴³ (deixando de lado, com isso, a menção à influência exercida pelo sistema anglo-saxônico, habitualmente efetuada).

Os repertórios e obras de direito administrativo foram surgindo; de 1834 a 1856 editou-se um *Repertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, oito volumes; desde 1854 publicou-se a *Revue de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, Liège, depois Bruxelas, um volume por ano; entre 1859 e 1866 vieram à luz os três volumes do conhecido Fooz, *Le Droit administratif belge*; em 1885, a obra *Le Droit administratif de la Belgique*, em três volumes, de Giron; em 1897, o *Manuel de droit administratif belge*, de Orban; em 1909, o *Traité de droit public belge – droit constitutionnel – droit administratif*, de Paul Errera.

O esquema de jurisdição una, com o tempo, começou a revelar falhas; e os tribunais belgas se mostraram tímidos nos litígios em que a Administração era parte, talvez por influência das ideias francesas relativas à não interferência da jurisdição ordinária na atividade administrativa; jamais se reconheceram competência geral para conhecer ações de anulação de

41 Cf. Puget. *Les institutions administratives étrangères*. 1969, p. 233, e Fioravanti, op. cit., p. 601, nota 28.

42 Michel Fromont. *Droit administratif des États européens*. Paris: PUF, 2006, p. 26.

43 *Curso de direito administrativo comparado*, trad. não comercializada de Odete Medauar, 1984, p. 88.

atos ilegais da Administração; o juiz ordinário declarava-se incompetente, em muitas ações, e não havia juiz administrativo; as ações de reparação de danos causados pela Administração também foram recusadas até 1920, quando o famoso *arrêt La Flandria*, de 5 de novembro desse ano, reconheceu a responsabilidade do poder público, mas regida pelo Código Civil (a França reconhecera, havia cerca de cinquenta anos, que os princípios do Código Civil não poderiam reger os casos de responsabilidade do Estado).

Além do mais, litígios sobre certas matérias (tais como, eleições; estabelecimentos perigosos, insalubres e incômodos; licença de construção; auxílio-desemprego; danos de guerra) passaram a ser atribuídos, por leis específicas, ao conhecimento, e mesmo decisão, de comissões, de autoridades de tutela e do Rei; disso resultou a existência de cerca de 400 comissões de jurisdição administrativa e, por conseguinte, o aumento do número de litígios. Surgiu, então, a necessidade de uma coordenação ou controle jurisdicional da atividade desses diversos organismos, criando-se, por lei de 1946, o Conselho de Estado, como jurisdição, no entanto, sem competência plena em matéria administrativa. Conforme Paul Lewalle, “o sistema belga de justiça administrativa merece a qualificação de *misto*; nele se encontram tanto elementos transpostos do direito francês, como soluções análogas às adotadas na Inglaterra” e mecanismos “originais”.⁴⁴

Em relação ao conteúdo, o direito administrativo belga inspira-se, em geral, na jurisprudência administrativa francesa, com alguma influência da jurisprudência holandesa nas seções flamengas.⁴⁵

2.5 O direito administrativo anglo-saxônico

Ao direito administrativo que se originou, sistematizou e se expandiu na Europa ocidental continental costuma-se contrapor o chamado *sistema do common law*, porque os preceitos disciplinadores da atividade da Administração seriam os mesmos que regem a atividade de particulares, inexistindo, portanto, direito específico para aquela atuação. O exame dos aspectos fundamentais do *administrative law* inglês e americano permitirá concluir a respeito da real contraposição antiga e atual entre os dois modos de disciplinar a atividade da Administração.

44 *Contentieux administratif*, (polycopié), Presses Universitaires de Liège, 1985, p. 4.

45 Michel Fromont. *Droit administratif des États européens*. 2006, p. 27.

2.5.1 O direito administrativo inglês

Mario Chiti,⁴⁶ estudioso italiano do direito comparado, nota que o interesse pelo direito administrativo surgiu primeiro nos Estados Unidos e depois na Inglaterra, atribuindo este atraso a Dicey.

Quase todo estudo sobre o *administrative law* inglês menciona a famosa afirmação de Dicey, exposta pela primeira vez em 1885, no livro intitulado *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution*, de que na Inglaterra não havia direito administrativo porque a existência das mesmas normas para a atividade de funcionários e particulares e da mesma jurisdição para ambos atendia ao *the rule of law*, que é o traço característico do direito inglês; a diferenciação de normas e de jurisdição, típica do direito administrativo francês, não se verificava no direito inglês, porque contrariava o *the rule of law*.⁴⁷

Várias justificativas, não somente das ideias de Dicey como também das características do sistema inglês, são oferecidas por autores ingleses e não ingleses.

A própria história das instituições políticas inglesas explica a resistência em aceitar uma jurisdição especial para os litígios em que o poder estatal é parte e um direito diferenciado para a atuação pública. Assim, Soto Kloss⁴⁸ e John Bell⁴⁹ lembram que no início do século XVII os monarcas

46 I “nuovi poteri” nel common law: la prospettiva del diritto amministrativo, in *Diritto Pubblico*, 2, 2009, p. 345.

47 No prefácio ao livro de Spyridon Flogaitis, *Administrative law et droit administratif*. Paris: 1986, Jean Rivero observa o seguinte a respeito de Dicey: “a primeira edição da obra de Dicey é mais próxima da era napoleônica que de nós...; o livro refletia a ideologia comum a todos os liberais europeus da maior parte do século XIX e viu um instrumento de opressão nesse direito administrativo subtraído ao juiz ordinário e confiado à guarda de um Conselho de Estado criado pelo déspota vencido em Waterloo; em uma época em que a maioria dos países civilizados tomava como modelo as instituições políticas e o regime parlamentar da Inglaterra, como um constitucionalista como Dicey poderia duvidar que a instituição judiciária integrante desse conjunto fosse a melhor protetora da liberdade individual? O *rule of law* ... não podia se dissociar da *common law*, da submissão de todos, governantes e governados, ao mesmo direito e ao mesmo juiz; conclusão, nós ingleses não temos direito administrativo e não queremos ter (p. 15 e 16).

48 Existe un derecho administrativo ingles?, in *Revista de administración pública*, Madri, n. 70, p. 113-182.

49 L'organisation du contentieux administratif en Grande-Bretagne, in *Etudes et Documents du Conseil d'État*, n. 38, 1987, p. 215-227.

ingleses, sobretudo após a união das coroas da Inglaterra e Escócia, buscaram aumentar o poder central com a criação de comissões para controlar senhores e autoridades locais e com a ampliação de poderes do Conselho Privado do Rei; pela *Star Chamber*, o Conselho Privado exercia controle jurisdicional sobre autoridades locais e invocava o direito de ser único juiz dos funcionários do Rei e de questões sobre ordem pública e segurança nacional, agindo com grande arbítrio. Todas as jurisdições reais, que tinham servido como instrumento de opressão, foram abolidas pelo Parlamento em 1641, instituindo-se controle de tipo jurisdicional exercido pela High Court, pela King's (ou Queen's) Bench Division, mediante remédios, como *certiorari*, *mandamus*, etc. As reações de Dicey e do povo inglês ao direito administrativo explicam-se, em parte, pela associação do Conselho de Estado francês ao Conselho do Rei e à *Star Chamber*, como instrumentos de opressão das liberdades.

Menciona-se também a ausência de administração central na Inglaterra, pelo predomínio do regime do *self government*, em que a administração da comunidade cabia a representante da mesma, o *justice of peace*, sem vínculo hierárquico com a Coroa, justamente pela abolição da *Star Chamber*. Segundo Flogaitis “a pedra angular da administração inglesa até o século XIX foi o *justice of peace*”,⁵⁰ que tinha funções jurisdicionais e administrativas; dos seus atos cabia recurso à jurisdição comum, adotando-se o mesmo procedimento tanto para a impugnação das decisões de natureza jurisdicional como para decisões de natureza administrativa; a atribuição de poderes às administrações locais impediu a identificação jurídica e sociológica de entidade denominada *Administração*. A inexistência de Administração central também dificultou a formação de corpo de normas nitidamente distintas daquelas que se aplicam aos particulares.

O pensamento de Dicey vem ainda explicado, sobretudo pelos seus críticos, como decorrência de concepção errada e preconceituosa sobre o direito francês e de informação retirada de autores franceses antigos, “como Tocqueville e Vivien, que não compreendiam o real significado do direito administrativo e que, além do mais, escreviam sobre esse direito na época em que não se tornara corpo de jurisprudência liberal na proteção dos particulares contra o arbítrio e ilegalidade do governo”.⁵¹ Mais tarde, em

50 *Administrative law et droit administrative*. Paris: 1986, p. 63.

51 Garner, La conception anglo-américaine du droit administratif, in *Mélanges Maurice Hauriou*. Paris: 1929, p. 338.

virtude de diálogos mantidos com Jèzè, Dicey teria reconhecido que sua noção de direito administrativo era errada, conforme se expressa num apêndice da décima edição de seu livro, em 1902, intitulado “A falsa concepção inglesa de direito administrativo”; mas o corpo da sua obra não foi alterado e suas afirmações predominaram até recentemente.

Os críticos de Dicey argumentam também sobre sua concepção errada a respeito do próprio sistema inglês vigente na época da primeira edição de seu livro; até 1947 a Coroa tinha prerrogativas e gozava de imunidade jurisdicional, havendo, assim, um direito aplicável ao soberano e um direito aplicável aos súditos; em 1893, o *Public authorities protection Act* previu medidas de proteção a funcionários, mas Dicey continuou a afirmar que na Inglaterra não havia prerrogativas para autoridades estatais.

Por outro lado, Dicey não teria levado em conta mudanças que se iniciaram, a partir de 1834, com o florescimento de administrações autônomas, criadas pelo Parlamento, para concretizar medidas previstas em leis e para decidir litígios resultantes de tais textos; assim, por exemplo, editada a *Poor law amendment Act*, em 1834, criam-se as *poor law guardians*; criam-se *boards* para saúde e ensino e assim por diante. Segundo Flogaitis, esses *administrative tribunals* se criaram caso a caso, como respostas precisas a problemas *ad hoc*; configuram nota relevante da administração inglesa no século XIX; significam o advento, na Inglaterra, do Estado administrativo e mantêm a mesma tendência típica inglesa: ausência de hierarquização centralizada e autonomia entre si e em relação ao poder central, em linha apostá, portanto, à da Europa continental, onde toda nova função se incorporava à Administração central.⁵²

Smith e Brazier,⁵³ depois de observarem “que a polêmica de Dicey, no fim do século XIX, contra a natureza tirânica do direito administrativo, gerou preconceitos, durante gerações, contra *administrative law* em qualquer forma”, afirmam que “a tese de Dicey sobre a unidade de normas aplicadas a autoridades e particulares é impossível: uma vez que o governo atribui amplos poderes discricionários a autoridades públicas e cria *tribunals* especiais fora do sistema jurisdicional ordinário, não há princípios do direito privado que possam ser aplicados quando poderes ou procedimentos de uma autoridade ou *tribunal* são questionados; gostando disso ou não, as cortes do *common*

52 Op. cit., p. 59, 62 e 63.

53 *Constitutional and administrative law*. 6ª ed., Londres: Penguin Books, 1989, p. 534.

law foram forçadas a desenvolver um sistema de princípios de *administrative law*.”⁵⁴

Na época de Dicey, portanto, fins do século XIX e começo do século XX, em que paralelamente, na Europa continental ocidental o direito administrativo se sistematizou, o panorama do direito inglês era o acima descrito. Seria difícil afirmar a existência de corpo orgânico, preceitos e normas semelhantes aos que se formaram no continente; mas houve alguns preceitos específicos para a atividade do poder público e havia entes administrativos com funções de solução de litígios, portanto, desvinculadas da justiça ordinária. A unidade de normas e de jurisdição apregoada por Dicey não vigorava integralmente.

Nas primeiras décadas do século XX o número de *administrative tribunals* continuou a crescer, seguindo-se a reação expressa na obra de Lord Chief Justice Hewart, *The New despotism*, de 1929, em que reafirma as ideias de Dicey, em vigoroso protesto contra a tendência a retirar do controle do juiz ordinário grande parte da ação administrativa; para Rivero, “o próprio vigor do ataque, efetuado em nome dos princípios tradicionais, confirma a profundidade da diferença entre esses princípios e o direito em gestação”.⁵⁵

Em 1929, cerca de um século após a publicação dos livros franceses, aparece a obra de Frederik. J. Port, *Administrative Law*, a primeira com esse título, com o objetivo de indicar quais garantias são necessárias para assegurar os princípios constitucionais da soberania do Parlamento e do *rule of law*.

Como resultado do livro de Hewart, formou-se o *Committee on Minister's powers*, que apresentou seu relatório em 1932, denominado *Donoughmore Report*; nesse relatório foi debatida a questão da utilidade de um sistema de direito administrativo e respectiva jurisdição, com exposição de pontos positivos do direito administrativo francês; daí não decorreu, no entanto, medida concreta alguma, embora Flogaitis veja no relatório a primeira fase do reconhecimento do direito administrativo na Inglaterra.⁵⁶

54 *Constitutional and administrative law*. 6ª ed., 1989, p. 534.

55 *Curso de direito administrativo comparado* (1954-1955), trad. não comercializada de Odete Medauar, 1984, p. 76.

56 Op. cit., p. 71.

Em 1947 editou-se *The Crown proceeding Act* que aboliu a imunidade da Coroa em matéria de danos, extinguiu o processo da *petition of right* em matéria de responsabilidade contratual da Coroa e instituiu o princípio de responsabilidade pública regida pelo *common law*, com exceções nos serviços de defesa nacional.⁵⁷

Dez anos depois se registra nova fase nessa evolução, representada pelo relatório do *Commitee on administrative tribunals and enquiries*, de 1957, conhecido como *Frank's Commitee*; de acordo com Flogaitis “esse relatório é o primeiro esforço de racionalização do sistema de justiça administrativa na Inglaterra que levou em consideração o testemunho direto de um francês, Letourneur, integrante do Conselho de Estado; o relatório não foi aplicado integralmente, mas dele resultou o *Tribunals and Enquiries Act 1958*, revisto e consolidado pelo *Tribunals and Enquiries Act 1971*; esse texto suprimiu o isolamento dos *tribunals*, ao determinar que incidisse, sobre a maioria deles, controle judiciário a respeito de questões de direito,⁵⁸ afastou a ideia de criar Conselho de Estado, vinculando os *tribunals* à justiça ordinária; exigiu decisão motivada dos *tribunals* para propiciar melhor controle pela *Queen's Bench Division*; manteve simplicidade, flexibilidade (desvinculação de precedentes) e acessibilidade dos *tribunals*; garantiu procedimento contraditório. No tocante às *Enquiries*, exigiu decisão motivada dos Ministros, salvo caso de segurança nacional.⁵⁹

A partir dessa época muitas obras sobre *administrative law* e controle jurisdicional da Administração vêm à luz, como a primeira edição do *Judicial review of Administration*, de S. A. Smith, em 1959, e a primeira edição do conhecido *Administrative law*, de H. W. R. Wade, em 1961.

Outro passo de relevo na evolução do direito inglês ocorreu com surgimento da *Order 53 of the Supreme Court*, em 1977, com modificação complementar em 1980, confirmada pela seção 31 do *Supreme Court Act 1981*. Tal texto decorreu de reforma proposta pela *Law Commission* e instituiu procedimento unificado para todos os recursos jurisdicionais contra decisões

57 Rivero. *Curso de direito administrativo comparado* (1954-1955). Tradução não comercializada de Odete Medauar. p. 77-78.

58 John Bell, Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais, in *Revue française de droit administratif*, 1(3), mai./jun. 1985, p. 401.

59 Woolf, Lord Justice, Traits caractéristiques du droit administratif anglais, in *Études et Documents du Conseil d'État*, 38, 1987, p. 247.

administrativas, modificando prática anterior de procedimentos diferenciados, que dificultavam o acesso. De acordo com a Order 53, em todos os casos um só corpo de juízes, os da *Queen's Bench Division*, tem competência para apreciar as decisões dos *tribunals* e de outros setores da Administração, o que propicia aos juízes fixar princípios para o conjunto dos litígios com a Administração; para toda ação torna-se necessária prévia decisão de admissibilidade pelo juiz; as condições de admissibilidade também se uniformizaram para os diferentes remédios.⁶⁰

A reforma trouxe várias dúvidas; uma delas a respeito dos assuntos que deveriam ser apreciados pelos juízes especializados; em 1981 emite-se a *Crown Office list* com o rol desses temas.

Outra questão dizia respeito à obrigatoriedade e exclusividade do novo procedimento para todo litígio de direito administrativo. A dúvida resolveu-se na decisão do caso *O'Relly v. Mackman*, proferida em outubro de 1982; os fatos do caso resumem-se ao seguinte: presidiários moveram ação pela via do processo civil para obter declaração de que medidas disciplinares adotadas por autoridade da prisão tinham vício de forma; Lord Denning, em sentença da *Court of Appeal*, expressou o reconhecimento solene da existência de um direito público com normas diferentes das normas do direito privado. Essa linha foi mantida na sentença da *House of Lords*, relatada por Lord Diplock, segundo o qual uma ação relativa à validade de decisão administrativa suscita questão de direito público e não poderia ser intentada pela via do processo civil; as medidas impugnadas pelos presidiários foram editadas em maio de 1979, a ação foi ajuizada em julho de 1980. Utilizando as vias do direito comum, os presidiários queriam escapar do prazo curto fixado na Order 53 (três meses); esta evasão constituía abuso de processo; a ação foi rejeitada e Lord Diplock formulou o princípio geral seguinte: toda pessoa que litiga em virtude de lesão, por autoridade pública, de direitos individuais protegidos pelo direito público (*rights protected by public law*) deve utilizar o processo administrativo previsto na Order 53, com duas exceções: se a questão é elemento acessório de uma ação de lesão de direito protegido pelo

60 John Bell, L'organisation du contentieux administratif en Grande-Bretagne, in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1987, p. 219, e Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais, in *Revue française de droit administratif*, 1(3), mai./jun. 1985, p. 401.

direito privado e se nenhuma das partes suscitar objeção ao uso do processo civil.⁶¹

A decisão do caso *O'Reilly v. Mackmann* suscitou reações diferentes no próprio meio jurídico inglês. Assim John Bell, mais inclinado à linha francesa, observa que, segundo a tradição do direito inglês, a distinção entre vias de ação de direito público e de direito privado seria incompatível com o *the rule of law*, mas a jurisprudência fixou essa distinção, que marca revolução no direito inglês; nota ainda que talvez não se possa afirmar que o caso *O'Reilly v. Mackmann* seja um *arrêt Blanco* do direito inglês, pois o processo administrativo inglês não abrange todas as atividades da Administração, só as *exorbitantes*; mas nas ideias de *autoridade administrativa* e do *caráter público dos poderes da Administração* se encontra problemática comum aos dois sistemas; e afirma que há juízes que têm posições restritivas quanto à revolução de Lord Denning e Lord Diplock.⁶²

Dentre esses está Lord Justice Woolf que tece as seguintes considerações: “se o direito inglês foi talvez modificado pela criação de um novo meio de controle jurisdicional, um sistema separado de direito administrativo não foi instituído na Inglaterra; ao contrário, o controle jurisdicional foi integrado no sistema ordinário; os mesmos advogados atuam nas mesmas salas de audiência ante os mesmos juízes, um dia em ação relativa a organismo público, no, em ação outro referente a particulares. Levando-se em conta a evolução tardia do direito administrativo na Inglaterra essa solução é a melhor; o povo teria expressado reservas se essas questões fossem decididas por órgão totalmente novo, criado especialmente para esse fim; o resultado é, sem dúvida, um compromisso tipicamente inglês”.⁶³

Smith e Brazier⁶⁴ comentam que “esta evolução quanto aos remédios disponíveis em *administrative law* levaria Dicey a se mexer em sua sepultura; a base conceitual da distinção entre direitos do âmbito público e privado, no entanto, foi objeto de crítica, como a de Wade, e tudo isso leva a indagar se

61 Dados extraídos de John Bell, *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais*, in *Revue française de droit administratif*, 1(3), m. jun. 1985, p. 401-403.

62 Op. ult. cit., p. 408.

63 Traits caractéristiques du droit administrative anglais, in *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, p. 248.

64 *Constitutional and administrative law*, Londres: 1989, p. 534-535.

um tribunal administrativo teria sido contrabandeado no sistema legal inglês pela porta dos fundos”.

Com dúvidas e controvérsias, a evolução prosseguiu. Em 1984, no caso *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation*, se fixaram aspectos das decisões administrativas a serem apreciados pelo juiz: a) *ilegalidade* – diz respeito ao desconhecimento de condições de direito e de fato que autorizam o exercício dos poderes públicos (os antigos *error of law*, *error of law on face of the record* e *error of jurisdictional fact*), aproximando-se das noções francesas de incompetência, erro de direito e inexistência dos fatos; b) *não razoabilidade* – trata-se de abuso de poder no exercício da apreciação discricionária; o juiz deve levar em conta os elementos pertinentes ou a omissão de elementos pertinentes ou fim estranho ao poder utilizado; o juiz anula uma decisão que nenhuma Administração teria tomado; esse aspecto assemelha-se ao desvio de poder e ao erro manifesto de apreciação; c) *impropriedade procedimental* – significa vício de procedimento ou de motivação, descumprindo preceitos fixados em lei ou normas jurisprudenciais da *natural justice*.⁶⁵

Diante da evolução do direito inglês, especialmente na década de 80, pode-se afirmar a existência de direito administrativo na Inglaterra, com características próprias, mas também com semelhanças ao sistema ítalo-francogermanico. O direito administrativo inglês mantém predomínio do aspecto processual, o aspecto de controle da atividade administrativa. O exame de alguns manuais permite comprovar esse dado; assim, Neil Hawke, no seu *An introduction to administrative law*, Oxford, 1984, no item referente à definição do *Administrative law*, afirma que este trata do controle legal dos poderes do Governo (p. 3), exercido pela High Court; Smith e Brazier, no *Constitutional and Administrative law*, Londres, 1989, já apresentam concepção mais ampla, embora centralizada no aspecto do controle jurisdicional da Administração: *administrative law* é um ramo do direito público referente à real atuação do governo, o processo administrativo...; concerne o dia a dia da Administração do país, em nível central e local, que põe em prática as políticas decididas constitucionalmente; *administrative law* regula esse processo; expõe a organização, composição, funções e procedimentos das autoridades públicas e dos *tribunals* especiais, sua repercussão no cidadão e direitos e obrigações a que é sujeito (p. 533). D.J.Galligan, no seu artigo *Socio-legal readings in Administrative Law*, in *A reader on administrative law*, Oxford, 1996, p. 1,

65 Dados extraídos de John Bell, *Aspects de l'évolution récente du droit administratif en Angleterre*, in *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, p. 232.

oferece a seguinte noção: “*Administrative law* é basicamente um corpo de normas sobre o modo como os poderes governamentais são exercidos”.

Permanece a unidade do direito nas matérias de responsabilidade da Administração, contratos e direito do trabalho, cujos litígios são decididos pelo juiz ordinário, mediante o processo civil.

Predomina ainda o caráter difuso e desconcentrado da Administração e das normas que regem os diversos *tribunals*; as leis do Parlamento criam autoridades públicas, dão-lhes poderes para atuar em determinado setor e ao mesmo tempo preveem garantias para defesa de direitos afetados por tais poderes e *tribunals* para apreciar os litígios; e muitas vezes preveem procedimento prévio à tomada de decisões (contraditório, consulta pública, etc.).

A Administração inglesa passou por mais transformações, sobretudo a partir do fim da década de 80 do século XX, as quais permitiram acentuar a existência de um setor público e de um *public law*, pois ao se concretizar, como ocorreu, uma diretriz de privatizações, admitiu-se haver um setor público, norteado, ao menos em parte, por um *public law*. Em virtude da quebra de monopólios estatais e da transferência, ao setor privado, da execução de vários serviços públicos, o governo Thatcher criou numerosos entes destinados a: regular os respectivos setores; impedir que as empresas privadas abusassem de seu poder monopolístico, no caso de estarem substituindo empresas estatais; averiguar críticas e reclamações de usuários; preservar a concorrência. Foram criadas agências reguladoras para cada setor, tais como: OFTEL, para telecomunicações; OFFER, para eletricidade; OFWAT, para água; OFGAS, para gás.

Em 1988 foi elaborado o relatório *Improving Management in Government: The Next Steps*, com o objetivo de sugerir medidas para melhorar a gestão governamental e para propiciar serviços de modo mais eficiente e efetivo. Foi proposta a transferência de várias atribuições dos órgãos da Administração central para agências dotadas de independência e responsabilidades, no quadro de políticas fixadas pelos órgãos centrais.⁶⁶ O termo *agência* passou a ser usado para denominar entes administrativos, utilizando-se a expressão *next steps agencies* para abranger aquelas instituídas após o citado relatório. Surgiram a partir de então cerca de 150 *agencies*.

66 Cf. Greer, *The Next Steps Initiative: an examination of the agency framework documents*, in Galligan (org). *A reader on Administrative Law*. Oxford: 1996, p. 118.

Segundo Galligan (op. cit., p. 9-12) foram quatro as principais transformações administrativas ocorridas na Inglaterra na década de 90 do séc. XX: a) a fragmentação da Administração central; b) a redução do setor público (*the contraction of the public sector*); c) a inserção de noções do setor privado no setor público, como por exemplo, o processo de *contracting-in*, ou seja, a contratualização de muitas relações entre setores administrativos para realização de um serviço público; d) a proliferação de órgãos de controle. Tais mudanças têm em comum três ideias principais: administração gerencial, (*new managerialism*), direcionada à eficiência e efetividade; privatização; e proteção dos cidadãos (tendo como uma de suas expressões a *Citizens's Charter*, editada em 1991).

Mais transformações ocorreram na primeira década do século XXI. Ante falhas diversas no sistema dos *Tribunals*, em 2000 foi efetuada uma avaliação do sistema por grupo composto de nomes consagrados da ciência inglesa do direito administrativo e coordenado por Sir Andrew Leggat, um Lord Justice of Appeal aposentado, cujo resultado figura no *Relatório Leggat*, intitulado: *Tribunal for Users. One system. One service*, com a seguinte ideia matriz: *tribunals* existem para os usuários (*users*) e não para outro fim; a este relatório se seguiu o *White Paper de 2004*, adotado pelo governo, denominado *Transforming Public Services: complains, redress and tribunals*, no qual os *tribunals* se inserem em mais amplo processo de revisão dos modos alternativos de solução de controvérsias entre cidadãos e poder público, vistos os *tribunals* na condição de modelo informal e econômico para fornecer justiça.⁶⁷

Com base no relatório Leggat e no *White Paper* de 2004 foi editado, em 2007, o *Tribunals Courts and Enforcement Act*, com entrada em vigor em novembro de 2008.

Ressaltam-se as seguintes disposições do *Tribunals Courts and Enforcement Act*, de 2007: a) grande parte dos anteriores *tribunals* foram concentrados no *First-Tier Tribunal* (de 1º grau) e no *Upper Tribunal* (Tribunal Superior – órgão de recurso, denominado agora *claims for judicial review*, ou de 1º grau em hipóteses específicas); b) os *Tribunals* foram conectados ao sistema jurisdicional, pois há possibilidade de recurso, sobre questão de

67 Os dados sobre os textos de 2000 e 2004 foram extraídos do artigo de Marco Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Rivista Trim. di Diritto Pubblico*, 1, 2009, p. 219 e 220.

direito, ante decisões do Upper Tribunal à *Court of Appeal* (Judiciário); c) o *Upper Tribunal* ocupou o lugar e as funções do *Appellate Committee* da *House of Lords* (integrante do Parlamento); d) os *tribunals* são divididos em câmaras (*chambers*), ou seja seções especializadas, com jurisdição própria, com matéria própria, para aproveitar o cabedal de conhecimento de que são dotadas e para dar continuidade ao serviço prestado; e) foi criado o *Administrative Justice and Tribunals Council*, no lugar do *Council on Tribunals* (instituído em 1958), cabendo-lhe a atribuição de supervisão do funcionamento dos *tribunals*, para que o sistema atenda à equidade, eficiência e fácil acesso, com a máxima autonomia funcional, dispondo, ainda, de poderes de recomendação ao governo e ao presidente dos *tribunals* (*Senior President*).⁶⁸

Os *tribunals* não são norteados pela regra do precedente, que vincula o Judiciário; a representação legal para acessar os *tribunals* não é obrigatória; os *tribunals* podem examinar o mérito da decisão da autoridade e adotar decisão mais favorável ao pleiteante.

O *Tribunals Courts and Enforcement* de 2007 estendeu princípios da *natural justice* aos processos administrativos, inclusive: comunicação da instauração do processo administrativo; direito de ser ouvido; direito de apresentar alegações escritas; direito à motivação do ato; de ter tutela judicial do ato final.⁶⁹

As transformações havidas no ordenamento inglês, em matéria de *administrative law*, se devem, em grande parte, à integração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no direito inglês, mediante o *Human Rights Act*, de 1998, e às diretrizes oriundas da União Europeia (então integrada pela Inglaterra).

O atual sistema inglês de tutela nos conflitos com a Administração Pública se mostra muito inovado em relação ao que existia até os anos setenta do século XX. Para Mario Chiti, “o direito inglês chegou a resultados similares àqueles que, por caminhos diferentes, são alcançados por países europeus continentais”, conhecendo hoje o direito administrativo.⁷⁰

68 Os dados do parágrafo foram extraídos de Marco Macchia, La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2009, p. 221-224; e de Mario Pilade Chiti. Il “nuovi poteri” nel Common Law: la prospettiva del Diritto Amministrativo, in *Diritto Pubblico*, 2, 2009, p. 394-397.

69 Mario Pilade Chiti, op. cit., p. 394.

70 Op. cit., p. 344 e 394.

Aponta-se, com frequência, uma *crescente aproximação ou convergência* entre o *administrative law* inglês e o direito administrativo de inspiração francesa.

Assim, por exemplo, Sabino Cassese menciona algumas semelhanças entre esses dois tipos: a) ambos asseguram um certo grau de independência da Administração em relação à política; b) ambos acatam o princípio da legalidade; c) ambos reconhecem que o juiz desempenha papel preponderante para ordenar o direito legislado e daí extrair princípios; d) a mescla do público e do privado; e) nos dois países o direito administrativo adquire um conteúdo intrínseco, formado por um corpo de princípios essenciais comuns, p. ex: motivação, proporcionalidade, ouvida dos interessados, proteção da confiança legítima; tais princípios resultaram de lento processo do qual participaram a jurisprudência comunitária, as decisões do Conselho da Europa, as leis e jurisprudência nacionais; f) a instituição de autoridades independentes ou semi-independentes.⁷¹

2.5.2 O direito administrativo norte-americano

Por influência inglesa não se cogitou de direito administrativo e de direito público nos Estados Unidos até fins do século XIX. Mas com o intervencionismo estatal, muitas atividades de particulares passaram a ter controle dos poderes públicos e reduzidas faculdades de órgãos administrativos foram substituídas por poderes amplos, inclusive de natureza legislativa e jurisdicional. A jurisprudência da Suprema Corte, a partir da decisão no caso *Munn v. Illinois*,^{*13} de 1877, admitiu a atuação do poder público na disciplina de negócios privados, como por exemplo, tabelamento de preços e fixação de tarifas. Em 1887 foi criada a *Interstate Commerce Commission*, primeira agência administrativa federal, competente para a regulação tarifária nos transportes ferroviários. A partir daí tem início a proliferação, acentuada após 1930, das *agencies*, instituídas pelo Poder Legislativo para implementar políticas desejadas; o Legislativo considerava que determinadas funções, como aplicação da lei, regulamentação, imposição de deveres, realizam-se de modo mais adequado por corpo independente; “a repercussão da atividade das *agencies* sobre os particulares é muito grande, às vezes maior do que o processo judicial”.⁷² Até 1940 havia cerca de 50 *agencies* ou comissões

71 *La construction du droit administratif – France e Royaume-Uni*. Paris: 2000, p. 139-145.

72 Asimov, Michael R., *Administrative law*. Chicago: 10.^a ed., 1984, p. (i).

reguladoras; de 1940 a 1946 criaram-se cerca de 200 *agencies*.⁷³ A categoria das agências abarca tipos diversos, como as agências “genéricas” (abrangem também os Departamentos centrais); as agências executivas e as *independent regulatory commissions* (estas agências suscitaram grande interesse na década de 90 do século XX).

Em 1870 havia emergido o chamado “*método de Langdell*” (estudo de caso, ou seja, estudo de sentenças do Judiciário); Langdell foi professor de Harvard; este método restringe o estudo do direito administrativo a uma só fonte; este método predominou.⁷⁴

Os estudiosos americanos adquiriram consciência do direito administrativo antes dos ingleses. Começaram a surgir obras dedicadas ao direito administrativo no fim do século XIX e início do século XX.

Para Cassese, os dois pais fundadores do direito administrativo norte-americano foram: Frank J. Goodnow (*Comparative Administrative Law*, de 1893, e *Principles of the Administrative Law of United States*, 1905) e Ernst Freund (*The law of the Administration in America*, artigo de 1894, e *Administrative Powers over persons and property*, de 1928); o primeiro foi mestre do segundo, com pouca diferença de idade; ambos estudaram na Europa, o primeiro em Paris e em Berlim, onde foi aluno de Gneist, e o segundo em Heidelberg; ambos foram estudiosos tendentes à análise sistemática, mais que ao estudo de caso, orientados também à comparação e abertura para outras disciplinas, contribuindo para uma visão ampla do direito administrativo, abrangendo não só a *judicial review*, mas também a organização e a atividade administrativa.⁷⁵ Também foi editado o livro de Dimock, *The Growth of American administrative law* (1923). O trabalho dos dois pioneiros foi quase esquecido em razão, sobretudo, do método de estudo do caso. Este método recebeu críticas de alguns autores norte-americanos, como, por exemplo, de James Landis, na década de 30 do século XX, por obscurecer o estudo das instituições, da legislação e o conhecimento da Administração Pública.

73 Dados extraídos do livro de Jorge Tristán Bosch, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos da América*, Montevideú, 1953, p. 13.

74 Cassese, Richard Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2005, p. 620.

75 Richard Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2005, p. 619.

Nessa ocasião discutia-se muito a respeito da hipertrofia do poder administrativo e pregava-se a necessidade de disciplinar a atividade das *agencies*; alguns relatórios foram elaborados pela Comissão especial de *administrative law*, vinculada à Ordem dos Advogados. Dois parlamentares, Walter e Logan, apresentaram projetos de lei, em 1936 e 1939, com apoio de Roscoe Pound. Roosevelt designou Comissão para exame do tema. Com a Segunda Guerra, o assunto perdeu relevo. Após a Guerra, Carl MacFarland, que atuara como presidente da Comissão da Ordem dos Advogados e como integrante da Comissão do Procurador-Geral para o Processo administrativo, deu forma definitiva ao texto do projeto e em 1946 promulgou-se o *Federal Administrative Procedure Act*. Segundo Pierce, Shapiro e Verkuil⁷⁶ essa lei foi *compromisso* pelo qual amplas delegações de discricionariedade foram toleradas, sob a condição de serem controladas por procedimentos extensivos; os mesmos autores observam que a lei introduziu a moderna era do *administrative law*.

Esse texto, que abrange a maioria dos temas do *administrative law* norte-americano, disciplina a atuação das *agencies*, cria direitos aos indivíduos no tocante ao modo de tomada de decisões, por esses órgãos, e prevê preceitos sobre o *judicial review*. Dentre as disposições da lei encontram-se as seguintes: a) as *agencies* são obrigadas a publicar, no órgão oficial federal, a descrição de sua organização central e periférica, o local onde o público poderá obter informações ou formular pedidos e propostas; informações sobre o procedimento e método geral como realiza as funções e toma as decisões; os regulamentos adotados em virtude de delegação, as disposições sobre a política geral que seguirá; ninguém será obrigado a submeter-se a organização ou procedimento algum que não tenha sido divulgado segundo tais normas, salvo disposição legal em contrário; b) é obrigatória a publicação, em órgão oficial, de projetos de regulamentação, oferecendo-se oportunidade, às pessoas interessadas, de participar da regulamentação mediante remessa de dados, vista, memoriais escritos; c) nenhum pedido de informação, inspeção ou exigência investigatória será realizado sem que haja autorização legal; d) será imediatamente notificado todo indeferimento total ou parcial de requerimento escrito; e) as audiências (*hearings*) recebem disciplina no tocante aos funcionários que as presidem, aos poderes exercidos, à prova e ao registro dos depoimentos; f) toda pessoa que sofra dano jurídico por ato

76 *Administrative Law and process*. Nova York: 1985, p. 34, nota 43.

de órgão administrativo está autorizada a pedir revisão judicial do mesmo; g) pendente revisão judicial, os órgãos administrativos e as cortes revisoras poderão suspender a eficácia do ato para prevenir danos irreparáveis.

Esta lei de 1946, cuja elaboração teve importante contribuição de Walter Gelhorn, que foi professor na *Columbia University of New York* e trabalhou com Roosevelt, se tornou modelo para legislações de outros países.⁷⁷

Outros textos vieram se incorporar à *Administrative Procedure Act*, todos numa linha de *transparência da Administração*. Assim *The Freedom of information Act*, de 1967, obriga as *agencies* a tornar mais acessíveis as informações ao público; *The Privacy Act*, de 1974, exige que a *agency* divulgue todos os usos rotineiros da informação pessoal, prevendo responsabilização se a agência fizer algum outro uso dos dados pessoais sem consentimento do indivíduo; *The Government Sunshine Act*, de 1976, determina que toda *agency*, encabeçada por colegiado, realize suas reuniões em público, salvo alguns assuntos (defesa nacional, política externa, etc.); *The Negotiated Rulemaking Act*, de 1990, instituiu a negociação como um dos modos de produção normativa das agências, visando, em especial, à ouvida de todos os interessados na matéria e à redução da litigiosidade.

Clark Bye,⁷⁸ em trabalho traduzido para o italiano, assinala tendência no direito norte-americano de ampliar a possibilidade de apreciação jurisdicional dos atos da Administração; por interpretação do *Administrative Procedure Act*, a Suprema Corte, em 1967, afirmou a presunção de recorribilidade das decisões administrativas, salvo se houver lei que impeça a revisão. Outra tendência deduz-se de obras doutrinárias, de pronunciamentos

77 Cassese, op. ult. cit., p. 623.

78 Recenti sviluppi del diritto amministrativo negli Stati Uniti d'America, in *Riv. trim. dir. pub.*, vol. 1, 1976, p. 460, 466, 467, 469 e 471. Cohen-Tanugi nota que o *administrative law* americano, concebido originalmente como forma de limitação do poder administrativo para proteger os interesses privados, evoluiu para um modelo de *representação de interesses*, que é a expressão da democracia participativa; nesse modelo, os diversos interesses afetados por essa ou aquela política de uma *agency* administrativa adquiriram direito de participar na formulação dessa política por procedimentos contraditórios formalizados e de assegurar controle judiciário sobre o equilíbrio entre os interesses concorrentes; há reconhecimento progressivo de um direito de intervenção no processo de decisão (por meio de audiências, comentários sobre os projetos de regulamentação) e de acesso mais amplo aos tribunais; assegurar o equitativo exercício do poder discricionário da administração passou a ser a função do *administrative law* (*Le droit sans L'État*. Paris: 3ª ed, 1987, p. 99).

de magistrados e de relatórios da *Administrative Conference*.⁷⁹ a preocupação com o estabelecimento de limites à discricionariedade das *agencies*; também se encontram afirmações no sentido de que as *agencies* são prisioneiras das indústrias ou de interesses que deveriam controlar e disciplinar (fenômeno denominado *captura*).

O direito administrativo norte-americano ainda apresenta caráter predominantemente processual, ante o peso conferido ao modo de tomada de decisões e à *judicial review* como controle da atividade administrativa, e gira em torno da *Administrative Procedure Act*. A consulta aos manuais de *administrative law* demonstra o núcleo de temas tratados: *judicial control, due process and right to an administrative hearing, discretionary decisions, obtaining judicial review*, por exemplo, tal como se encontra no livro *Administrative law and process*, de Gellhorn e Boyer, St. Paul, Minn, 1981. Esses temas também aparecem, por ex., em Mashaw, Jerry L., Merrill, Richard e Shane, Peter, *Administrative Law – the american public law system*, St. Paul. Minn., West Group, 1998.

Na visão desses autores, *administrative law* trata dos freios legais – a maioria de natureza processual – que são usados para controlar e limitar os poderes das agências governamentais. Ou focaliza os poderes e modos de decisão das agências e das normas que disciplinam as relações das agências com o Judiciário, o Legislativo e os órgãos executivos eleitos.

Mas parece possível encontrar autores que, embora dediquem maior número de páginas aos temas de controle, apresentam concepção mais ampla do *administrative law*. Alguns trechos de Pierce, Shapiro e Verkuil permitem vislumbrar talvez mudança de foco: “... crescente insatisfação pelo estudo do sistema de *judicial review* para entender como as decisões administrativas são tomadas e implementadas; a atividade administrativa é

79 Segundo Clark Bye, em 1968 instituiu-se a *Administrative Conference*, integrada num primeiro nível por um Conselho de onze pessoas, designadas pelo Presidente da República, *ad honorem*; é dirigida por um *Chairman*, nomeado pelo Presidente da República, que trabalha em tempo integral e mediante remuneração; o *Chairman* designa cerca de 75-90 membros que atuam na *Conference* por três anos, oriundos de diversas *agencies* ou departamentos federais; compete à *Conference* unicamente estudar os problemas da Administração pública e oferecer propostas de aprimoramento; para tanto, pode formar comissões que, por sua vez, solicitam pareceres ou estudos de professores de direito e especialistas; o *Chairman* deve transmitir as propostas da *Conference* aos órgãos públicos interessados e usar sua influência para que sejam adotadas (op. cit., p. 468).

também digna de se estudar, especialmente quando reflete realidades políticas a que inevitavelmente as decisões administrativas dão forma...; uma vez que a burocracia é aceita como força positiva e maior no governo moderno, o estudo da *Administrative Law* se expande para incluir perspectiva interna”.⁸⁰

Por sua vez, Richard Stewart, autor norte-americano pós anos 60 do século XX e muito citado por Cassese, também apresenta visão mais ampla do direito administrativo, afirmando que para compreender uma decisão dos juízes é necessário também conhecer a própria decisão administrativa e os fatores burocráticos e políticos de que resultou.⁸¹

Richard Stewart chama a atenção para mudanças no direito administrativo norte-americano nos fins dos anos 60 do século XX, sobretudo em virtude de dois fatores: (i) compartilhamento do interesse público com as inúmeras associações de defesa legal surgidas: meio ambiente, consumidor, direitos civis, etc; (ii) nova onda de regulação pelo Congresso em matéria de ambiente, segurança, direitos civis, no quadro de uma “revolução dos direitos”. Além do mais, as agências passaram ao *rulemaking* (edição de normas) com direito de participação dos cidadãos. Também ressalta a edição em 1981, por Reagan, da *Executive Order* 12.291, que exigia das agências a análise de custo-benefício das principais normas propostas e das soluções alternativas a estas; esta *Executive Order* foi substituída pela *Executive Order* 12.886, editada por Clinton, na mesma linha, sujeitando as análises ao controle do Office of Management and Budget (OMB), instituindo-se um sistema para regular o regularor.⁸²

Como a inglesa, a Administração norte-americana configura-se desconcentrada, povoada de numerosas *agencies* e *departments*, sem que se cogite de temas como hierarquia e personalidade jurídica.

No direito norte-americano se firmou a existência do direito público; assim Pierce, Shapiro e Verkuil, conferem, ao item 1.1. do primeiro capítulo do seu livro, o título de *Private and Public Law Contrasted*, expondo o seguinte: “Há neste país essencialmente dois modelos para a resolução de problemas e disputas sociais, conforme envolva direito privado ou público.

80 *Administrative law and process*. Nova York: 1985, p. VII e XI do Prefácio.

81 Cassese, op. cit., p. 625.

82 Os dados do parágrafo foram extraídos de Richard B. Stewart, Il diritto amministrativo nel XXI secolo, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2004, p. 5-8.

O direito privado envolve particulares contra particulares em corte estadual ou federal; segundo esse modelo o juiz é limitado a seguir um conjunto de precedentes ou preceitos legislativos. O direito público envolve pretensão do administrador governamental de disciplinar a conduta em geral de muitas pessoas mediante padrões legislativos destinados a promover o interesse público. Na busca da decisão, o administrador terá considerável discricção”.⁸³

Nas palavras de Mario Chiti “o direito administrativo norte-americano não tem juiz administrativo e não tem um juiz ordinário especializado, dotado de competências exclusivas ou prevaletentes em matéria de litígios envolvendo a Administração Pública, como hoje na Inglaterra”.⁸⁴

O antigo refrão da ausência de direito administrativo ou público nos Estados Unidos agora não prevalece. Não mais se pode afirmar a identidade total do direito aplicável às atividades privadas e às atividades administrativas; e até mesmo no concernente aos funcionários públicos existem normas específicas, como se comprova das ponderações de Stever⁸⁵ sobre *the marginal state*, isto é, sobre as empresas públicas ou *public authorities*, criticando-as porque não estão vinculadas aos *civil service rules*.

O direito administrativo norte-americano despertou grande interesse a partir da década 90 do séc. XX, em virtude da propagação de práticas regulatórias mediante atuação de agências, que em alguns países recebem o nome de *autoridades independentes*; a propósito, Cassese⁸⁶ menciona a *americanização do direito*, como resultado da globalização, que torna exportável o direito norte-americano. Este é um dos aspectos da convergência entre o direito administrativo de inspiração francesa e o direito administrativo anglo-saxônico.⁸⁷

83 *Administrative law and process*. 1985, p. 1.

84 I “nuovi poteri” nel Common Law. La prospettiva del diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2, 2009, p. 375. Neste artigo Mario Chiti expõe os lineamentos do direito administrativo inglês e direito norte-americano.

85 *The end of public administration*. Nova York: 1988, p. 145.

86 Op. cit., p. 625.

87 Marco D’Alberti. *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran-Bretagna, Stati Uniti, Italia*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 20-21.

2.6 Sistematização do direito administrativo brasileiro

Diferentemente do que ocorreu na Itália, França e Alemanha, a sistematização do direito administrativo no Brasil não se vinculou à instituição de justiça administrativa independente. O Conselho de Estado, criado pela Constituição de 1824, extinto pelo Ato Adicional de 1834, reinstituído por Lei de 23 de novembro de 1841 e abolido tacitamente pelo Decreto n.1, de 15 de novembro de 1889,⁸⁸ configurou órgão de assessoramento do Imperador para assuntos graves e medidas gerais; embora o art. 7º, item 4º da Lei n. 234, de 23 de novembro de 1841, tenha lhe atribuído a manifestação, por consulta do Imperador, sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias, o Conselho de Estado não firmou tradição de atuação jurisdicional, mesmo contida. O Visconde do Uruguay teceu muitas críticas ao seu funcionamento, especialmente nas questões administrativas, em virtude da demora na atuação, acarretada pela ausência constante do Imperador, que o presidia.⁸⁹

Nem se pode associar os primórdios do direito administrativo pátrio a alguma reforma administrativa ou a texto de lei referente ao conjunto da atividade da Administração. A Constituição de 1824 criara sistema unitário, mas descentralizado em províncias e municípios,⁹⁰ e o Ato Adicional de 1834 reforçara a posição das províncias. Nenhum texto de relevo sobre a Administração oferecia incentivo à elaboração doutrinária. O ponto de partida situa-se na criação da cátedra específica em São Paulo e Recife, em 1851, talvez por influência das cátedras já instituídas na França, na Itália e pela cátedra coletiva para o direito público (constitucional, administrativo e internacional público) existente desde 1836 em Portugal; e, ainda, pela repercussão no Brasil das obras de direito administrativo publicadas na Europa.

Para São Paulo foi indicado, em 1854, José Inácio Silveira da Mota, para reger a disciplina, o qual desistiu de assumi-la. Em 1855 chamou-se, do

88 Cf. José Reinaldo Lima Lopes. O oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil Império. São Paulo: Saraiva, 2010, e Dalmo de Abreu Dallari, O Conselho de Estado e o contencioso administrativo no Brasil, in *Rev.de dir. público*, n. 11, 1970, p. 33.

89 *Ensaio sobre o direito administrativo*. 1º vol. 1862, p. 308.

90 Para Oliveira Viana, a Carta de 1824 criou duas estruturas que antes não existiam, a provincial e a nacional, para as quais o povo não estava preparado, pela tradição de estrutura local; foi o poder imperial (de D. Pedro II) que manteve a base nacional (*Instituições políticas brasileiras*. EDUSP, Ed. Itatiaia, Ed. da E.FF, 1987, 1º vol., p. 271 e 275).

Rio de Janeiro, Antonio Joaquim Ribas, que demorou a apresentar-se; alegou que passara muitos dias à procura de um livro para servir de texto de estudo, não o encontrando; então, organizou apontamentos que iria emprestando para que os alunos copiassem.⁹¹

Vem à luz em 1857 a primeira obra de direito administrativo brasileiro, da autoria de Vicente Pereira do Rego, *Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré*, editado em Recife; no prefácio o autor explica que utilizou a obra de Pradier-Fodéré para a ordem das matérias, para colher os princípios gerais; aproveitou a doutrina para aplicação ao direito administrativo pátrio e, na parte da organização e legislação administrativa pátrias, foi forçado a postular muitas preleções fora daquele compêndio.

Veiga Cabral publica em 1859 seu livro *Direito administrativo brasileiro*, compreendendo “os projetos de reforma das administrações provinciais e municipais e as instituições que o progresso da civilização reclama”. Na introdução afirma que “a obra é a exposição de princípios e da legislação, em que se procura, sobretudo, coordenar e vivificar os elementos da ciência; é o plano do código administrativo brasileiro. Alguns espíritos negam ainda hoje a existência dos princípios fundamentais do direito administrativo. Mas desde que a Constituição do Império marcou dentro do domínio do Poder Executivo o limite invariável entre autoridade judiciária e administrativa, não se pode duvidar que foram estabelecidos os princípios fundamentais do direito administrativo”; ainda na introdução diz conhecer os trabalhos de Cormenin, Macarel, De Gerando, Proudhon, que abriram estrada ao ensino do direito administrativo, e reconhece o auxílio de Dufour, Laferrère, Vivien e Pradier.

Em 1861, com a publicação do seu *Direito administrativo brasileiro*, Ribas observava, no prefácio, que “nossas leis e regulamentos, todos os dias se reformam e essas reformas, no dia seguinte são de novo reformadas, havendo movimento em sentidos desencontrados; pretende lançar as bases do sistema administrativo e expor as noções mais sintéticas que logicamente decorrem de nossas instituições políticas e administrativas; depois, no capítulo I, observa que “a ideia de assentar a legislação administrativa em princípios racionais

91 Os dados desse parágrafo foram extraídos da Apresentação, de autoria de Américo Jacobina Lacombe, à edição do *Direito Administrativo brasileiro*, de Ribas, realizada pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1968.

e de constituí-la em corpo de doutrina é filha das tendências filosóficas da Revolução francesa”; em sua bibliografia cita autores franceses, belga, italiano, alemão, espanhol (Colmeiro); manifesta-se a favor de jurisdição administrativa separada do Judiciário.

O Visconde do Uruguay no preâmbulo do livro *Ensaio sobre o direito administrativo*, editado em 1862, expressa sua admiração pelos resultados práticos da administração na França e na Inglaterra. Convenceu-se de que se liberdade política é essencial para a felicidade de uma nação, boas instituições administrativas não o são menos; examinou os volumes dos trabalhos do Conselho de Estado brasileiro de 1842 a 1860; reuniu e estudou quase todos os escritores de direito administrativo da França, que é o mais completo e desenvolvido; procurou se inteirar das principais feições e jogo das instituições em Portugal, Espanha, Bélgica Inglaterra e Estados Unidos; a fls. 7 menciona que o direito administrativo da França, Espanha, Portugal e Bélgica e o brasileiro têm muitos pontos de semelhança entre si, mas diversificam do da Inglaterra e Estados Unidos; na França, como entre nós, o governo administra quase tudo; aí são necessárias instituições que ofereçam garantias aos administrados (p. 229 do 2º vol.); depois de discorrer sobre as instituições administrativas inglesas e norte-americanas, conclui que tal sistema não nos é aplicável (p. 266 do 2º vol.).

Nesse grupo de iniciadores do direito administrativo pátrio nota-se a predominante influência francesa, seguida da portuguesa, espanhola e belga, não somente pela bibliografia citada, mas em razão dos temas expostos; suas obras, de excelente nível, refletem ideias típicas do século XIX no tocante ao Estado, à atividade administrativa, ao Poder Executivo, ao Estado e sociedade, por exemplo.

Registrem-se, ainda, neste período, as obras de Furtado de Mendonça (*Excerto de direito administrativo pátrio*, 1865) e Rubino de Oliveira (*Epítome de direito administrativo brasileiro*, 1884).

Num segundo grupo de autores, com obras publicadas após o advento da República e do Federalismo, entre os quais Alcides Cruz (*Noções de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1910), Porto Carreiro, (*Lições de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1918), Rui Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1937), Tito Prates da Fonseca (*Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1939), Djacir Menezes, (*Direito Administrativo moderno*, Rio de Janeiro, 1943), o direito administrativo pátrio prossegue sua evolução, ainda com predomínio da linha francesa, embora

se verifiquem também reflexos de orientação norte-americana e belga, por exemplo, na defesa da jurisdição una, apregoada por alguns autores; nota-se também influência de Otto Mayer e de autores italianos.

Com um terceiro grupo de autores, dentre os quais, Guimarães Menegale, Temístocles Brandão Cavalcanti, Mário Masagão, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Onofre Mendes Júnior, Miguel Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito e Celso Antonio Bandeira de Mello, continuou a sistematização do direito administrativo pátrio, com predominante influência francesa, seguida da italiana e alemã; a unidade de jurisdição pode ser atribuída à inspiração norte-americana ou belga.⁹² Caio Tácito em estudo intitulado “Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro” (*Revista de direito administrativo*, n. 129, jul./set. 1977, p. 21-33) indica a influência norte-americana, expressa na teoria da concessão de serviço público no tocante à ação regulamentar do poder concedente; no regime de serviço pelo custo em substituição às cláusulas de tarifa máxima; na implantação da moderna concepção de administração de pessoal, a partir de 1930, inclusive com a criação do DASP em 1938.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988 o direito administrativo brasileiro vem mostrando grande desenvolvimento, no aspecto temático, doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Cresceu o interesse pelo seu estudo; vêm se elaborando inúmeras dissertações e teses; aumentou o rol de livros e artigos; ampliaram-se os congressos e seminários por todo o país. A jurisprudência na matéria se enriqueceu. Aos temas clássicos, outros se acrescentaram, como o processo administrativo, a regulação, as agências reguladoras; figuras antigas receberam novos matizes, como a concessão e permissão de serviço público.⁹³

Nos primórdios do séc. XXI o direito administrativo brasileiro, embora guardando suas peculiaridades, mostra um panorama similar ao do direito administrativo da França, Itália, Espanha, Portugal, tendo recebido,

92 Jean Rivero, como já se ressaltou, atribui à Bélgica a influência na adoção da unidade de jurisdição nos países sul-americanos, em virtude do teor da sua Constituição de 1831 (*Curso de direito administrativo comparado – 1954-1955*, trad. não comercializada de Odete Medauar, 1984, p. 88).

93 Para estudo da formação e desenvolvimento do direito administrativo brasileiro v. a fundamental obra de Fernando Dias Menezes de Almeida, *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

como estes, certa influência do *administrative law* norte-americano no tocante à regulação e às agências reguladoras. Este panorama será exposto adiante.

2.7 O sistema ocidental continental

Embora abrigue figuras de inspiração anglo-saxônica, o núcleo central do direito administrativo pátrio, na sua formulação clássica, identifica-se ao resultante da sistematização ítalo-franco-germânica: submissão da Administração ao direito; personalidade jurídica do Estado e de outros entes; ato administrativo unilateral; hierarquia; poder discricionário; direito subjetivo público; poder de polícia; contrato administrativo. O direito administrativo pátrio filia-se, pois, a esse sistema.

Atualmente nota-se tendência à aproximação entre o sistema anglo-saxônico e o ocidental continental, como se deduz do estudo das recentes mudanças ocorridas no direito inglês e norte-americano; encontram-se noções comuns, como as de poder discricionário e direitos de natureza pública (e é possível supor similitude maior entre os dois modos de disciplinar a atividade administrativa, ante a globalização).

Apesar dessa tendência, existe, até hoje, forte marca do sistema ocidental continental. Segundo Rivero, “o conjunto dos direitos, fora o anglo-saxônico, forma o sistema dos direitos administrativos do tipo ocidental continental; as matérias intelectuais e o método de pensamento procedem da mesma inspiração ideológica: todo o grupo pertence à tradição liberal; existe identidade técnica, entendida não como analogia entre as soluções de direito positivo, que muitas vezes se contrapõem, mas no sentido de método de análise dos fenômenos jurídicos, que permitiu a comunicabilidade das categorias e quadros conceituais; a identidade histórica toma a forma de um jogo de permutas e influências”.⁹⁴ Cassese refere-se a “um *corpus* central do direito administrativo tendencialmente comum aos vários tipos dominados por legislação diversa”.⁹⁵

A sistematização, sobre a qual se discorreu, efetuada no século XIX e primeiras décadas do século XX, resultou nesses pontos comuns. A partir de

94 *Curso de direito administrativo comparado (1954-1955)*, trad. não comercializada de Odete Medauar, 1984, p. 135-136.

95 *Cultura e política del diritto amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 1971, p. 177.

1945 assiste-se a período de maturação silenciosa do direito administrativo,⁹⁶ em torno do núcleo comum, com algumas variações, como por ex., as empresas públicas e sociedades de economia mista, que acarretaram crise da noção de serviço público calcada no aspecto orgânico.

Mas o corpo comum permaneceu e desde a década de 60 surgiram críticas a essa sistematização.

2.8 Crise e crítica do direito administrativo

Um pouco antes, Rivero⁹⁷ afirmou que “o regime das empresas nacionalizadas exerceu influência direta sobre algumas das teorias clássicas do direito administrativo e mais profundamente agravou e acelerou a *crise* que já afetava o edifício clássico do direito administrativo como havia sido elaborado no primeiro quarto do século; ... as categorias tradicionais se mostraram inadequadas às situações novas ou só puderam adaptar-se ao preço de profundas transformações”.

Em 1961, Michele Giorgiani⁹⁸ refere-se a *crise ou caos* no direito administrativo em virtude da penetração, no seu âmbito, de elementos privatísticos.

Para o espanhol Torné Jimenez,⁹⁹ “o direito administrativo está sofrendo uma das maiores *crises* de sua existência. Isso é certo, apesar do estado relativamente tranquilo da doutrina...; mais que outro setor do ordenamento, o direito administrativo necessita de mudanças na tradicional e exclusiva metodologia jurídica para que outras ciências humanas ofereçam dados necessários à construção de um direito administrativo que responda eficazmente ao desafio de nossa civilização tecnológica. Não se deve interpretar essa posição no sentido de diluir o jurídico... Trata-se de retirar

96 A expressão é usada por Garcia de Enterría para caracterizar o período do direito administrativo francês que se seguiu ao das grandes construções macrojurídicas elaboradas por Duguit e Hauriou (Quatro maestros de Paris, una época del derecho administrativo, in *Revista española de derecho administrativo*, 1980, p. 483).

97 *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*, publicado pela primeira vez em 1952 e reimpresso na obra *Pages de Doctrine*. Paris: 1980, vol. II, p. 52 e 54.

98 *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trim. di diritto civile*, 1961, p. 418.

99 *El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática*. Universidad de Granada: 1978, p. 11 e 12.

o jurista de sua torre de marfim e de fazê-lo ver que o ordenamento que norteia a atividade da Administração a duras penas poderá cumprir sua missão se internado no jurídico. O administrativista necessita das conexões metodológicas e científicas interdisciplinares”.

Sanchez Moron menciona a “*contínua crise* do direito administrativo originada da separação entre seus dogmas e a realidade”.¹⁰⁰

Segundo Parejo Alfonso¹⁰¹ a crise da Administração e do direito administrativo afeta o modelo do Estado no tocante à construção positiva e dogmática de sua organização e funcionamento; construção que não foi revista no compasso das transformações reais, sobrecarregando as categorias e as técnicas concebidas e formuladas para suportar outros conteúdos”.

Por sua vez, Fioravanti observa que “só nos últimos decênios se vive de modo crítico e consciente a *crise atual* do direito administrativo”.¹⁰²

Para o alemão Sandler “na hora atual parece que o direito administrativo está em *período de transição*; ele é talvez, em relação a isso, a imagem do Estado e da sociedade refletida no espelho”.¹⁰³

Mais contundente, Alejandro Nieto¹⁰⁴ diz que o direito administrativo vive angustiado por sua falta de identidade; os juristas mais antigos herdaram patrimônio científico e ideológico equilibrado, que agora lhes escapa das mãos, sem que acertem encontrar novos pontos de referência aceitavelmente seguros; ...os dogmas de ontem já não valem e é urgente encontrar novos; não se trata de *crise* episódica”.

A par de menções expressas à crise, encontram-se comentários críticos sobre o direito administrativo clássico.

Cassese, em obra de 1971, afirma que “o direito administrativo tem pouco mais de um século e parece já moribundo. Ele é sujeito a tumultuada

100 *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madri: 1980, p. 18.

101 *Estado social y Administración pública*. Madri: 1983, p. 95.

102 Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica, in *Quaderni fiorentini*, 1984, p. 598.

103 L'évolution du droit administrative en République Fédérale d'Allemagne, in *Revue Internationale des sciences administratives*, 1983, n. 2, p. 156.

104 *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Madri: 1986, p. 7, 9, 10 e 291.

legislação que o modifica continuamente, no entanto é um corpo imóvel”.¹⁰⁵ No mesmo estilo, Torné Jimenez¹⁰⁶ refere-se “a profunda comoção nos velhos moldes e instituições do direito administrativo liberal, hoje ostensivamente distanciado do modelo de Estado social e da sociedade complexa, plural, tecnologicizada de nossos dias; ... o direito administrativo herdado é uma *venerável relíquia*”.

Menciona-se “a incapacidade do sistema conceitual¹⁰⁷ e principiológico, sobre o qual se construiu o direito administrativo, de responder às atuais demandas da sociedade; a radical insuficiência do direito administrativo para assegurar justiça e igualdade”; “a insuficiência para apreender a realidade da vida administrativa”.¹⁰⁸

Feliciano Benvenuti refere-se à “consciência comum que sente a vacilação dos próprios princípios sobre os quais até hoje, se apoiou, por uma cada vez mais cansativa tradição de pensamento, o sistema administrativo”.¹⁰⁹

Badie e Birnbaum¹¹⁰ e Cohen-Tanugi¹¹¹ vinculam o predomínio do Estado sobre a sociedade ou a autonomização deste em relação à sociedade ao direito administrativo de tipo francês.

105 *Cultura e política del diritto amministrativo*. Bolonha: 1971, p. 5.

106 De la democracia a la participación: remodelación de instituciones administrativas, in *Administración y Constitución (Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles)*. Madri: 1979, p. 579.

107 Ariño Ortiz, Una reforma pendiente: participación, in *Revue Internationale des sciences administratives*, 1978, p. 271.

108 Nigro, Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. e procedura civile*, n. 2, 1968, p. 643.

109 Per un diritto amministrativo paritario, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padua, p. 819.

110 *Sociologie de l'État*. Paris: 2ª ed., 1982, p. 181.

111 *Le droit sans l'État*. Paris: 3ª ed., 1987, p. 96 e 110.

E prega-se a necessidade de “reconstrução conceitual do direito administrativo”,¹¹² de “imenso trabalho de releitura”,¹¹³ de “profundas revisões”, “categorias clássicas devem ser questionadas, categorias novas devem ser elaboradas”.¹¹⁴

O estudioso do direito administrativo, deparando com tais críticas, encontrando menção a crise, levando em conta a época da origem e sistematização desse ramo jurídico e a realidade atual, indagará necessariamente: pode-se cogitar de crise do direito administrativo? Há procedência das críticas que vários autores dirigem, sob diversos ângulos, ao sistema conceitual do direito administrativo? Torna-se necessária revisão global das categorias de leitura?

Tais indagações, formuladas no início da década de 90 do séc. XX, (quando a primeira edição deste livro foi escrita), calcadas nas considerações críticas tecidas nas décadas de 60, 70 e 80 do século XX, conforme se expôs, ainda prevalecem? Ainda se pode falar, nos primórdios do século XXI, de crise do direito administrativo? Já ocorreu a revisão das categorias clássicas? Houve elaboração de novas categorias?

O exame do contexto em que foi elaborado o direito administrativo e o de suas mutações, conjugado à perspectiva interna dos institutos, propiciará, com certeza, referências para um posicionamento a respeito das questões suscitadas.

Autores e ideias

*1 *Gian Domenico Romagnosi* nasceu em 11.12.1761 e faleceu em 1835. Viveu em época de mudanças e muita agitação política e cultural. Segundo observa Giampaolo Rossi, viviam nessa época Cesare Beccaria, Jean-

112 Moreno Gil, En torno a un nuevo intento de reconstrucción del derecho administrativo, in *Documentación Administrativa*, Madri, 1983, p. 162; o autor comenta a 8ª edição do *Tratado de Derecho Administrativo*, de Garrido Falla, e diz que o conceituado administrativista espanhol efetuou reconsideração de suas ideias a respeito dos conceitos básicos do direito administrativo; há nele “novas concepções manifestadas de modo duro, sem concessões ou perdões a si próprio”.

113 Guarino, Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sul compito dei giuristi, in *Riv. trim. dir. pub.*, out./nov. 1970, p. 992.

114 Rivero, Maurice Hauriou et le droit administratif, escrito em 1968 e reimpresso em *Pages de Doctrine*. Paris: 1980, vol. I, p. 41.

Jacques Rousseau, Adam Smith, Kant; os sistemas políticos durante sua vida foram: os dos príncipes esclarecidos, os da Revolução Francesa, de Napoleão, da Restauração, com passagens tumultuadas e idas e vindas entre um e outro sistema; as conquistas fundamentais que vêm ligadas aos iluminismo estiveram na base da sua formação; a força inovadora dessas concepções só se pode compreender se houver consciência dos privilégios nobiliárquicos e confessionais que eram removidos para permitir o livre desenvolvimento das pessoas e do comércio; Romagnosi pagou as suas convicções com dois períodos de prisão e com a perda da cátedra universitária. (L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo..., in *Diritto Pubblico*, 1, 2012, p. 13, nota 22). Exemplos de ideias e escritos de Romagnosi: sua ideia de Estado é típica do absolutismo iluminado: “poder autônomo em relação à coletividade, que se auto-legitima na sua objetiva capacidade de satisfazer necessidades sociais”. “O ordenamento é construído segundo o cânone da necessidade absoluta de prevenir que o interesse do administrado não seja sacrificado àquele da Administração” (frase presente no capítulo III do seu *Principi di diritto amministrativo*...). “A lei é simples articulação de um edifício político já dado e desempenha somente papel garantidor”. Romagnosi era favorável ao sistema administrativo napoleônico, como aprimoramento do absolutista, defendendo, no entanto, a autonomia das comunas (Romagnosi é tido como um dos grandes defensores da autonomia municipal e do poder municipal). “Todo o problema administrativo é: transferência, ao nível periférico, de uma vontade que se forma no centro”. É sua a frase: “julgar é assunto de muitos, administrar, de um só”.

*2 Os primeiros administrativistas franceses, Louis-Antoine MACAREL, J-M DE GERANDO e L-M de la Haye de CORMENIN, tomam como base, em suas obras, a análise da jurisprudência, sobretudo do Conselho de Estado, organizando-a por matéria e ordem alfabética; nas palavras de Cassese, as florestas, os bens, as comunas, as instituições de caridade, os agentes contábeis, as águas, a imigração, a expropriação, os contratos, as minas, as obras públicas, as estradas eram matérias focadas; para o mesmo autor havia um esforço nesses autores de construir um sistema autônomo, separado do direito privado e do direito constitucional (*La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 27) Alguns desses autores, ao lado de atividades científicas, exerciam intensa atividade político-administrativa e foram membros do Conselho de Estado.

*3 *Pandectismo* ou *escola pandectista* - o nome vem de *pandectas*, segunda parte do *Corpus Iuris Justinianum*, chamada em grego *pandektai* (significa universal). Para essa escola, a tarefa do jurista é a de teorização e de sistematização. Adota a concepção de sistema fechado, daí a exigência de ser completo, sem lacunas. O direito é visto como totalidade que se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas em conexão;

as lacunas aparentes sofrem correção por processo de interpretação. Atribui aos conceitos caráter abstrato, neutro em relação aos interesses em jogo. Admite a utilização dos mesmos conceitos nos diversos ramos do Direito. Núcleo da dogmática pandectista: conceitos de vontade do indivíduo; direitos subjetivos; atos jurídicos; bens. Reflexo no direito público: relevância do dogma da personalidade jurídica unitária do Estado; soberania como capacidade do Estado como sujeito; imperatividade dos poderes e atos, como face jurídica da soberania; construção da relação Estado-cidadão realizada pelo ato administrativo; supremacia da vontade do legislador expressa na lei e no direito codificado. Temas do Direito Administrativo baseados nas categorias pandectistas: capacidade de direito público; pessoas jurídicas públicas; negócio administrativo. Dentre os pandectistas salientam-se: a) *Puchta* – discípulo de Savigny, fundador da jurisprudência dos conceitos; menciona a pirâmide de conceitos, em cujo vértice está o conceito mais geral, em que se subsumem, como espécies e subespécies, outros conceitos; b) *Windscheid* – ideias nucleares: direito como vontade racional do legislador, sendo equiparado à lei; grande importância dos conceitos jurídicos, cuja conexão forma o sistema lógico; no vértice da pirâmide dos conceitos do direito privado coloca o direito subjetivo, como possibilidade de impor uma injunção da ordem jurídica contra alguém. Otto Gierke, em 1886, criticou a abstração dos juristas que apreciavam os conceitos puros, para quem a vida concreta se torna um conjunto de regras abstratas, tão abstratas que são mortas (*Der Humor im deutschem Recht*, 2ª ed.). Para Giannini o traslado da técnica e da dogmática do pandectismo para o direito administrativo trouxe o benefício da consciência científica; quanto ao traslado da problemática, revelou-se incompleta (Profili storici della scienza del diritto amministrativo, in *Quaderni Fiorentini*, vol. 2, 1973).

- *4 *Orlando* – nasceu em 1860 e morreu em 1952; seu texto, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, onde expõe suas ideias, é a famosa prolusione, de 1889, na Universidade de Palermo; em 1891 publica a 1ª ed. do *Principi di diritto amministrativo*, que pôs os fundamentos da ciência do direito administrativo; o famoso *Primo Trattato...* por ele coordenado, representa momento da unificação teórica dos publicistas italianos. Ideias nucleares: necessidade de revisão crítica de tudo o que a doutrina publicista havia elaborado, para o fim de transformar o direito público em ciência jurídica; é contra a intrusão da filosofia, da sociologia e da política (embora tivesse sido deputado e homem de governo); deve-se absorver o político no jurídico; prega o método jurídico não só para o fim de “purificação” do direito administrativo, mas como instrumento de hegemonia do Estado em construção e dos seus juristas nele; o direito público concebido como sistema de princípios jurídicos coordenados; para tornar autônoma a ciência do direito administrativo é necessário usar modelo dos ramos mais desenvolvidos: o direito privado e o romano; foi influenciado por Savigny e também por Gerber e Laband. Foi professor de Santi Romano.

- *5 *Santi Romano* – Nasceu em 1875 e morreu em 1947; sua maior obra, *L'ordinamento giuridico*, surgiu primeiro em dois fascículos na Universidade de Pisa, em 1917-1918, depois em volume, em 1918, com edições posteriores; também é autor de *Principi di diritto amministrativo italiano* e *Corso di Diritto Costituzionale*. Ideias nucleares: ordenamento jurídico: todo ente social que tenha base estável, uma estrutura e organização próprias e que, reduzindo à unidade os vários indivíduos que o compõem, adquire vida própria e forma um corpo em si, p. ex: o Estado, a Igreja, o Município; estes entes se traduzem em ordenamentos; se a eles se dá o nome de instituição, se pode dizer que toda instituição é um ordenamento jurídico e vice-versa; um ordenamento não se resolve só em normas; estas pressupõem a instituição; há pluralidade de ordenamentos; o Estado é também pessoa jurídica, embora não necessariamente; função executiva não é pura execução da lei, compreendendo também a atividade de governo. Santi Romano se considerou devedor, em parte, de Hauriou, referindo-se à obra deste, *Principes du Droit Public*, 2ª ed., 1916. Santi Romano foi aluno de Orlando e este reconheceu, em 1942, que ele tinha buscado nova forma de conceber o direito e que a teoria do ordenamento jurídico rompeu toda uma tradição. Foi professor de Zanobini e de Massimo Severo Giannini.
- *6 *Laferrière, Edouard* – A 1ª ed. do famoso *Traité de la juridiction administrative* seria de 1886, segundo Jèze, para o qual Laferrière foi o primeiro a impor método e ordem ao explicar as soluções práticas, buscando as ideias gerais subjacentes às decisões; com isso provocou os posteriores tratados científicos de que se orgulha a França; foi Vice-Presidente do Conselho de Estado e Governador-Geral da Argélia. Seu pai, Louis Firmin Julien Laferrière, foi professor de Direito administrativo da Univ. de Rennes e membro do Conselho de Estado, sendo autor do *Cours de droit public et administratif*, 2 vols, 1ª ed. 1839, 2ª ed. 1854.
- *7 *Hauriou, Maurice* – Em 1892 sai a 1ª ed. do seu *Précis de droit administratif*, em 1896, a obra sociológica, *Science sociale traditionnelle*. Formulou a famosa *teoria da instituição*: começou a ser esboçada em 1906, sendo mais elaborada em 1925, no artigo *Théorie de la institution et de la fondation*. Ideias nucleares: instituição tem individualidade social certa, tem fim determinado, funciona; o poder é limitado por sua organização objetiva, transformada gradualmente em instituição; critica a teoria da autolimitação concebida por Laband e Jellinek (limitação espontânea); autolimitação do poder é corrigida pela teoria da instituição, que é teoria da autolimitação objetiva; o verdadeiro elemento objetivo do sistema jurídico é a instituição; são as instituições que fazem as regras de direito e não as regras de direito que fazem as instituições; a organização administrativa é uma instituição; o Direito é produção da sociedade em todas suas formas, não somente do Estado; o Estado tende a se tornar personificação jurídica da Nação; a teoria da pessoa moral é essencial; o direito público ordena a coisa pública em vista da liberdade e da justiça

pela criação de instituições e pela personificação da instituição política; o Estado de Direito é a base fundamental do direito público objetivo, acarretando a subordinação do poder de dominação à ordem jurídica; Direito administrativo – regulamentação dos poderes da Administração, que se tornam direitos da *puissance publique*, em conflito com direitos dos particulares; é direito que se coloca sob o ponto de vista do exercício dos direitos da Administração pública, sendo fundado sobre a teoria dos atos, porque esses direitos se exercem por atos. Criticou a concepção de serviço público de Duguit e Jèze, no prefácio à 11ª ed. do seu Précis, de 1927, por colocarem em 1º plano a noção de serviço público; a *puissance publique*, a vontade do Estado fica em 1º plano; em 2º lugar, o serviço público com papel importante porque traz autolimitação objetiva da *puissance*. Elaborou a concepção de *regime administrativo*.

*8 *Regime administrativo* – Concepção de Hauriou exposta primeiro em 1916 num sentido que não mais prevaleceu; em 1927 a expôs tal como se expandiu: a) todas as funções administrativas devem ser fortemente centralizadas e confiadas a poder único; b) este poder, enquanto jurídico, é o Poder Executivo; c) daí os agentes serem colocados sob autoridade hierárquica de chefes pertencentes ao Executivo e serem regidos por leis especiais; d) autoridades administrativas agem por decisão executória; e) além da lei e do juiz, ao indivíduos sentem a autoridade do poder administrativo; f) o poder administrativo é dotado de autonomia.

*9 *Duguit, Léon* – Em 1901, na obra *L'État, le droit objectif et la loi positive*, expõe ideias gerais que depois irá desenvolver: é impossível subordinar as relações tão complexas que nascem entre indivíduos e as coletividades aos velhos quadros; é necessário banir conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo; é necessário banir ideia de Estado como *puissance publique*, podendo impor soberanamente sua vontade porque é superior aos sujeitos; a noção de *puissance publique* deve ser substituída pela de serviço público; o Estado deixa de ser *puissance* que ordena para ser grupo que trabalha. Ideias nucleares do *Traité de droit constitutionnel*: é necessário abolir ponto de vista subjetivista no direito público; critica Jellinek porque este ligou toda a atividade pública aos direitos subjetivos, cujos titulares são o Estado e as pessoas públicas dele emanadas; critica Kelsen, por levar o objetivismo às últimas consequências; o panteísmo jurídico de Kelsen é a negação do direito público; se há identificação entre o Estado e o Direito é difícil estabelecer limitações ao Estado pelo Direito; critica a teoria da personalidade jurídica do Estado; critica a teoria estatista do Direito, pois Direito não é criação do Estado, existindo Direito fora do Estado; o fundamento do direito objetivo é a solidariedade social; não aceita a doutrina do Estado como pessoa coletiva soberana, por repousar sobre conceitos metafísicos, sem valor; o Estado não é *puissance publique* que comanda; Estado é cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelo governo; a noção de serviço público é essencial, em torno dela gravita todo o direito público moderno; é o fundamento e o

limite do poder governamental; se há *puissance publique*, ela é dever, função, não um direito.

*10 *Jèze, Gaston* – Obra mais conhecida: *Principes généraux du droit administratif*, cuja 1ª ed. Veio à luz em 1904. Ideias nucleares: a principal função da Administração é fazer funcionar os serviços públicos; o serviço público é a ideia mestra do direito público; adeptos das velhas teorias da soberania, da *puissance publique*, da autoridade desaparecem, um a um; o Estado é um conjunto de serviços públicos; o estudo do Direito é o estudo da vida; critica o estudo do Direito por interpretação dos textos; o Direito vive e evolui sem cessar sob influência do meio em que se aplica; o Direito administrativo é o conjunto de regras referentes aos serviços públicos.

*11 a) *Gerber* – pai da moderna ciência do direito público alemão; em 1853 publica seu *Direitos Subjetivos*. Ideias nucleares: necessidade de apoio do direito público no direito privado, porque este era o campo em que a ciência jurídica alemã construíra sistema completo; a personalidade jurídica do Estado e das suas partes é premissa para a construção do direito público, sendo a forma pela qual o povo alcança organicamente sua unidade jurídica.

b) *Laband* – professor em Konisberg, em 1866; professor em Estrasburgo, França, a partir de 1871, quando a Alsácia foi anexada à Alemanha; ensinou até 1917; faleceu em 1918. *Carré de Malberg* sucedeu Laband em Estrasburgo. Em 1876 Laband publicou a 1ª ed. do *Staatsrecht des deutschen Reiches*. Ideias nucleares: os constitucionalistas não têm de se imiscuir nas questões políticas sobre o valor das instituições; o jurista deve incluir as regras de direito público decorrentes da constituição nas categorias jurídicas estabelecidas; é necessário evitar novos conceitos jurídicos; as disposições jurídicas particulares vinculam-se a conceitos jurídicos mais gerais; considerações filosóficas, históricas, políticas não têm importância para a dogmática da matéria jurídica concreta. Os franceses Hauriou e Duguit refutaram Laband.

c) *Georg Jellinek* – nasceu em 1851 em Leipzig e morreu em 1911. Professor em Viena e depois na Basiléia; a ele se deve a criação de uma Teoria Geral do Estado; em 1892 publicou a sua famosa obra *Sistema dos Direitos Subjetivos*; em 1900 publica a *Teoria Geral do Estado*; desenvolveu a teoria da autolimitação; foi defensor da personalidade jurídica do Estado; vê o direito subjetivo como “variável dependente”: os direitos individuais assegurados na Constituição não são imediatamente aplicáveis, são diretrizes para o legislador. Seu filho, *Walter Jellinek*, nasceu em Viena, em 1885 e morreu em 1955; foi obrigado a deixar o ensino em 1935, por perseguição nazista; voltou à cátedra, em Heidelberg em 1945; autor do famoso, *A lei, a aplicação da lei e as considerações de oportunidade*, de 1913; também escreveu um *Verwaltungsrecht*, em 1928.

- *12 *Otto Mayer* – Foi professor em Estrasburgo a partir de 1882; em 1886 publicou *Teoria do direito administrativo francês*; em 1895-6, seu *Deutsches verwaltungsrecht*, em 2 vols. Para Mayer o Estado é o Estado moderno, no sentido de sujeito político dotado de soberania, com capacidade de ação e normação tendencialmente ilimitada, em relação a outros sujeitos, sobretudo o cidadão-súdito; daí a convicção de que o Direito administrativo não pode se reduzir às fórmulas privatistas e a convicção da especificidade do Direito público.
- *13 *Munn x Illinois* – caso decidido em 1877, nos Estados Unidos; foi o primeiro de um grupo de casos denominados *grangers*, surgidos entre 1870 e 1880, envolvendo importantes questões relativas à regulação estatal de preços e serviços de estrada de ferro e outros serviços de interesse público; fazendeiros queriam preços razoáveis nas estradas de ferro para transportar produtos, querendo que os preços fossem disciplinados pelo poder público; lei de Illinois de 1871 fixou preços máximos e outras regras para estradas de ferro; donos das estradas de ferro foram contra essa legislação.