

Seção 4 – Modelos da teoria do direito administrativo

Plano da Seção: **13.** Sentido de modelo. **14.** Modelos hermenêuticos axiológicos aplicados ao direito administrativo. **15.** Relação dos modelos com os sistemas jurídicos. **16.** Modelos propostos para o desenvolvimento desta tese.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

13. Sentido de modelo.

Adota-se, para efeito dos desenvolvimentos seguintes, o sentido de “modelo” proposto por Miguel REALE.

Segundo REALE:

“O conceito de modelo, em todas as espécies de ciências, não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à ideia de projeto, de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas ou prescrições. Cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios a fins, constituindo, ao mesmo tempo, uma preordenação lógica, unitária e sintética de relações sociais.”¹

De modo bastante resumido, esclareça-se que REALE classifica os modelos do direito em duas espécies: *modelos jurídicos* e *modelos hermenêuticos* (ou *dogmáticos*): os primeiros, com natureza prescritiva²; os segundos, com natureza teórico-doutrinária e, portanto, sem “a qualidade de obrigar alguém a agir de conformidade com as suas conclusões”³.

Recuperando a distinção, que remonta especialmente a SAVIGNY, entre direito como sistema de normas (REALE acrescenta: e de situações normadas) e direito como forma de conhecimento daquele sistema (dito por SAVIGNY “direito científico”) – o primeiro a comportar modelos jurídicos e o segundo, modelos hermenêuticos –, REALE mostra, entretanto, haver íntima implicação entre eles – “entre a experiência social e o conjunto

¹ *Fontes de modelos do direito*, p. 40.

² Ou seja, com caráter de norma jurídica: são o resultado da “ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes do direito”. Um dentre vários exemplos trabalhados pelo autor é o modelo do “processo de vigência e eficácia de uma norma legal” que decorre dos arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (hoje dita Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (*Fontes de modelos do direito*, pp. 40 e 64).

³ *Fontes de modelos do direito*, p. 37.

de conceitos teóricos mediante os quais é ela captada e criadoramente objetivada em estruturas cognoscitivas”⁴.

Enfim, mesmo sabendo-se que dominar os elementos teóricos é necessário para se conceber e estruturar o ordenamento jurídico (ou seja, que há inevitável interação entre teoria do direito e norma jurídica), é cabível distinguir modelos jurídicos e modelos hermenêuticos.

Ainda conforme as lições de REALE, os modelos hermenêuticos, a seu turno, dividem-se em a) de caráter metodológico⁵, b) axiológicos e c) supletivos e complementares⁶.

Interessam mais diretamente aqui os “axiológicos”.

Para REALE, o valor integra o direito, de modo a mesmo os modelos jurídicos (normativos) comportarem, com maior ou menos densidade, um aspecto axiológico. E quanto maior a densidade axiológica de um *modelo jurídico*, mais se impõe que, no *modelo hermenêutico* que a ele se aplique, predomine o sentido axiológico: daí os modelos hermenêuticos axiológicos⁷.

São alguns dos exemplos dados por REALE quanto a esses últimos: “o valor incondicionado da pessoa humana [é] valor-fonte de todos os valores”; e “o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”⁸.

Apliquem-se, pois, estas ideias à teoria do direito administrativo.

De plano, parece plenamente adequado pensar modelos hermenêuticos axiológicos em relação do direito administrativo, já que este, enquanto sistema normativo, conforme os pressupostos já fixados anteriormente nesta tese, há de ser compreendido a partir do

⁴ *Fontes de modelos do direito*, pp. 105-106.

⁵ Estes dizem respeito a modelos de como se proceder à interpretação do direito (*Fontes de modelos do direito*, pp. 111-112)

⁶ Como, por exemplo, o que decorre do art. 4º da Lei de Introdução (*Fontes de modelos do direito*, p. 118).

⁷ *Fontes de modelos do direito*, p. 113.

⁸ O que subentende: “Como a liberdade é *conditio sine qua non* de toda e qualquer experiência axiológica, a qual pressupõe sempre a alternativa de poder-se fazer ou deixar de fazer algo, quando o ordenamento jurídico não impede a prática de determinado ato, este deve ser considerado juridicamente permitido” (*Fontes de modelos do direito*, pp. 114-115).

contexto político-social do constitucionalismo liberal, acrescido de sua evolução socializante – não no sentido do socialismo como ideologia política, mas no sentido de Estado social. Ou seja, é o direito administrativo como sistema normativo portador de forte carga axiológica.

Nas palavras de Odete MEDAUAR:

“O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança.”⁹

Concebido, pois, o direito administrativo, enquanto sistema normativo, como tendo por finalidade, em suma, limitar o poder estatal e garantir os direitos fundamentais – conforme pressupostos do Estado de direito a serem aprofundados no tópico seguinte –, necessária e naturalmente o administrativista haverá de ordenar sua proposta teórica conforme certos modelos hermenêuticos axiológicos que acolham tais valores.

Não se pode negar, ou afastar *a priori* que certos vieses da teoria do direito administrativo (por exemplo: em contextos de regimes autoritários ou totalitários), por perceberem diversamente a vinculação axiológica do direito administrativo, elejam outros modelos, pautados por valores diferentes ou mesmo contrários aos valores originados do constitucionalismo liberal.

No entanto, sendo o objeto desta tese a teoria do direito administrativo no Brasil, já se produziu um recorte de análise, como expressa o título deste Capítulo 2, que vislumbra

⁹ *O direito administrativo em evolução*, p. 267.

apenas o contexto do Estado de direito ocidental, no qual se insere o Brasil, bem representado pelos países indicados na Seção 3.

Isso não impede que a verificação em concreto do modo de ser dessa teoria no Brasil – sem abandonar seus modelos fundamentais – venha a anotar as oscilações que acompanham o caráter mais democrático ou autocrático dos diversos momentos históricos do País.

14. Modelos hermenêuticos axiológicos aplicados ao direito administrativo.

Pode-se, desde já, assumir como pressuposto que, em uma perspectiva mais ampla do processo histórico, o Brasil nunca tenha renunciado ao projeto de adoção e aprimoramento do Estado de direito ocidental, de matriz liberal.

Explorem-se, pois, ainda que de modo resumido, algumas ideias sobre esse Estado de direito, no qual há de se conceber contextualmente inserida a teoria do direito administrativo no Brasil.

Na síntese de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, “a sociedade contemporânea, cujas raízes estão no *Ocidente* do século XVIII, tem como inspiração original a ideia de liberdade”¹⁰.

Segundo Jacques CHEVALLIER:

“A construção da teoria do Estado de direito não é fruto do acaso, ou produto de uma lógica puramente interna ao campo jurídico: a teoria desenvolveu-se sobre um certo *substrato ideológico*, enraizada em uma certa *realidade social e política*; privada desse substrato, podada dessas referências, ela não se mostra mais do que uma concha vazia, um enquadramento formal e se torna, falando propriamente, ‘in-significante’.”¹¹

¹⁰ *Estado de direito e constituição*, p. 1.

¹¹ *L'État de droit*, p. 50. No original: “*La construction de la théorie de l'État de droit n'est pas le fait du hasard ou le produit d'une logique purement interne au champ juridique: la théorie s'est épanouie sur un*

Prossegue CHEVALLIER¹² indicando como substrato ideológico o pensamento liberal europeu dos séculos XVIII e XIX; e como realidade social e política a Europa continental, na qual já estão consolidadas a noção de Estado – “entidade abstrata e coletiva distinta da ‘sociedade civil’” – e de direito – “exprimindo o ideal de justiça”, a partir da “concepção de poder e de liberdades cristalizada na França, na Revolução”.

A noção de Estado de direito, com suas variantes – “*principe de légalité et droit au recours*”, na França; “*Rechtsstaat*”, na Alemanha; “*rule of law*”, no Reino Unido¹³ – passa então a ocupar posição central na construção dos Estados europeus.

Logo, ao longo do século XIX, a teoria do Estado de direito tornou-se importante instrumento dos regimes liberais confrontados com o “desafio democrático”¹⁴, notadamente França e Alemanha¹⁵.

Agrega-se, assim, uma dimensão democrática à base ideológica liberal. Aliás, como bem nota Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO¹⁶, “a democracia liberal é em primeiro lugar liberal e para trazer para a liberdade mais uma garantia é que se faz democracia”.

Esse Estado de direito, segundo as lições de FERREIRA FILHO, fundamenta-se sobre três princípios:

“Obedece ao *princípio de legalidade*. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a *igualdade*. E ambos, legalidade

certain terreau idéologique, enracinée dans une certaine réalité sociale et politique; privée de ce substrat, coupée de ces références, elle n'apparaît plus que comme une coquille vide, un cadre formel et devient à proprement parler 'in-signifiante'.”

¹² *L'État de droit*, pp. 50-51.

¹³ FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, p. 89.

¹⁴ CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, p. 51.

¹⁵ Ilustrativa a seguinte passagem de Pedro LESSA: “A célebre frase latina, bárbara e quase grotesca, proferida por Francisco I em 1820, exprime ao vivo um dos fatos capitais que assinalam o desenvolvimento jurídico do século XIX. Apreensivo, perdendo por um momento a sua habitual indiferença, exclamou o imperador austriaco por ocasião das manobras militares em Budapeste: ‘*Totus mundus stultizat, et, relictis antiquis suis legibus, vult habere novas constitutiones*’” (“O direito no século XIX”, p. 161). A frase citada quer dizer que todo o mundo enlouquece e, abandonando suas antigas leis, quer ter novas constituições.

¹⁶ *A Reconstrução da Democracia*, p. 35.

e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da *justicialidade*¹⁷.

A clássica concepção liberal da legalidade expressa uma evidente conexão entre legalidade e liberdade. Com efeito, sob esse ponto de vista, são noções que se definem, na concretude da prática social, mediante referências recíprocas¹⁸.

O conteúdo específico da liberdade na vida em sociedade é dado pela lei. A lei, a seu turno, perde legitimidade se se exceder na restrição desse conteúdo.

A principal formulação dessa ideia, que pode ser citada como referência histórica, com grande poder simbólico sobre a modelagem do Estado de direito ocidental, encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seus arts. 4º e 5º:

“Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

“Art. 5. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”¹⁹

O art. 4º não se preocupa em oferecer uma definição substancial de liberdade, como elemento transcendente do contexto jurídico-social. Com efeito, define antes a liberdade no momento de seu *exercício* na vida social.

¹⁷ *Estado de direito e constituição*, p. 23.

¹⁸ Aliás, mais uma vez citando FERREIRA FILHO, “nenhuma fórmula exprime melhor o espírito do Estado de Direito do que a consagrada no art. 30 da Declaração de Direitos de Massachussets, de 1780: ‘o governo de leis, não de homens’” (*Idéias para a Nova Constituição Brasileira*, p. 95). Fórmula essa que Norberto BOBBIO esclarece dever ser compreendida não apenas como um governo *sub lege*, isto é, que exerce seu poder segundo leis preestabelecidas, mas também *per leges*, ou seja, exercendo seu poder mediante a emanção (predominantemente) de normas gerais e abstratas (*O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 156).

¹⁹ A tradução é de FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 172.

Ou seja, a Declaração não pretende precisar, substancialmente, todos os elementos que integram o *status* de ser livre – toda a gama de condutas humanas específicas tidas como livres –, mas antes aponta um critério formal de liberdade – possibilidade de fazer tudo *aquilo que a lei não impeça* – informado por um mínimo de substância, mínimo esse apresentado em alto grau de generalidade – possibilidade de fazer *o que não prejudique o próximo*.

O art. 5º, por sua vez, como corolário do art. 4º, reforça a ideia de que uma liberdade geral subjaz ao Estado e ao direito, de modo que a conduta não vedada pela lei é objeto da liberdade.

Mas acrescenta uma regra que precede logicamente o momento de elaboração legislativa, de certo modo buscando balizar a atuação do legislador, ou seja, da autoridade que irá valer-se do instrumento de direito para limitar o exercício da liberdade: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade”.

Ora, mas de quais elementos inferir a nocividade de certas ações em relação à sociedade? Não é obra do próprio legislador a decisão sobre a existência de nocividade a justificar a intervenção legislativa?

Enfim, a primeira parte do art. 5º, dirigida antes ao legislador com o intuito de pautar sua margem de decisão – ou seja, legislar apenas em face de nocividade à sociedade – somente pode ser assim compreendida em uma perspectiva metajurídica.

Se se pretendesse compreendê-la no plano estritamente jurídico, chegar-se ia ao paradoxo de uma regra de sanção impossível: como sancionar o legislador (aqui tomado em sentido amplo, inclusive o constituinte) por limitar um conduta que “não seja nociva” à sociedade? Quem, no Estado de direito, senão o próprio “direito”, dará o parâmetro do que é ou não nocivo?

Outro aspecto que se extrai do conjunto de ideias formado pelos arts. 4º e 5º ora analisados, é a projeção da liberdade tanto em relação aos indivíduos como em relação ao Estado.

Como nota BOBBIO, o art. 4º define a liberdade de um indivíduo em relação aos outros, trabalhando, correlatamente, com a ideia de violação de direito; o art. 5º toma a liberdade dos indivíduos em relação ao poder do Estado, levando a um sentido negativo de liberdade (liberdade como ausência de constrição)²⁰.

A legalidade, como princípio fundamental do Estado de direito, cuja evidente relação com a liberdade foi explorada nos parágrafos acima, também relaciona-se com a igualdade.

Em verdade, o princípio da igualdade que, do ponto de vista filosófico, tem seu conteúdo analisado e desenvolvido de modo autônomo desde tempos da Antiguidade clássica, possui uma dimensão que se sobrepõe ao princípio da legalidade, de modo a justificar a citada afirmação de FERREIRA FILHO, da igualdade como decorrência da legalidade.

Essa consideração remete à distinção entre legalidade formal e legalidade material.

Muitas vezes a menção à legalidade induz espontaneamente à consideração da origem formal do ato legislativo: a lei como ato de vontade produzido pelo Parlamento²¹, independentemente de seu conteúdo.

Essa dimensão formal da legalidade, de fundamental importância para o Estado de direito ocidental, ressalta o valor democrático, o valor da participação da vontade dos destinatários da norma em sua produção – para invocar aqui a definição kelseniana de democracia²².

Mas, ao lado da dimensão formal, igualmente relevante é a dimensão material, que toma a lei (para efeito da legalidade) como norma jurídica com conteúdo geral e abstrato²³.

²⁰ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 122. Sobre a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva, ver de Isaiah BERLIN, “Dois Conceitos de Liberdade”.

²¹ Emprega-se aqui “parlamento” em sentido genérico, como órgão de expressão da vontade popular, ou, dito de outro modo, expressão da vontade dos destinatários da norma jurídica.

²² KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, p. 284.

²³ Generalidade e abstração não são qualificativos que necessariamente coincidem em uma norma, ainda que seja usual essa coincidência. *Generalidade* diz respeito aos sujeitos aos quais se destina, sendo eles tomados de modo universal (por oposição à individualidade da norma, caso em que a norma se dirige a determinado ou determinados indivíduos); *abstração*, refere-se ao objeto da hipótese de incidência da norma, vislumbrando-se uma situação hipotética que, no plano factual, pode vir a ocorrer ou não (por oposição à concretude da norma, que supõe aplicação da norma para determinado caso concreto factualmente existente e identificado). Para maiores desenvolvimentos a respeito do tema, até mesmo com

Nas palavras de Léon DUGUIT:

“Do ponto de vista material o princípio de legalidade consiste nisto: em um Estado de direito, nenhuma autoridade pode jamais tomar uma decisão individual, senão nos limites fixados por uma disposição de caráter geral, quer dizer, por uma lei no sentido material.”²⁴

Eis como DUGUIT esclarece, em uma perspectiva finalística, o sentido material de legalidade:

“Compreendeu-se que os detentores do poder político não deviam poder tomar arbitrariamente tal ou qual decisão individual, tendo em vista tal ou qual situação determinada; que eles estavam vinculados pela regra geral formulada de uma maneira abstrata sem levar em consideração situações nem específicas nem pessoais, e não podiam tomar decisão individual senão de modo conforme à regra geral contida na lei. No momento em que esse regime foi compreendido e aplicado, o indivíduo sentiu-se fortemente protegido contra o poder absoluto dos governantes; pois é evidente que essa regra geral e abstrata, que limita a ação deles, governantes, apresenta muito menos perigo de arbítrio que uma decisão

o cruzamento desses binômios (generalidade-individualidade, abstração-concretude) com mais um: coletividade-pessoalidade (este referente aos sujeitos que elaboram a norma), ver Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, pp. 295-298.

²⁴ *Leçons de Droit Public Général*, p. 275. No original: “*Au point de vue matériel le principe de légalité consiste en ceci: dans un État de droit une autorité quelconque ne peut jamais prendre une décision individuelle que dans les limites fixées par une disposition par voie générale, c’est-à-dire par une loi au sens matériel.*”

Registre-se que não se trata de um pensamento unânime, mesmo na França da época. Raymond CARRÉ DE MALBERG, por exemplo, prefere o critério de origem germânica, baseado objetivamente no direito constitucional positivo: lei em sentido material é a lei sobre assuntos constitucionalmente reservados aos órgãos legislativos (sentido que remete à reserva de lei, portanto), sendo formal a lei sobre assuntos acessíveis à competência administrativa (*Teoría general del Estado*, p. 285). Segundo CARRÉ DE MALBERG, a doutrina sustentada por DUGUIT “carece por completo de toda base de direito positivo” (francês) (*Teoría general del Estado*, p. 282).

individual, a qual pode sempre ser provocada pela raiva, pela ambição ou pela vingança.”²⁵

Decorre, pois, do sentido (material) de lei como norma geral e abstrata um viés protetivo da igualdade, na medida em que a generalidade e a abstração tendem a impedir que determinada decisão jurídica (no caso, uma decisão legislativa) seja tomada especialmente para beneficiar ou para prejudicar alguém.

Não que isso seja uma garantia absoluta da isonomia. Sabe-se que mesmo normas gerais e abstratas podem ser elaboradas sob a inspiração velada (ou não) de favorecer ou lesar os interesses de algum ou alguns indivíduos. Ainda assim, é válido apontar a tendência de que essa consequência seja mais dificilmente atingida por uma norma geral e abstrata – que incidirá sobre situações reais futuras, ainda não conhecidas, e sobre sujeitos potencialmente variados – do que por uma norma individual e concreta que não se fundamente em uma norma anterior geral e abstrata.

Por fim – retomando a ideia acima exposta dos princípios fundamentais do Estado de direito –, a justicialidade, isto é, a possibilidade de controle jurisdicional da ação estatal, é outro pilar de sustentação do Estado de direito ocidental, assegurando a efetividade dos demais.

A legalidade e a igualdade correriam grande risco de restarem princípios meramente nominais se não houvesse um sistema organizado de controle da ação do Estado.

Pode-se, pois, conceber, com Sabino CASSESE²⁶, a *justicialidade* (*giustiziabilità*) como decorrência, em estreita conexão, da *legalidade* – sendo a legalidade o “primeiro e mais importante princípio do direito administrativo” e, acrescente-se, do Estado de direito.

²⁵ *Manuel de droit constitutionnel*, p. 96. No original: “On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance.”

²⁶ *Corso di diritto amministrativo*, t. 1 (*Istituzioni di diritto amministrativo*), pp. 8-10.

Aliás, a independência da função jurisdicional em relação às demais funções estatais é corolário da separação de poderes estabelecida desde os instantes iniciais da concepção do Estado de direito no contexto do constitucionalismo liberal, ainda que resultando em diversas formas de estruturação da jurisdição, como visto na Seção anterior desta tese.

Sendo aceita a inserção contextual, no Estado de direito ocidental, da teoria do direito administrativo produzida no Brasil, pode-se considerar que os princípios de legalidade – com suas conexões com a liberdade e a igualdade – e de justicialidade sejam *macromodelos*²⁷ para a compreensão dessa teoria.

O mesmo vale, naturalmente, para a teoria do direito administrativo desenvolvida em outros países inseridos no mesmo contexto.

Para além desses macromodelos, podem ser identificados modelos específicos, como seus desdobramentos.

Nesse sentido, por exemplo, Jaques CHEVALLIER²⁸ aponta o *controle de constitucionalidade* como elemento integrante da estrutura do Estado de direito.

Ora, o controle de constitucionalidade pode bem ser visto como um modelo específico decorrente do princípio da justicialidade, a partir do momento que se aceita a noção de supremacia da constituição – esta, a seu turno, um modelo específico decorrente do princípio da legalidade.

Para recorrer novamente a exemplos extraídos da obra de CHEVALLIER²⁹, lembrem-se a *segurança jurídica* e os *direitos fundamentais*, como elementos do conteúdo substancial de uma “nova concepção do Estado de direito” (especialmente desde a década de 1990).

Segurança jurídica e direitos fundamentais, mais uma vez, podem ser tidos como modelos decorrentes dos macromodelos acima indicados. Os direitos fundamentais, com suas dimensões de direitos econômicos e sociais e de direitos de solidariedade, são, de fato,

²⁷ Adaptando-se aqui a noção de modelos (hermenêuticos axiológicos) apresentada no tópico 13.

²⁸ *L'État de droit*, pp. 77-80.

²⁹ *L'État de droit*, pp. 95-110.

desdobramentos da noção primeira de liberdade³⁰. E a segurança jurídica também conecta-se tanto com a legalidade como com a justicialidade.

Em verdade, a literatura sobre o tema do Estado de direito e sobre seus princípios é extremamente vasta. Não cabe aqui aprofundar as discussões específicas dela decorrentes.

As referências acima feitas tiveram o intuito de sugerir, no contexto do Estado de direito em que se insere o Brasil³¹, alguns modelos propícios para a compreensão da teoria do direito administrativo desenvolvida no País.

É o que será feito ainda nesta Seção, após um breve esclarecimento sobre a relação entre a noção de modelos e a tradicional construção do direito comparado em torno dos sistemas jurídicos.

15. Relação dos modelos com os sistemas jurídicos.

Propõe-se para esta tese a abordagem da teoria do direito administrativo mediante o uso de modelos, em sua espécie “modelos hermenêuticos axiológicos” – segundo a terminologia proposta por Miguel REALE.

A identificação desses modelos pressupõe, como acaba de se afirmar, a visão do contexto político-social em que se desenvolve e em que se aplica a teoria em questão.

O uso de modelos, política e socialmente contextualizados, pode sugerir uma conexão metodológica com o recurso a sistemas jurídicos, tal como concebidos usualmente pelos juscomparatistas.

³⁰ Lembre-se, a propósito, a noção kantiana de liberdade como fundamento de todos os direitos e da própria definição de direito (objetivo) em função de uma *lei universal da liberdade*: “O Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, *A metafísica dos costumes*, p. 43).

³¹ Ao investigar a formação da teoria constitucional (não com o recorte apenas brasileiro), Nelson SALDANHA adota o contexto ocidental: “Em realidade estamos considerando que o pensamento constitucional, mirado sob o prisma de sua formação histórica, é como que um patrimônio de problemas e de ideias que vem sendo integrado no Ocidente (e no mundo ocidentalizado) a partir de certa época, representando uma espécie de sequenciado e intenso debate, às vezes agitado e disforme, mas compreensível no seu todo em função de suas conexões históricas” (*Formação da teoria constitucional*, p. 3).

No entanto, esta tese não pretende ser um trabalho de direito comparado.

Na verdade, a visão comparatista parte, via de regra, da análise (comparativa) de institutos jurídicos, ou seja, de elementos integrantes do direito positivo, valendo-se, como método, do agrupamento de diversos ordenamentos jurídicos em “sistemas”³², pelo critério de semelhanças.

Esta tese, a seu turno, toma como objeto imediato não o direito administrativo positivo, mas a teoria do direito administrativo. E a circulação de ideias, substrato da formação de uma teoria, transcende a lógica de similitudes operacionais entre institutos de direito positivo integrantes de sistemas jurídicos (isto é, integrantes de certos ordenamentos jurídicos que podem ser agrupados em sistemas).

São, pois, abordagens diferentes de método: a) a análise de institutos enquadrados em sistemas jurídicos de direito positivo; e b) a análise de modelos teóricos hermenêuticos inseridos em contexto político-social de que resulta a preeminência de determinados valores.

No plano da comparação de institutos jurídicos, a classificação de determinado país, por exemplo, no sistema romanístico, contrastante com o sistema anglo-americano³³, traz por consequência a análise de seus institutos tomando por *referência de semelhança* outros países também integrantes do sistema romanístico; e por *referência de diferença* os países integrantes do sistema anglo-americano.

Na prática, sob esse viés do direito comparado, atenta-se finalisticamente para o que se passa nos direitos integrantes do mesmo sistema, com o intuito de se obter um ganho de

³² Segundo Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório”, ou seja, sistema é um complexo formado por um conjunto de elementos (repertório), sujeitos a um conjunto de regras que determinam as relações desses elementos entre si (estrutura) (*Introdução ao estudo do direito*, p. 165).

³³ Sem entrar em maiores polêmicas sobre as tipologias de sistemas em direito comparado, adotem-se, para o fim da argumentação que se está a fazer, as expressões utilizadas pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na indicação de linha de pesquisa na área de direito administrativo – linha, aliás, na qual se insere esta tese –: “convergência dos sistemas romanístico e anglo-americano no direito administrativo brasileiro”.

eficiência, valendo-se de eventual experiência bem sucedida e cuja transposição seja factível – dada a compatibilidade sistêmica³⁴.

Por outro lado, a análise que se está a fazer, sobre a teoria do direito, ainda que se valha de “comparações”, não as têm balizadas pela lógica de sistemas de direito positivo, mas antes de contextos político-sociais formadores de ideias.

Assim, não há problema algum de incompatibilidade sistêmica em se comparar a *teoria* do direito administrativo desenvolvida, por exemplo, no Brasil, na França, no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América, a partir da identidade desses países como partícipes da mesma tradição do constitucionalismo liberal³⁵, a resultar no que se está chamando de “Estado de direito ocidental”.

Ainda que a essência da legalidade ou da justicialidade resulte, quanto a institutos de direito positivo, em elementos muito diversos na realidade de uns e outros desses países, ela permanece fundamentalmente a mesma a inspirar o pensamento teórico presente em todos eles.

Aliás, particularmente no caso brasileiro, ao se comentar a formação de seu direito, muitas vezes não há a clareza de distinguir direito positivo e teoria do direito.

³⁴ Para análise conceitual e empírica sobre a ideia de transplantes jurídicos e seus efeitos, ver BERKOWITZ, Daniel; PISTOR Katharina; e RICHARD, Jean-François, “The transplant effect”. Os autores partem da hipótese geral de que reformas do sistema jurídico têm acompanhado e frequentemente desempenhado papel central nos programas de assistência técnica em todo o mundo (p. ex.: no pós-II Guerra; no pós queda dos regimes socialistas da Europa Oriental) e avaliam seus efeitos em diversos casos concretos, com atenção para distinguir situações em que países desenvolvam internamente sua legislação a partir de relações históricas com outros países e situações de transplantes propriamente ditos.

No entanto, criticando certo aspecto das conclusões expostas no trabalho de BERKOWITZ, PISTOR e RICHARD, no tocante ao caso do Brasil, Mariana PARGENDLER aponta – com razão – não serem sustentáveis as afirmações generalizantes daqueles autores, no sentido de que, ao tempo do Império, o Brasil haja recebido, em um movimento de transplante com consequências negativas para o desenvolvimento do País, o sistema legal francês, sem ter dele conhecimento prévio e sem tê-lo submetido a posteriores adaptações às circunstâncias nacionais. Cuidando do caso do direito societário, Mariana PARGENDLER defende que as leis brasileiras, em seus primórdios, foram marcadas por três características distintas: a) legiferação politizada; b) origens diversas; c) transplantes seletivos (“Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil”, pp. 810-811).

³⁵ Nas palavras de Francis HAMON e Michel TROPER, atualizando a obra de Georges BURDEAU, constitucionalismo (liberal) é o “potente movimento ideológico” desenvolvido desde o século XVIII, “que concebia a liberdade e o poder como antinômicos”, propondo, para a garantia da liberdade que se limitasse o poder político estatal “por meio de algumas regras de organização judiciosamente combinadas”, regras essas ditas “constituição” (*Droit constitutionnel*, pp. 26-27).

Quando se fala da influência que o direito administrativo brasileiro recebeu do direito francês ao tempo do Império (por exemplo, dualidade de jurisdições, centralização), sucedida pela influência norte-americana ao tempo da República (p. ex., unicidade de jurisdição, federalismo), período em que, todavia, certos institutos seguem sendo introduzidos no direito positivo a partir de construções do direito francês (p. ex., responsabilidade do Estado, contrato administrativo), é preciso notar, para que se faça uma análise crítica adequada, que uma coisa é verificar a compatibilidade de certos institutos de direito positivo com a matriz sistêmica desse direito, mas outra coisa é perquirir a identidade de modelos hermenêuticos axiológicos a justificar as influências e desenvolvimentos de teorias.

Por exemplo, pode-se eventualmente criticar o atual estágio da prática do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, a partir de uma análise da compatibilidade de certos institutos de direito positivo com a matriz do sistema romanístico, por contraste com o sistema anglo-americano.

Mas não se pode negar que os instrumentos de direito positivo (incluindo os definidos pela jurisprudência) hoje aplicados no Brasil correspondam aos macromodelos da legalidade e da judicialidade, comuns à tradição do Estado de direito ocidental³⁶.

A questão, contudo, torna-se mais complexa na medida em que se constata que direito positivo e teoria do direito sofrem, como já frisado, influências recíprocas.

³⁶ Nesse sentido, exemplifique-se com análise recentemente produzida pelo autor desta tese, em artigo ainda não publicado:

“A questão central que este ensaio se propôs sugerir foi a necessidade de se atentar, no contexto do Estado de Direito, para uma adequação entre estrutura de controle jurisdicional (incluindo o modo de legitimação dos juízes) e a dinâmica de criação do Direito enquanto norma geral e abstrata.

“O confronto entre dualidade de jurisdições e jurisdição una informa que, independentemente da opção que se faça a respeito, o controle jurisdicional da administração é mecanismo essencial de contenção do poder governamental.

“Contudo, a opção inadequada ao contexto geral do modo de ser do Direito de um país pode levar ao exercício imoderado de poder estatal pelas instâncias jurisdicionais.

“A confiança irrestrita na condução de negócios importantes de uma sociedade por aqueles que possuem formação técnico-jurídica pode ser aparentemente de alguma utilidade no curto prazo e na ótica individual de quem pleiteia determinado direito.

“No entanto, esse fenômeno torna-se problemático no longo prazo, porque leva, num caso como o brasileiro, ao aumento demasiado da força de um dos Poderes estatais, sem que isso seja contrabalanceado por qualquer mecanismo de legitimação democrática do magistrado, nem mitigado pela inserção política do juiz na administração, nem ainda justificado por um sistema tradicional de criação jurisprudencial do Direito.” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias e ZAGO, Mariana Augusta dos Santos, “Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição”).

Recorde-se, citando REALE³⁷, que a doutrina³⁸ exerce uma “função de vanguarda” ao “conceber os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema normativo, modelos esses convertidos em modelos prescritivos graças ao poder constitucionalmente conferido ao juiz”.

E, pensando em um fenômeno muito frequente no caso do direito administrativo brasileiro, acrescente-se: convertidos em modelos prescritivos também pela ação do legislador que acolhe em nova lei ideias teóricas afirmadas pela doutrina, que se hajam consolidado em momento, anterior, de ausência de disposição legislativa a respeito do tema³⁹.

Enfim, mesmo optando-se por trabalhar com a teoria do direito administrativo e com a busca de modelos hermenêuticos que permitam melhor compreendê-la – em lugar de se trabalhar com o direito administrativo positivo e com a comparação de sistemas jurídicos – deve-se reconhecer que, em um plano mais geral, alguns critérios de sistematização próprios do direito comparado podem chegar a um tipo compatível com aquele que nesta tese se está dizendo “contexto político-social do Estado de direito ocidental”.

Não cabe aqui aprofundar referências a critérios propostos por diversos juscomparatistas. Entretanto, para ficar com obras mais contemporâneas, registre-se uma linha de pensamento que identifica, antes de chegar a sistemas mais específicos, um bloco genérico correspondente ao “mundo ocidental” – o qual, *grosso modo*, abarca o direito dos países mencionados na Seção 3.

³⁷ *Fontes e modelos do direito*, p. 107.

³⁸ Sobre a relação de doutrina com teoria e a sobreposição parcial desses conceitos, ver tópico 3.

³⁹ É tipicamente o que se passou com a teoria do contrato administrativo e com a legislação sobre contrato administrativo no Brasil. A primeira lei geral sobre o assunto (Decreto-Lei n. 2.300-86, depois substituído pela vigente Lei n. 8.666-93) traz para seus dispositivos ideias dogmaticamente concebidas pela doutrina, correspondentes a um certo desenvolvimento da teoria do contrato administrativo à francesa (certo desenvolvimento que, mesmo na França, desviara-se da concepção original da formulação de Gaston JÈZE). Essas ideias já se aplicavam desde antes na prática jurisdicional e administrativa brasileira, durante décadas nas quais não existia tratamento legal específico do tema – senão um tratamento infralegal (Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, respectivamente Decretos n. 4.536 e n. 15.783, de 1922), o qual, aliás, apontava para solução jurídica muito diferente daquela pregada pela doutrina. Esse tema foi objeto da tese de livre-docência do autor da presente tese, posteriormente editada como *Contrato administrativo* (ver especialmente pp. 155-169 e 216-231).

Nesse sentido, cite-se Gilles CUNIBERTI⁴⁰, que, sob o gênero “sistemas de direito ocidentais”, inclui: 1) “tradição jurídica continental”; 2) “direito inglês”; e 3) “direito americano”.

Tratando da tradição jurídica continental, em linhas gerais correspondente à Europa continental, CUNIBERTI⁴¹ aponta como traço característico a posição destacada da lei como fonte principal do direito, frequentemente codificada, sujeita a sistemas concentrados de controle de constitucionalidade (com a conhecida exceção francesa); ao lado da lei, a jurisprudência possui *status* inferior como fonte e doutrina sequer é considerada fonte propriamente dita (exercendo uma “autoridade” que por vezes se torna “influência”).

Na formulação de René DAVID e Camille JAUFFRET-SPINOSI:

“Nas condições do mundo moderno, e por razões também de ordem filosófica e política, considera-se hoje de modo geral, nos países da família romano-germânica, que a melhor maneira de se chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste para os juristas em apoiar-se sobre as disposições da lei.”⁴²

Diversamente, o direito inglês, como já visto, dá ênfase à jurisprudência como fonte do direito, sem negar o papel complementar da lei, reforçando, por outro lado, o papel de fonte da doutrina, especialmente no tocante à revelação das regras do *Common Law* de tempos mais antigos.

Por outro lado, mostra CUNIBERTI que o direito americano, ainda que filiado à tradição de *Common Law* e comungando da mesma lógica de fontes, distingue-se do inglês por

⁴⁰ *Grands systèmes de droit contemporains*, pp. 25 e segs..

⁴¹ *Grands systèmes de droit contemporains*, pp. 53-62. CUNIBERTI alinha-se aos autores que, cuidando dessa “tradição jurídica continental”, preferem manter a visão conjunta do qualificativo “romano-germânico”, sem separar o romano e o germânico como duas famílias; isso porque entende que a separação entre essas duas linhas não vem de uma diferença de concepção do direito ou da essência do funcionamento do sistema jurídico, mas sim de institutos específicos de certas matérias (p. ex.: conceito de ato jurídico; modos de transferência da propriedade) (*Grands systèmes de droit contemporains*, pp. 25-30).

⁴² *Les grands systèmes de droit contemporains*, p. 84. No original: “Dans les conditions du monde moderne, et pour des raisons aussi d'ordre philosophique et politique, on considère aujourd'hui de façon générale, dans les pays de la famille romano-germanique, que la meilleure manière d'arriver aux solutions de justice, qu'impose le droit, consiste pour les juristes à prendre appui sur les dispositions de la loi”.

algumas peculiaridades, tais como o recurso mais frequente à codificação e a suavização da regra do *stare decisis*. Ainda quanto às fontes, o jurista norte-americano não possui a tendência de teorizar sobre elas, nem de buscar sistematizá-las: pelo contrário, “as fontes do direito americano são uma coleção de questões particulares, às quais o direito fornece ou não fornece resposta”⁴³, do que resulta um direito plenamente integrado ao sistema social, não operando como um sistema lógico autônomo, e sim voltado a resolver problemas sociais⁴⁴.

Antonio GAMBARO e Rodolfo SACCO⁴⁵ lembram que os Estados Unidos, ainda que tenham adotado o sistema de *Common Law* britânico e hajam importado certas noções conceituais do Reino Unido, inovam em diversos aspectos. Uma primeira razão para tanto está na adoção da Constituição escrita, a qual passa a ser a fonte, por excelência, do direito, do que decorre, como consequência lógica, um sistema amplificado de *judicial review*.

Com efeito, se se comparam o sistema britânico de ausência de constituição formal, o sistema europeu continental de constituições escritas, protegidas por um controle concentrado em tribunais constitucionais específicos, e o sistema norte-americano, de constituições formais federal e estaduais, tuteladas por um controle difuso exercido por todos os integrantes do poder judiciário, destaca-se, como consequência deste último a enorme expansão obtida, no cotidiano, da tomada de decisões baseadas no direito constitucional, por parte de órgãos estatais e dos indivíduos.

Segundo Mario LOSANO, “a grande contribuição americana ao direito constitucional consiste em ter confiado a interpretação e a aplicação da constituição ao poder judiciário ordinário”⁴⁶.

⁴³ *Grands systèmes de droit contemporains*, pp. 165-166. E cita James WHITMAN (em conferência não publicada) para dar duas razões principais para esse fenômeno: a) o jurista norte-americano (nesse ponto, como o inglês) não procura racionalizar e sistematizar o direito como um todo; sua preocupação é com o funcionamento aplicado aos temas concretos; e b) (aqui uma diferença quanto ao inglês) o jurista norte-americano tolera uma ampla pluralidade de fontes, com diferentes tipos de autoridades em diversos âmbitos federativos.

⁴⁴ *Grands systèmes de droit contemporains*, p. 187.

⁴⁵ *Trattato di diritto comparato: sistemi giuridici comparati*, pp. 159-179.

⁴⁶ *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 83.

Abram-se parênteses para notar que esse destaque propiciado pelo direito norte-americano à constituição não significa, todavia, uma valorização constitucional do direito administrativo. Luca MANNORI e Bernardo SORDI⁴⁷ ressaltam, nesse ponto, a diferença entre o *administrative law* (anglo-saxônico) e o *droit administratif* (europeu continental), este dotado de uma forte “inserção constitucional”, de modo a ser natural, “na França, na Alemanha ou na Itália a ideia de que a administração seja uma parte necessária e constitutiva do Estado”.

Daí decorre a desnecessidade de uma justificação especial para a existência da administração e de seus poderes de império na tradição europeia continental, enquanto todo manual de *administrative law* logo de início esforça-se para justificar que as agências administrativas são usualmente criadas para “enfrentar crises recorrentes ou corrigir sérios problemas sociais”⁴⁸. Fechem-se parênteses.

O sistema norte-americano, integrando, de um lado, a legalidade politicamente reforçada pela constituição escrita, com a judicialidade expandida do sistema de *Common Law*, acaba por dar origem a um modo de integração entre direito e política, no qual o direito está essencialmente ligado aos instrumentos de governo, projetando-se mais profundamente sobre o campo da política e, ao mesmo tempo, matizando-se de aspectos políticos.

Tal peculiaridade leva Gilles CUNIBERTI a afirmar que:

“Os Estados Unidos são o Estado de direito por excelência. Em nenhuma outra democracia ocidental o direito é levado tão a sério e em nenhuma outra democracia ocidental ele tem um campo de aplicação tão estendido”⁴⁹.

Pondere-se, todavia, que essa conclusão de haver um “Estado de direito por excelência”, e de que seja ele os Estados Unidos, não pode ser tomada de modo absoluto. A difusão

⁴⁷ *Storia del diritto amministrativo*, p. 511.

⁴⁸ Luca MANNORI e Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, p. 511.

⁴⁹ *Grands systèmes de droit contemporains*, p. 134. No original: “*Les États-Unis sont l’État de droit par excellence. Dans nulle autre démocratie occidentale le droit n’est pris plus au sérieux, et dans nulle autre démocratie occidentale il n’a un champ d’application aussi étendu*”.

do direito naquele país pressupõe, justamente, o que se entenda por direito, em sua relação com a política.

Ou seja, sob pontos de vista de outros Estados de direito, o direito não é necessariamente menos valorizado por ser conceitualmente menos imbricado com a ação político-governamental.

16. Modelos propostos para o desenvolvimento desta tese.

Ao se integrar a perspectiva contextual sociopolítica (Estado de direito) da teoria do direito administrativo com a proposta metódica de utilização da noção de modelos⁵⁰, pode-se sugerir como base para a análise que será feita nos desdobramentos seguintes a identificação de dois modelos fundamentais, típicos dessa concepção de Estado de direito: a *legalidade* e a *justicialidade*.

Conforme os esclarecimentos já apresentados nesta Seção, reitere-se, essa espécie de modelos consiste em modo de ordenação racional, de ordenação lógica de ideias destinada a organizar a compreensão da realidade⁵¹. São modelos pelos quais a teoria do direito oferece explicações sobre a realidade correspondente ao direito administrativo.

Nesse sentido, falar em *dois* (ou mais) modelos não significa que sejam excludentes entre si. A legalidade e a justicialidade são modelos e coexistem e que se complementam nessa função de organizar racionalmente a compreensão do fenômeno do direito administrativo.

O modelo que sinteticamente se está dizendo “da legalidade”, voltado à compreensão do fenômeno do direito administrativo, pode ser enunciado como: *pressupondo-se o contexto político-institucional do Estado de direito ocidental, situa-se no direito legislado o parâmetro de validade da ação administrativa*. E o “da justicialidade” pode ser enunciado como: *há na organização estatal, uma estrutura funcionalmente independente dos*

⁵⁰ Fala-se resumidamente em modelos, doravante nesta tese, para significar a espécie de modelos dita por Miguel REALE “modelos hermenêuticos axiológicos”.

⁵¹ Modelos que, para usar a expressão de Miguel REALE, fornecem “o conjunto de conceitos teóricos” mediante os quais “a experiência social” é “captada e criadoramente objetivada em estruturas cognoscitivas” (*Fontes de modelos do direito*, pp. 105-106).

poderes legislativo e executivo, que possa controlar essa validade, proferindo, a respeito dela, a decisão definitiva.

Convencione-se designar esses dois modelos fundamentais – como, aliás, já se vem fazendo no tópicos acima – como “macromodelos”. São eles modelos comuns aos ordenamentos jurídicos que se inserem no quadro do Estado de direito ocidental.

Desses dois macromodelos derivam, conforme as peculiaridades do modo de organização jurídica de cada país, outros modelos específicos.

Ao vislumbrar esses modelos teóricos, esta tese busca *não* a compreensão do modo de ser do ordenamento jurídico, mas antes a compreensão de *como a teoria explica esse modo de ser do ordenamento*.

E implícita nessa busca está a compreensão de quais *valores* são adotados pela *teoria* como elementos de organização das explicações que ela propõe para o modo de ser do ordenamento jurídico.

Essa investigação ocorrerá, ao longo da Parte II, analiticamente, a partir de três principais critérios: a) as funções mais relevantes das obras; b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam; c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores.

Sendo assim, não serão explorados os variados aspectos da teoria que correspondam a todos os segmentos temáticos identificados como pertinentes ao direito administrativo.

Não constitui preocupação desta tese, portanto, aquilo que a teoria do direito administrativo apresente especificamente sobre, por exemplo, servidores públicos, ou bens públicos, ou contratos administrativos, ou qualquer outro capítulo da parte especial do direito administrativo.

Interessa-lhe, sim, como a teoria organiza valorativamente sua abordagem do fenômeno do direito administrativo, de modo a transversalmente permear todos esses temas específicos.

E quando se diz “teoria”, cogita-se – recorde-se – não da visão opinativa, individual e personalizada de cada autor, mas da sua resultante coletiva, impessoal, que fornece um padrão de compreensão da realidade.

Os modelos que ressaltam da teoria do direito administrativo produzida nos países integrados no contexto do Estado de direito ocidental, conforme visto na Seção 3, em linhas gerais, derivam dos macromodelos *legalidade* e *justicialidade*⁵².

Retomem-se, exemplificativamente, algumas ideias, já se vislumbrando maior conexão com o caso brasileiro.

A tendência da teoria do direito administrativo na França é valer-se de modelos que poderiam ser sintetizados nas ideias de que: a) a liberdade e a igualdade inerentes aos seres humanos são traduzidas, no plano da vida social, pela lei, a qual veicula a vontade geral do povo; b) a separação de poderes, como instrumento social de contenção do poder estatal e de garantia dos direitos individuais, pressupõe a existência de uma função jurisdicional independente das demais funções estatais, a qual, no entanto, é melhor situada dentro da estrutura da administração no que diz respeito a julgar a ação da própria administração.

Na Itália, esses mesmos macromodelos de legalidade e justicialidade ganham variantes que destacam a perspectiva da existência de direitos públicos subjetivos e da processualidade da ação administrativa.

Não se quer sugerir que a *legalidade* à francesa seja contraditória com os *direitos subjetivos dos indivíduos*. No entanto, na França, o tratamento desses direitos em face do Estado ganha sentido teórico diverso.

Sim, pois, na França, por um lado, na linha da Escola do Serviço Público, propõe-se a negação teórica do conceito de direito subjetivo, com sua substituição pelo conceito de

⁵² Pretende-se aqui construir modelos de modo justificado pela observação da realidade, a fim de fazer inaplicável a bem humorada afirmação de Jeremy JENNINGS: “Muito frequentemente, parece-me, aqui está o papel de um modelo: confirmar os preconceitos do observador” (“*Peut-on parler d’un modèle anglo-saxon?*”, p. 11. No original: “*Très souvent, me semble-t-il, c’est bien là le rôle d’un modèle: confirmer les préjugés de l’observateur*”).

função social⁵³. E a função social, aplicada à relação do Estado com os indivíduos, resulta na noção de serviço público⁵⁴, ou seja: o direito dos indivíduos de exigir prestações do Estado e mesmo de exigir a ação do Estado garantidora das liberdades, explica-se pela função social de servir, atribuída ao Estado. Segundo a Escola do Serviço Público, essa seria a melhor explicação teórica para o fenômeno social que outros explicariam pelo modelo dos direitos públicos subjetivos.

E, por outro lado, na linha da Escola da *Puissance Publique*, tende-se a explicar o fenômeno da relação do Estado com o indivíduo pela invocação de um regime jurídico administrativo, que leva à existência de prerrogativas especiais da administração⁵⁵ e, ao mesmo tempo, a uma especial sujeição de sua parte à legalidade, que lhe impede o uso da “via de fato”⁵⁶.

Também não se quer sugerir a que a *justicialidade* do sistema jurisdicional francês seja conflitante com a *processualidade* da ação administrativa – esta, outro modelo da teoria do direito administrativo italiana.

A teoria francesa não ignora a noção de processo⁵⁷. No entanto, não lhe dá a mesma ênfase que a teoria italiana. Pode-se especular que uma razão para tanto seja a relativa perda de contato com a tecnicidade do processo judicial, por força do modo mais administrativo de agir da jurisdição administrativa.

Já quanto à teoria alemã do direito administrativo, os macromodelos de legalidade e justicialidade tendem ao reforço da constitucionalidade, inspirada especialmente pela noção de direitos fundamentais, e, como corolário, ao reforço do controle judicial de constitucionalidade das leis.

⁵³ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pp. 200 e segs..

⁵⁴ Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, pp. 34 e segs..

⁵⁵ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, pp. 20-21.

⁵⁶ Na explicação de HAURIOU, toda ação administrativa deve estar condicionada por um procedimento previamente regulamentado em direito; não sendo assim, a ação se caracteriza como via de fato ou usurpação de poder (*Précis de droit administratif et de droit public*, p. 26).

⁵⁷ Por exemplo, a própria explicação de HAURIOU para a ação administrativa, como visto na nota anterior, invoca a noção de “*procédure réglementée*” (*Précis de droit administratif et de droit public*, p. 26).

Retomando a fórmula já citada de Rainer WAHL (no tópico 11), “para a administração, a lei não está mais ‘pronta para o uso’”, não configura pressuposto inquestionável. Pelo contrário, as leis sujeitam-se constantemente a ter a sua constitucionalidade verificada – sendo o caso, mediante confirmação judicial – ao serem aplicadas pela via da função administrativa.

Pode-se vislumbrar uma distinção de abordagens do macromodelo da legalidade a partir das diferenças no modo de ser da Constituições alemã e francesa quanto ao tratamento dos direitos fundamentais.

Na Alemanha, os direitos fundamentais passaram a integrar o texto constitucional (de 1949) no momento histórico do pós-Segunda Guerra, em uma fase dita por BOBBIO⁵⁸ de “afirmação universal e positiva” desses direitos – esta, é a terceira fase, sucedendo a primeira fase de reconhecimento desses direitos no plano filosófico (em torno do século XVII) e a segunda fase de declaração desses direitos como fundantes de ordens políticas nacionais (com as declarações de direitos dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa).

Na França, ainda que sua Constituição date de 1958, a referência aos direitos fundamentais não se dá por inclusão direta no texto, mas por remissão, feita pelo preâmbulo, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946, bem como à Carta do Meio Ambiente de 2004. E os textos desses dois últimos documentos em grande medida mantêm a tradição de conter dispositivos formulados numa linguagem mais política do que técnico-jurídica.

A definição técnico-jurídica, visando à aplicação concreta, dos direitos fundamentais na França ainda é substancialmente condicionada pelas leis e, no que tange às relações dos indivíduos com a administração, pelas decisões da justiça administrativa.

⁵⁸ *A era dos direitos*, pp. 28-30. Dialoga com o pensamento de BOBBIO a análise produzida por Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, desdobrando essa terceira fase em quatro linhas de evolução: positivação, generalização (para atingir todas as classes sociais), internacionalização e especificação (visando à concretização) (*Curso de derechos fundamentales: teoría general*, pp. 134-170).

Já no caso alemão, tende-se à aplicabilidade imediata (e, em grande medida, suficiente) das normas constitucionais sobre direitos fundamentais.

Enfim, a vivência histórica francesa quanto à sua constituição, assim como as experiências dos demais países aqui lembrados, por óbvio, seguem peculiaridades.

Tome-se agora para comparação o caso dos Estados Unidos da América.

A experiência revolucionária francesa, na qual diversas constituições se sucederam em um relativamente curto lapso temporal⁵⁹, cada qual aparentando antes fazer as vezes de um manifesto político-ideológico do grupo que chegava ao poder, contrasta com a experiência norte-americana, em que a constituição tem caráter historicamente perene e fundador da nova nação.

É compreensível, nessa moldura, a valorização da lei formal, na França, obra do parlamento, menos suscetível de controle de constitucionalidade, enquanto nos Estados Unidos da América as leis submetiam-se desde bem mais cedo ao controle judicial e difuso de constitucionalidade.

A propósito, Michel TROPER, em uma outra perspectiva de análise, faz observação que bem contribui para a compreensão desse mesmo fenômeno.

De um lado, TROPER identifica, nos “constitucionalistas das Luzes”⁶⁰, a tendência de venerar a constituição, não por ser constituição (não por sua forma ou pela solenidade de sua proclamação), mas sim por suas qualidades próprias de oferecer uma “mecânica eficaz”, tendo em vista os fins para os quais foi feita (daí o largo uso, na linguagem desses

⁵⁹ Na análise de Georges BURDEAU, atualizada por Francis HAMON e Michel TROPER, citem-se a Constituição de 1791 (integrada, como seu preâmbulo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), as Constituições da Convenção (1793, 1795 – Ano III), a Constituição do Consulado (1799 – Ano VIII) e suas alterações ao longo do Império. Isso sem contar as sucessivas mudanças constitucionais ao longo do século XIX, após o ciclo da grande revolução: Carta de 1814, Carta de 1830 – designação “Carta”, aliás, voltada a romper com a tradição revolucionária –, Constituição de 1848, Constituição de 1852, Constituição de 1870, Constituição de 1875 (formada por três leis constitucionais), além de diversas alterações pontuais de cada qual (*Droit constitutionnel*, pp. 345-412).

⁶⁰ Ainda que muito diferentes entre si, como MONTESQUIEU e ROUSSEAU (TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 212).

constitucionalistas, de metáforas originárias da física, “no século em que Newton é o herói”: “balanças, molas, esferas, engrenagens e outros contrapesos”⁶¹.

Na síntese de TROPER – que pode bem ser tomada de empréstimo para explicar a perspectiva francesa de legalidade:

“Uma boa constituição não é, pois, um texto sagrado, que se deveria respeitar por essa simples razão, notadamente abstendo-se de se a violar. É uma constituição tão bem montada que é impossível violá-la e é tão somente a habilidade dessa montagem que a torna digna de admiração, de respeito e de amor.”⁶²

Por outro lado, com a consolidação de democracias ao longo do século XIX – o que é bem o caso dos Estados Unidos da América, em que pese sua Constituição seja pouco anterior às primeiras Constituições francesas –, cria-se um contexto no qual a constituição deixa de ser concebida como um “mecanismo produzindo certos resultados” e passa a ser vista como “um conjunto de prescrições, de normas que devem ser respeitadas”. Isso é consequência da consolidação da democracia: na medida em que se passa a aceitar o princípio de que a constituição é obra do povo, ou de um órgão que o represente, o seu poder não pode ser contrastado⁶³.

Daí, ou bem se confia na virtude do legislador em respeitar a constituição, ou se estabelece um eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis. Assim, “os efeitos que se esperavam no século XVIII do funcionamento necessário da mecânica constitucional, hoje são esperados somente da virtude dos juízes”⁶⁴.

Tal tendência, iniciada no século XIX nos Estados Unidos, também se verifica, ainda que com variações conceituais e técnicas – notadamente o sistema de controle concentrado –

⁶¹ TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 210.

⁶² *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 213. No original: “Une bonne constitution n'est donc pas un texte sacré, qu'on devrait respecter pour cette raison, notamment en s'abstenant de la violer. C'est une constitution si bien agencée qu'il est impossible de la violer et c'est l'habileté de cet agencement qui seule la rend digne d'admiration, de respect e d'amour”.

⁶³ TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 213.

⁶⁴ TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 214. No original: “Les effets que l'on attendait au XVIII^e siècle du fonctionnement nécessaire de la mécanique constitutionnelle, on les espère aujourd'hui seulement de la vertu des juges.”

ante a consolidação (não imune a contramarchas totalitárias em certos períodos) de regimes democráticos na Áustria, na Alemanha, na Itália, na Espanha e em Portugal, ao longo do século XX; e, bem mais recentemente, faz-se notar na França, por alteração constitucional havida em 2008, a introduzir o instrumento da questão prioritária de constitucionalidade.

Com a breve análise acima produzida, notam-se as variações de alguns modelos da teoria do direito administrativo, derivados dos macromodelos inerentes ao Estado de direito ocidental: legalidade e justicialidade.

Esses macromodelos, aos quais se chegou, nas passagens anteriores, por uma análise de conteúdo axiológico do Estado de direito ocidental, também podem ser atingidos por outro percurso de pensamento.

Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, explicando a transformação havida, ao longo do século XIX, do *saber prático dogmático* em *teoria dogmática* (do direito em geral e não apenas do direito administrativo), com a consolidação do pensamento dogmático como saber autônomo, identifica duas principais ordens de condições para esse fenômeno: políticas e jurídicas⁶⁵.

As condições *políticas* são a *noção de soberania nacional* (e não mais da pessoa do monarca) e *separação dos poderes* (antipersonalizante e anti-hieraquizante, com progressiva separação entre política e direito e com a neutralização política do Judiciário). As *jurídicas* são o *papel privilegiado assumido pela lei* (a maior disponibilidade temporal do direito, o fenômeno da positivação, o direito legislado como instrumento de modificação planificada da realidade) e a *concepção do direito como sistema normativo* (respondendo à busca de segurança da sociedade burguesa: um sistema fechado e sem lacunas; sistema como instrumento metódico de pensamento, valendo-se do procedimento construtivo e do dogma da subsunção)⁶⁶.

Dessa análise, ressaltam-se ideias que também remetem à legalidade e à justicialidade.

⁶⁵ *Introdução ao estudo do direito*, p. 76.

⁶⁶ Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, pp. 76-82.

Com efeito, interpretando-se e adaptando-se o pensamento de FERRAZ JUNIOR, pode-se sugerir uma combinação das condições ditas políticas e jurídicas do surgimento da teoria dogmática do direito no século XIX, para chegar-se a outro viés de compreensão da legalidade e da justicialidade como macro modelos do Estado de direito consolidado nesse mesmo período.

Assim, a condição política da *noção de soberania nacional* e a condição jurídica do *papel privilegiado assumido pela lei* correspondem a duas dimensões do fenômeno da legalidade: a lei, fruto da vontade geral⁶⁷ e não mais da vontade do monarca, passa a ser expressão da vontade soberana e a condicionar a ação dos governantes.

Paralelamente, a condição política da *separação dos poderes* e a condição jurídica da *concepção do direito como sistema normativo* correspondem a duas dimensões do fenômeno da justicialidade: a jurisdição, relativamente afastada da política (por comparação com as funções legislativa e executiva), vale-se de métodos técnico-jurídicos para garantir o respeito à legalidade e trazer segurança jurídica à sociedade, controlando a ação dos governantes.

Fixadas essas noções gerais quanto a modelos da teoria do direito administrativo, proceda-se agora, com base em fontes primárias, à análise dessa teoria produzida no Brasil.

⁶⁷ Usa-se aqui a clássica expressão desenvolvida por ROUSSEAU e consagrada nos textos de constituições e declarações de direitos desde a Revolução Francesa, sem que isso signifique adesão aos postulados políticos rousseauianos. Pretende-se apenas distinguir a vontade contida no direito e a vontade subjetiva do(s) governante(s). Ou, para usar a construção de Kelsen, o sentido objetivo de um ato de vontade (expresso na norma jurídica), em lugar do sentido subjetivo do ato de vontade (do governante) (*Teoria pura do direito*, v. 1, pp. 4-5).

Na medida em que se tocou no assunto, registre-se, brevemente, a razão da não adesão à perspectiva funcional de ROUSSEAU quanto à vontade geral. Para tanto, vale invocar a crítica de Isaiah BERLIN, mostrando ser paradoxal a solução de explicar a conciliação da autoridade com a liberdade por meio da vontade geral (distinta da vontade de todos), de modo a reduzir um conceito ao outro – autoridade e liberdade. A vontade geral, soberana e infalível, contida na lei (lei essa que se pressupõe, por definição, ser expressão da vontade geral, voltada ao bem comum), faz com que a lei se torne ao mesmo tempo garantia e imposição da “liberdade”. Assim, ser obrigado a cumprir a lei é ser obrigado a ser livre. Nas palavras de BERLIN: “[...] quanto mais livre se é, mais autoridade se tem e também mais se obedece; quanto mais liberdade, mais domínio”. Daí porque BERLIN considerar ROUSSEAU um dos “inimigos da liberdade” (*La traición de la libertad: seis enemigos de la libertad humana*, pp. 60-61).