

### SEÇÃO 3 – PERSPECTIVA DO DIREITO ESTRANGEIRO

**Plano da Seção: 8.** Critérios de seleção e de análise. **9.** França. **10.** Itália, Espanha e Portugal. **11.** Alemanha e Áustria. **12.** Reino Unido e Estados Unidos da América.

#### 8. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO E DE ANÁLISE

Os critérios de seleção das nacionalidades que serão a seguir analisadas partem da informação, que se admite desde logo como um dado, de quais os países cujo direito mais diretamente tem influenciado o modo de ser do direito administrativo brasileiro e da teoria aqui produzida, ao longo desses quase dois séculos desde a independência do Brasil.

Na Seção 2, já se fixou como pressuposto a influência preeminente que o direito administrativo francês e sua teoria têm historicamente exercido sobre o Brasil.

Além do direito francês, a doutrina brasileira normalmente destaca o influxo, ao longo do século XX, de dois outros direitos administrativos em especial: o italiano e o alemão<sup>181</sup>.

Ao lado da consolidação dessa informação na própria doutrina nacional, a pesquisa sobre fontes primárias feita nesta tese permite antecipar desde já a constatação de que:

- a) a contribuição francesa pode ser considerada a fundamental, tanto por haver moldado as estruturas institucionais que deram a feição do direito administrativo e da respectiva abordagem teórica, em sua primeira fase, no Brasil (Império),

<sup>181</sup> Ver, entre outros, MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, pp. 48-49; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, p. 3. Aliás, falando em perspectiva mais ampla, Odete MEDAUAR assim sintetiza esse ponto: “Do encontro das elaborações francesa (inclusive jurisprudencial), alemã e italiana formou-se o núcleo essencial do direito administrativo, 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 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” (*O direito administrativo em evolução*, p. 39).

como por diversos conceitos franceses terem sido aqui adotados, até os dias de hoje, mas com especial força nas primeiras décadas do período republicano;

- b) no tocante à visão teórica – mais do que à edificação das instituições estatais –, a Itália é o país que surge em segundo lugar como fonte de inspiração da teoria nacional. Espanha e Portugal marcam sua presença em um patamar sensível, mas inferior aos anteriores: compreende-se, por um lado, que a presença se dê pela propensão de aproximação do Brasil em relação à Península Ibérica por laços histórico-familiares; por outro, quanto ao direito administrativo, essa influência é relativa, uma vez que o direito daqueles países já sofrera impacto do francês, do italiano e do alemão – ou seja, já não seria a fonte original de inspiração;
- c) algumas teorias vindas da Alemanha e da Áustria tiveram grande impacto sobre teóricos brasileiros; não se pode dizer que tenha sido um fenômeno de grande monta em termos de abrangência ou de regularidade no tempo; antes são eventos tópicos, como o influxo da Escola de Viena, com KELSEN e MERKL, ou, bem mais recentemente, com a abordagem que atinge o direito administrativo pelo viés do direito constitucional (em especial em matéria de direitos fundamentais e de controle de constitucionalidade);
- d) Reino Unido e Estados Unidos da América merecem atenção no rol que se está a propor, não por sua relação imediata com o direito administrativo, mas sim pelo que significam, notadamente desde o século XIX, como modelo de democracia liberal e de Estado de direito para o Brasil – no caso dos Estados Unidos, trata-se ainda do modelo institucional para a consolidação do Estado brasileiro republicano, isso sem considerar a evidente influência que, desde as últimas décadas, o modo de ser das instituições jurídicas norte-americanas exerce sobre outros países no

âmbito das relações econômicas de ordem mundial que aquele país mantém.

A não inclusão, neste rol, de países latino-americanos não tem absolutamente o sentido de falta de interesse ou de atenção para o que lá se passa. Essa opção justifica-se por serem países cuja teoria do direito evoluiu simultaneamente com a brasileira, com menos influência recíproca e mais referência comum a matrizes europeias.

Pode-se ainda supor que, ao menos no tempo do Império, a diferença estrutural em relação às vizinhas Repúblicas e a própria instabilidade política pela qual elas passavam no século XIX não estimulassem maior interação no plano da teoria. Como agudamente registrou Joaquim NABUCO, analisando o momento político do Chile nos idos de 1891, mas estendendo o alcance da vista aos outros vizinhos sul-americanos:

“Em nossos países, onde a nação se mantém em menoridade permanente, as liberdades, os direitos de cada um, o patrimônio de todos, vivem resguardados apenas por alguns princípios, por algumas tradições ou costumes, que não passam de barreiras morais, sem resistência e que o menor abalo deita por terra”<sup>182</sup>.

Aliás, em parte anterior da mesma obra, Joaquim NABUCO já ironizava, esclarecendo o seu propósito ao escrevê-la:

“Com este ensaio não pretendo compor uma lição de Revolução comparada, cadeira que entretanto seria talvez útil criar nas universidades sul-americanas, como complemento do nosso Direito Constitucional”<sup>183</sup>.

Isso não quer dizer que não haja, sobretudo de meados do século XX para cá, citações, em obras brasileiras, de autores latino-americanos, notadamente argentinos. De todo modo, constata-se mais a busca do pensamento de algum autor específico do que a argumentação sistemática que pode decorrer da percepção do modo de ser do direito administrativo em dado país.

Todos esses países, assim como o Brasil, inserem-se no contexto político-social do Estado de direito ocidental, comungando dos mesmos

182 *Balmaceda*, p. 73.

183 *Balmaceda*, p. 39.

valores jurídicos fundantes, como será melhor esclarecido na Seção 4: a legalidade e a justicialidade.

Essa comunhão, no entanto, não impede que os respectivos direitos administrativos hajam desenvolvido instituições jurídico-positivas diversas.

Não é o caso, dado o objeto da tese, de aqui se aprofundarem análises comparativas sobre sistemas de direito administrativo positivo. Aponte-se apenas a referência de uma obra contemporânea sobre o tema, ainda que restrita à Europa: o trabalho de Michel FROMONT<sup>184</sup>, no qual se propõe uma classificação dos direitos administrativos (europeus) em quatro grupos:

- a) o “grupo francês” – França, Países Baixos, Bélgica, Itália e Grécia: cujo direito administrativo segue as linhas mestras consolidadas por Napoleão, mas com origens no reinado de Luís XIV (no tocante ao embrião da dualidade de jurisdições e à centralização administrativa), que tem por essência o regramento da atividade da administração, submetida à jurisdição administrativa, em defesa dos indivíduos<sup>185</sup>;
- b) o “grupo alemão” – Alemanha, Áustria, Suíça e Polônia: com instituições profundamente modernizadas após 1945, o direito administrativo alemão passou a exercer nova onda de influência sobre outros países; desde a década de 50 do século XIX, tratava-se de um direito (prussiano) de forte índole autoritária, o que não impediu inícios de desenvolvimento de instituições ligadas ao Estado de direito no Entreguerras, instituições essas que receberam amplo desenvolvimento após a Segunda Guerra, com a retomada da tradição

184 *Droit administratif des États européens*. Sobre a classificação proposta por FROMONT (em *Droit administratif des États européens*), Jacques ZILLER considera ser “até hoje, a mais satisfatória [tipologia] proposta para os direitos administrativos dos países da Europa”, permitindo especialmente evitar-se a armadilha do binômio “*common law* - direitos romano-germânicos”, divisão simplista e inexacta, “cuja utilização irrefletida está na origem de desgastes importantes, em particular porque ela impele muito facilmente ao chauvinismo jurídico” (“*Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*”, p. 540).

185 FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, pp. 14-18.

- liberal de início do século XIX, associada a uma nova visão social quanto aos direitos fundamentais, a descentralização territorial do poder (federalismo) e a uma forte interação entre direito administrativo e direito constitucional<sup>186</sup>;
- c) o “grupo semifrancês, semialeão” – Espanha, Portugal, Suécia e Finlândia: grupo heterogêneo, compartilhando a combinação de influências, com ênfases diferentes ao longo da história, dos direitos dos dois grupos antes mencionados<sup>187</sup>;
- d) o “grupo britânico” – Reino Unido, Irlanda, Dinamarca e Noruega: nesse grupo, ressalta-se a influência do direito inglês, que chega ao século XIX com marcadas diferenças em relação ao direito de países da Europa continental<sup>188</sup>, resultantes da combinação de três eventos mais relevantes: “a preponderância do princípio do direito não escrito, o enfraquecimento do monarca em benefício do Parlamento e das autoridades locais, o aumento do poder dos tribunais e dos órgãos jurisdicionais”<sup>189</sup>.

Por fim, antes de se iniciar a análise das linhas gerais da teoria do direito administrativo nos referidos países, esclareça-se a opção de método por abordar-se somente a produção das últimas décadas, relativa a obras gerais<sup>190</sup>.

O intuito desta Seção, com efeito, não é historiar a formação da teoria do direito administrativo em todos esses países, nem produzir um trabalho de direito comparado, com o rigor de método que lhe seria próprio.

Em vez disso, objetiva-se ensejar padrões de análise, de preferência conduzindo à possibilidade de modelagem (vide Seção 4), os quais serão aprofundados quanto ao direito brasileiro na Parte seguinte.

186 FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, pp. 33-38.

187 FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, p. 48.

188 Para estudo histórico específico, comparativo do surgimento dos direitos administrativos da França e da Inglaterra, ver CASSESE, Sabino, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*.

189 FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, pp. 60-61.

190 Quanto ao sentido de obras gerais e quanto à justificativa de sua escolha como objeto de investigação, ver esclarecimentos no tópico 17.

Por certo, é uma análise feita pelo viés contextual e valorativo de um pesquisador brasileiro. A experiência real, histórica, do pesquisador conduz naturalmente sua atenção para certos aspectos que provavelmente não seriam os mesmos se a origem do pesquisador fosse diversa.

Mais ainda: se, por um lado, a visão nacional induz a certa uniformidade de perspectiva, por outro, é inevitável que, mesmo em se tratando de pesquisadores de mesma nacionalidade, haja ainda muitas variantes associadas à visão pessoal do pesquisador.

Aliás, a personalidade – que não se confunde com individualismo – é, segundo a proposta filosófica de Pierre TEILHARD DE CHARDIN, um dos grandes vetores da evolução da humanidade. O aumento de consciência pessoal não é contrário à harmonia do todo, mas é um modo pelo qual algo de único se cria e se integra ao todo<sup>191</sup>.

## 9. FRANÇA

Ao direito administrativo francês, pelas razões já expostas, dedicou-se maior atenção em pontos anteriores desta tese.

Com efeito, notoriamente é o direito administrativo que mais influenciou e tem influenciado o direito brasileiro, tanto no sentido da modelagem de instituições estatais e de direito positivo, como no sentido da formação da teoria.

A análise de obras gerais sobre o direito administrativo francês permite identificar um certo padrão que envolve, em suma, a presença dos seguintes elementos:

- a) a contextualização histórica do direito administrativo no momento pós-Revolução de 1789, estando fixados os pressupostos básicos do constitucionalismo contemporâneo: separação de poderes e garantia de direitos individuais (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789);

---

191 TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, *Science et Christ*, pp. 174-176.

- b) o aspecto central da noção de legalidade, a operar como elemento fundamental de garantia da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais que, de resto, dela derivam;
- c) a atenção à dualidade de jurisdições, com um sistema próprio de controle jurisdicional da administração – jurisdição administrativa –, separado dos tribunais judiciais.

Das noções fundamentais de sistema jurisdicional de controle da administração e de legalidade, decorrem diversos desenvolvimentos específicos, cada qual ganhando maior ou menor ênfase sob a perspectiva de cada autor.

Entretanto, em linhas gerais pode-se vislumbrar uma lógica de edificar-se a teoria do direito administrativo a partir daqueles dois pilares principais.

A consulta a obras gerais contemporâneas evidencia que quase todas (senão todas) dedicam importante parte à jurisdição administrativa, sendo que algumas delas até mesmo trazem o tema como seu primeiro capítulo<sup>192</sup>.

E também consideram a legalidade como pedra angular do direito administrativo e sua teoria: na expressão de Yves GAUDEMET, “o exercício da função administrativa é dominado pelo princípio fundamental da legalidade”<sup>193</sup>; ou, para falar com René CHAPUS, a legalidade é o “princípio essencial à efetividade do ‘Estado de direito’”<sup>194</sup>.

Não a legalidade em seu sentido estrito de vinculação à lei formal, mas a legalidade em sentido amplo, de vinculação ao direito<sup>195</sup>.

192 Em especial, MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit administratif*, pp. 11 e ss. Também Yves GAUDEMET, atualizando a obra de André de LAUBADÈRE, intitula sua *Première Partie “Les structures administratives: l’administration et la juridiction administrative” (Traité de droit administratif*, t. 1). Além das obras gerais, para uma perspectiva de análise histórica detalhada, ver PACTEAU, Bernard, *Le Conseil d’État et la fondation de la justice administrative française au XIX<sup>e</sup> siècle*. E ainda LATOURNERIE, Dominique, *Le Conseil d’État*.

193 *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 530.

194 *Droit administratif general*, t. 1, p. 987.

195 Ver, entre outros, MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit administratif*, p. 225; GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 530; CHAPUS, René, *Droit administratif general*, t. 1, p. 987; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, p. 229; DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric, *Droit administratif*, p. 107; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, p. 207.

Por certo, as obras gerais francesas sobre direito administrativo percorrem temas específicos, tais como: organização administrativa (no caso francês, da administração nacional e das coletividades territoriais), ato administrativo, serviço público, polícia, contratos e responsabilidade.

Porém, para efeito desta análise, mais do que adentrar nos temas específicos, interessa notar sua articulação em torno das ideias centrais já referidas.

Assim, ilustrativamente, nota-se que temas como poder regulamentar, atos administrativos e controle da administração – especialmente o estudo do *recours pour excès de pouvoir* – são tratados como desdobramentos da legalidade.

E que a preocupação com a definição da competência das jurisdições permeia a discussão de diversos outros temas, inspirando a discussão sobre regime jurídico dos contratos, ou sobre regime da responsabilidade, ou sobre a definição de serviço público.

Tradicionalmente, discute-se na França a preponderância, alternada ou conjugada ao longo da história, do critério “de fins” (o serviço público) ou do critério “de meios” (um regime jurídico próprio da *puissance publique*), para a definição da competência da jurisdição administrativa<sup>196</sup>.

Aliás, discute-se mesmo se a existência de um regime jurídico administrativo é causa ou consequência da dualidade de jurisdições. “Eterno dilema do ovo e da galinha, sempre que se investigam as causas dessa situação, depara-se com a questão de saber quem, dentre o direito ou o juiz, está na sua origem”, como diz Jacqueline MORAND-DEVILLER<sup>197</sup>.

Olhando para o passado, mais especificamente para o início do século XX, não se pode deixar de registrar uma tendência da teoria

Georges DUPUIS, Marie-José GUÉDON e Patrice CHRÉTIEN falam mesmo em um princípio de *juridicité*, como um sentido mais amplo da legalidade (*Droit administratif*, p. 88).

196 MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit administratif*, p. 19; GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 400; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, p. 487.

197 “Les origines du droit administratif français. Maurice Hauriou, fondateur et profete”, texto ainda não publicado, gentilmente fornecido pela autora. No original: “Eternel dilemme de l’œuf et de la poule, lorsque l’on recherche les causes de cette situation on se heurte à la question de savoir qui du droit ou du juge en est à l’origine”.



de dar especial destaque à investigação dos fundamentos do direito administrativo.

Data desse momento – importante marco no amadurecimento da teoria francesa do direito administrativo – a clássica polémica entre as correntes teóricas conhecidas como Escola do Serviço Público e Escola da *Puissance Publique*<sup>198</sup>, respectivamente lideradas por Léon DUGUIT e Maurice HAURIOU.

A proposta da Escola do Serviço Público, em suma, era afastar a noção de soberania, tendente a uma abordagem autoritária do direito administrativo, como fundamento da existência de certas diferenças no regime jurídico aplicável à administração pública, posicionando em seu lugar o serviço público, em uma perspectiva de tratar-se de função social da administração. Portanto, o que justifica eventuais prerrogativas da administração não é a superioridade de seu poder, mas sim o seu dever de bem servir.

Nas palavras de DUGUIT:

“Assim, a noção de serviço público vem substituir aquela de soberania. O Estado não é mais um poder soberano que comanda; ele é um grupo de indivíduos detentores de uma força que eles devem empregar para criar e gerir os serviços públicos. A noção de serviço público torna-se a noção fundamental do direito público moderno.”<sup>199</sup>

E ainda:

“Com efeito, desde então compreendeu-se que certas obrigações impunham-se aos governantes em prol dos governados e que o cumprimento desses deveres era ao mesmo tempo a consequência e a justificação de sua grande força. Essa é essencialmente a noção de serviço público.”<sup>200</sup>

198 É usual a citação da expressão em francês, dada a dificuldade de encontrar expressão equivalente em português jurídico: poder ou potência não soam naturais no contexto. Talvez a melhor tradução seja soberania, seguindo a sinonímia das expressões *puissance publique* e *souveraineté* proposta por DUGUIT (*Les transformations du droit public*, pp. 8 e ss.).

199 *Les transformations du droit public*, p. XIX. No original: “Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L’État n’est plus une puissance souveraine qui commande; il est un groupe d’individus détenant une force qu’ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne”.

200 DUGUIT, Léon, *Les transformations du droit public*, p. 33. No original: “En effet, dès ce moment on a compris que certaines obligations s’imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que

Já quanto à Escola da *Puissance Publique*, uma síntese muito clara da posição de HAURIUO, estabelecendo um diálogo crítico – e de grande respeito – com DUGUIT e seus companheiros de doutrina Gaston JÈZE e Roger BONNARD, está no prefácio à 11ª edição de seu *Précis de droit administratif et de droit public*, prefácio esse intitulado “*La puissance publique et le service public*”.

Após afirmar que *puissance publique* e serviço público são as “noções mestras do regime administrativo francês”, HAURIUO distingue-as essencialmente por uma relação de meio e fim, e opta pela preeminência dos meios:

“As doutrinas socializantes do fim do século XIX aproveitaram a omissão da doutrina clássica. Elas dedicaram-se a reabilitar a noção de fim no direito, porque ela é social, enquanto a de meios de direito é individualista; mas, em vez de deixar em seu lugar, que é o segundo, a noção de fim, elas promoveram-na ao primeiro lugar. Subitamente, o fim, que não era nada, tornou-se tudo.

Essa inversão de valores constitui a heresia do socialismo jurídico, cujos efeitos devastadores não transtornaram menos o mundo do direito que os cismas religiosos transtornaram a cristandade.

Estava na lógica do erro sobre a primazia do fim que, no direito público, se criasse uma ‘Escola do serviço público’, esforçando-se para fazer predominar a ideia de serviço, considerada como fim do Estado, sobre aquela do poder da vontade do Estado, considerado como meio de realizar o fim.”<sup>201</sup>

Não cabe aqui tomar partido nessa disputa, que, no entanto, permeou a teoria francesa – e não só a francesa – ao longo de décadas, produzindo consequências até hoje. De todo modo, essa abordagem

---

*l’accomplissement de ces devoirs était à la fois la conséquence et la justification de leur grande force. Cela est essentiellement la notion de service public”.*

201 “*Préface: La puissance publique et le service public*”, p. X. No original:

*“Les doctrines socialisantes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ont profité de l’omission commise par la doctrine classique; elles ont pris à tâche de réhabiliter la notion du but dans le droit, parce qu’elle est sociale, alors que celle des moyens de droit est individualiste; mais au lieu de laisser à sa place, qui est la seconde, la notion du but, elles l’ont promue à la première place. Subitement, le but, qui n’était rien, est devenu tout.*

*“Ce renversement des valeurs constitue l’hérésie du socialisme juridique, dont les ravages n’ont pas moins bouleversé le monde du droit que les schismes religieux n’ont bouleversé la chrétienté.*

*“Il était dans la logique de l’erreur sur la primauté du but que, dans le droit public, il se créât une ‘École du service public’ s’efforçant de faire prédominer l’idée du service, considérée comme but de l’État, sur celle de la puissance de volonté de l’État considérée comme moyen de réaliser le but.”*

expressa uma preocupação típica de um momento da evolução do direito administrativo<sup>202</sup>.

Temas novos, ou antes, perspectivas novas acopladas aos temas clássicos – “revoluções tranquilas”, nas palavras de Jacqueline MORAND-DEVILLER – têm marcado a teoria do direito administrativo atual.

Segundo ainda Jacqueline MORAND-DEVILLER, “sob a influência de uma opinião pública cada vez mais sensível à *segurança* e à *eficácia* do direito” e sob pressões exercidas pelo direito da União Europeia<sup>203</sup>:

“Contrariamente a uma velha tradição de jacobinismo e de cultura de autoridade ele [o direito administrativo francês] apropriou-se da cultura da *transparência*, daquela da *concertação* e da *participação*, daquela da *urgência*. Além disso, ele acolhe cada vez mais com boa vontade a dimensão do *subjetivismo* e do *consensualismo* do mesmo modo que a tradição centralizadora suavizou-se e que os irresistíveis progressos da descentralização modificaram a paisagem administrativa francesa bem como as perspectivas de uma democracia de proximidade. Essas evoluções não foram possíveis senão com a estreita colaboração do juiz administrativo, ele também atingido nesses últimos anos por pacatas revoluções”<sup>204</sup>.

São exemplos de decorrências dessas “revoluções” os meios alternativos de solução de controvérsias, a fixação de prazos para decisões

202 DUGUIT mesmo, ao introduzir sua obra – *Les transformations du droit public* – questiona-se de plano se o direito, “como todas as coisas sociais, não possui um estado perpétuo de transformação”, de modo que “estudar as transformações do direito público” fosse o mesmo que “estudar tão simplesmente o direito público”. Mas pondera que, em certos períodos, as instituições sociais, restando submetidas à sua lei geral de evolução, sofrem uma transformação mais profunda e ativa. O início do século XX seria um desses períodos (*Les transformations du droit public* pp. XIX-X).

203 Para uma ilustração da interação do direito administrativo francês com o direito europeu, mediante a análise de diversos casos concretos, seja de decisões do Conselho de Estado francês, seja de decisões de instâncias europeias, e dos entendimentos entre eles, especialmente a partir do ensejo de compatibilização decorrente da presidência francesa da União Europeia no segundo semestre de 2008, ver CASSIA, Paul, “*Droit administratif français et droit de l’Union européenne*”.

204 “*Le droit administratif français et ses révolutions tranquilles*”, p. 36. No original: “*Contrairement à une vieille tradition de jacobinisme et de culture de l’autorité il s’est approprié la culture de la transparence, celle de la concertation et de la participation, celle de l’urgence. Par ailleurs, il accueille de plus en plus volontiers la dimension du subjectivisme et du consensualisme d’autant que la tradition centralisatrice s’est assouplie et que les irrésistibles progrès de la décentralisation ont changé le paysage administratif français ainsi que les perspectives d’une démocratie de proximité. Ces évolutions n’ont été possibles qu’avec l’étroite collaboration du juge administratif, lui aussi atteint ces dernières années par de paisibles révolutions*”.

administrativas, os novos instrumentos para acelerar a execução de decisões judiciais, as novas figuras contratuais, os novos casos de procedimentos administrativos com audiências e consultas públicas e o reconhecimento de novos direitos dos cidadãos em face da administração (no sentido de haver instrumentos para se exigirem certas providências)<sup>205</sup>.

Além disso, atualmente a noção de bases constitucionais do direito administrativo parece mais aceita na teoria do direito administrativo<sup>206</sup>.

Essa nova tendência temática, no entanto, não elimina a posição de destaque, na formulação da teoria do direito administrativo francesa, dos elementos “legalidade” e “sistema de controle jurisdicional”, os quais seguem balizando a compreensão dos novos temas.

É certo que a própria exteriorização da legalidade e do controle jurisdicional também sofrem alterações evolutivas.

Um exemplo disso é o reforço ao sentido de constitucionalidade – inerente à legalidade – mediante a alteração no tradicional sistema de controle de constitucionalidade das leis, praticado nos últimos cinco

205 São elementos desenvolvidos por Jacqueline MORAND-DEVILLER ao longo do citado artigo (*“Le droit administratif français et ses révolutions tranquilles”*, pp. 36-53).

206 Um estudo específico sobre o tema foi feito por Bernard STIRN, destacando, entre outros elementos: a constitucionalização de mais funções do Conselho de Estado, pelas revisões constitucionais de 2003 e 2008; o envolvimento daquele Conselho no novo procedimento de “questões prioritárias de constitucionalidade” (como instrumento de controle de constitucionalidade); a ampliação da previsão de outros assuntos administrativos na Constituição; a interlocução maior entre Conselho Constitucional e Conselho de Estado (*“Constitution et droit administratif”*).

Sobre a inserção constitucional da justiça administrativa, interessante lembrar a posição do Conselho Constitucional, em duas importantes decisões: na decisão nº 80-199 DC, foi fixada, a partir da compreensão da separação de poderes, a noção de que a *independência* das jurisdições (judicial e administrativa) em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo tem *status* constitucional; na decisão nº 86.224 DC, no entanto, foi esclarecido que o princípio da separação entre autoridade jurisdicional administrativa e judiciária não tem *status* constitucional (não sendo decorrência da separação de poderes), de modo que a *lei* pode alterar o critério de repartição de competências entre elas, ressalvadas, em benefício da jurisdição judiciária, a reserva constitucional de competências em certas matérias (liberdade individual, propriedade privada imobiliária, estado e capacidade das pessoas e funcionamento dos serviços judiciários). Para uma análise de ambos os casos, ver FAVOREU, Louis *et alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, pp. 122-135 e 216-228.

Curioso notar que, para decidir pelo caráter não constitucional do princípio da separação entre autoridade jurisdicional administrativa e judiciária, o Conselho Constitucional se baseia numa norma (infraconstitucional) de 1790. Para uma análise das discussões, ao tempo de 1790, sobre a lei de organização judiciária, ver MESTRE, Jean-Louis, *Administration, justice et droit administratif*.

anos, com a introdução de um mecanismo de controle *a posteriori* de constitucionalidade: a questão prioritária de constitucionalidade (QPC).

Outro exemplo é a adaptação do controle jurisdicional à necessária convivência com instituições da União Europeia. De todo modo, sobre esse ponto, Michel FROMONT<sup>207</sup> registra como tendência de convergência, nos países europeus na segunda metade do século XX, o reforço da justiça administrativa, com a consagração de seu *status* constitucional e com a extensão de certas garantias processuais às partes e pessoais aos magistrados. Isso por se concluir que se trata de instrumento fundamental não apenas para a garantia da boa administração, como sobretudo para a proteção do cidadão quanto a uma administração cada vez mais onipresente.

## 10. ITÁLIA, ESPANHA E PORTUGAL

O direito administrativo italiano, ainda que originário da matriz francesa, desenvolveu-se com certas peculiaridades e, no tocante ao direito brasileiro, exerceu também uma influência direta, todavia mais atinente a institutos em espécie. A propósito, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO destaca especialmente a base italiana dos conceitos de mérito, de autarquia e de entidade paraestatal, além da noção de interesse público<sup>208</sup>.

A “primazia da obra específica sobre direito administrativo” de ROMAGNOSI (1814) e o “pioneirismo da criação da cátedra da matéria, em Milão”, não propiciaram, todavia, condições fáticas de conferir à Itália a qualificação de “berço” desse direito, nem força para a propagação de uma obra científica, na avaliação de Odete MEDAUAR<sup>209</sup>.

207 *“La justice administrative en Europe: convergences”*, p. 207.

208 *Direito administrativo*, p. 25. Quanto à doutrina italiana sobre interesse público, é muito difundida a distinção de Renato ALESSI entre interesse público primário (“complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade”) e interesse público secundário (“interesse do sujeito administrativo”) (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, pp. 151-152). O tema é inserido em um capítulo intitulado “supremacia jurídica geral da administração e seus limites” (pp. 147 e ss.).

209 *O direito administrativo em evolução*, pp.29-30. Para análise individualizada de importantes nomes da doutrina italiana, desde ROMAGNOSI, ver CASSESE, Sabino. *Cultura e politica del diritto amministrativo*.

A partir do início da unificação política do país, em meados do século XIX – a edição do Estatuto Albertino data de 1848 – a Itália viveu progressivamente a estruturação de uma administração centralizada, à francesa; e, no entanto, adotou, num primeiro momento a unidade de jurisdição (por influência inglesa ou belga), posteriormente chegando à dualidade de jurisdições, em 1889. Em fins do século XIX, “do ponto de vista da ciência jurídica pública, passou a predominar a influência alemã, sobretudo do pandectismo, embora mesclada à escola francesa”<sup>210</sup>.

A propósito, pertinente lembrar a análise evolutiva que Sabino CASSESE<sup>211</sup> faz, quanto à Itália, do tema que chama “a doutrina dos juristas e a cultura geral”. O autor parte de observação de MATTEUCCI sobre a tendência de isolamento dos juristas, em relação à cultura geral, desde fins do século XVIII, a propósito de buscar neutralidade e identidade científicas. Avançando o olhar para meados do século XX, registra uma “divisão de trabalho” entre “teóricos” e “práticos”, com contatos meramente episódicos entre doutrina e jurisprudência: “os livros continuam a ser escritos somente por meio de outros livros”. Mas, na época em que escreveu (1971), já notou crescente interesse da doutrina sobre temas em que o direito administrativo se mostrava preponderantemente jurisprudencial.

CASSESE não deixa, entretanto, de apontar um vício do tratamento dado à doutrina estrangeira:

“Continua, nesse período [início dos anos 1970], o uso acrítico e anacrônico da doutrina estrangeira: Otto Mayer e Forsthoff, Hauriou e Rivero e tantos outros vem citados de modo misturado, como se entre o escrito de um e o de outro não houvessem passado décadas, e às vezes séculos, não tenha havido transformações políticas, não se hajam alterado constituições, mudado orientações políticas, revogado leis, etc.”<sup>212</sup>

210 MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, pp. 34-35.

211 *Cultura e política del diritto amministrativo*, pp. 61-69.

212 *Cultura e política del diritto amministrativo*, p. 70. CASSESE nota, aliás, que o uso acrítico da doutrina estrangeira e mesmo de doutrina nacional é fenômeno geral da ciência jurídica, não somente na Itália. No original: “*Continua, in questo periodo, l’uso acritico e storico della dottrina straniera: Otto Mayer e Forsthoff, Hauriou e Rivero e tanti altri vengono citati alla rinfusa, come si tra lo scritto dell’uno e quello dell’altro non corressero decenni, e talora secoli, non fossero accaduti rivolgimenti politici, cambiate costituzioni, mutati indirizzi politici, abbrogate leggi, ecc.*”.

Das obras gerais italianas atuais sobre direito administrativo, nota-se um certo padrão de abordagem da matéria que, em termos de método expositivo, assim como de contextualização política, não difere muito do que se passa na França, ou, como será visto a seguir, na Espanha, em Portugal e mesmo no Brasil.

Faz-se presente a percepção da contextualização política do surgimento do direito administrativo no momento da consolidação do Estado de direito na Europa continental, ainda que esse tema seja desenvolvido com menos intensidade do que nas obras francesas<sup>213</sup>.

A sensação que um leitor pode ter – ao menos, a que este leitor teve – é a de uma tendência de um tratamento mais voltado à análise técnico-jurídica do direito administrativo, centrada na relação jurídica que se estabelece entre sujeitos de direito – um deles, a administração. Assim, as obras, via de regra, dedicam-se, de plano, a esclarecer o sentido de administração, a sua estrutura e a sua função.

Legalidade e controle jurisdicional são temas centrais presentes.

Quanto a esses dois pontos, apenas ilustrativamente, cite-se a formulação sintética de Sabino CASSESE: “O primeiro e mais importante princípio do direito administrativo é o da *legalidade*”<sup>214</sup>. E também a referência de Aldo SANDULLI<sup>215</sup> quanto ao relevante papel que o Conselho de Estado italiano exerceu na criação do direito administrativo – assim como exerceu a ciência, a qual, no entanto, valeu-se da “massa crítica” produzida pela jurisprudência – em fins do século XIX e começo do século XX. Hoje, no entanto, assim como em grande parte do século XX, segundo Vincenzo CERULLI IRELLI<sup>216</sup>, detecta-se a primazia da legislação como fonte do direito administrativo, tanto

213 CASSESE, Sabino, *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, p. 8, e *La construction du droit administratif*, pp. 14 e ss.; CASSETTA, Elio, *Compendio di diritto amministrativo*, p. 2; CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Principii del diritto amministrativo*, t. 1, p. 6; MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, pp. 305 e ss. Massimo Severo GIANNINI refere-se ao “*Stato a diritto amministrativo*” (*Diritto amministrativo*, v. 1, pp. 27-31).

214 *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, p. 8. No original: “*Il primo e più importante principio del diritto amministrativo è quello di legalità*”.

215 “*La tradition nationale du droit administratif en Italie*”, pp. 774.

216 *Principii del diritto amministrativo*, t. 1, p. 6.



a legislação nacional como, nas últimas duas décadas, a legislação da União Europeia.

Entretanto, voltando à visão que um leitor, especialmente originário de outro país, possa ter das obras gerais italianas de direito administrativo, dois pontos chamam a atenção como temas específicos, ambos com sentido já apontado de valorização das relações jurídicas envolvendo a administração.

O primeiro, é a noção de situações jurídicas subjetivas: direito subjetivo, interesse legítimo, poder, obrigação e dever<sup>217</sup>.

Trata-se de uma visão da administração como permanentemente operando a conciliação de diversos interesses, mais ou menos juridicamente tutelados, com especial atenção para os casos em que se verifiquem direitos públicos subjetivos dos indivíduos<sup>218</sup>.

Atualmente, Sabino CASSESE nota que a especialidade do direito administrativo – que já foi, por muito tempo, funcionalmente ligada à supremacia da administração e à preeminência do interesse público em relação ao privado – deve agora servir a tutelar as posições e as situações jurídicas subjetivas dos privados em confronto com sujeitos públicos<sup>219</sup>.

O segundo, é a noção de *provvedimento*, que não deixa de se relacionar com a visão do fenômeno administrativo pela ótica da relação jurídica, mas que também se liga à percepção da relevância do processo como instrumento legítimo da ação administrativa.

A valorização do processo (ou do procedimento) administrativo, na análise histórica de Luca MANORI e Bernardo SORDI<sup>220</sup>, decorre de uma evolução da noção oitocentista do primado da legalidade, passando

217 CASSETTA, Elio, *Compendio di diritto amministrativo*, p. 183. Esta é uma forma tradicional de a teoria italiana abordar o assunto. Sobre isso, ver, entre outros, ROMANO, Santi, *Corso di diritto amministrativo*, pp. 137-158.

218 Sobre o desenvolvimento da noção de direito público subjetivo na Itália, a partir da discussão introduzida na Alemanha por GERBER, e adotando a proposta de JELLINEK, ver ORLANDO, Vittorio Emanuele, *Introduzione al diritto amministrativo*, pp. 111-143. Em meados do século XX, Massimo Severo GIANNINI retomava o tema dos direitos públicos subjetivos para balizar o desenvolvimento da questão clássica da tensão entre autoridade e liberdade (*Diritto amministrativo*, v. 2, pp. 219 e ss.).

219 *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, p. 2.

220 *Storia del diritto amministrativo*, pp. 463-466.



então por uma percepção da importância da constitucionalidade e, portanto, do controle de constitucionalidade das leis.

Os autores<sup>221</sup> chamam atenção para a influência e para a precedência do direito austríaco<sup>222</sup> nessa matéria, por consequência das ideias de KELSEN e MERKL. Com efeito, da lógica de sustentar-se a existência de um tribunal constitucional como guardião da constituição<sup>223</sup>, desenvolve-se um raciocínio de controle da ação do legislativo e da administração com ênfase no processo.

Mas voltando ao ponto do *provvedimento* e de sua conexão com a relação jurídica, Elio CASSETTA define esta última justamente invocando a noção de *provvedimento*:

“[Relação jurídica, que é a] possibilidade abstrata (energia potencial referida ao sujeito) de ter um certo comportamento produtivo de efeitos jurídicos, concretiza-se mediante atos jurídicos, os mais importantes dos quais são os *provvedimenti*”<sup>224</sup>.

*Provvedimento* não é uma palavra de fácil tradução para o português jurídico. O mais próximo seria “decisão”; não qualquer tipo de decisão, mas, sim, uma decisão que expresse exercício de poder pela administração, tomada ao final de um processo. Como explica CASSESE:

“O *provvedimento* administrativo é o ato com o qual, na conclusão de um processo, vem exercido o poder administrativo: pondo normas, outorgando uma autorização, transferindo a propriedade de um bem, atribuindo um recurso escasso, aplicando uma sanção e assim por diante”<sup>225</sup>.

221 MANORI e SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, p. 464.

222 Citam a lei austríaca sobre simplificação da administração, de 21 de julho de 1925.

223 Relembre-se a célebre polémica entre Hans KELSEN e Carl SCHMITT sobre essa matéria. Sobre o tema, ver KELSEN, *Qui doit être le gardien de la constitution?*; SCHMITT, *La difesa de la constitución*; e ainda a obra coletiva, sob a direção de Olivier BEAUD e Pasquale PASQUINO, *La controversa sur 'le gardien de la constitution' et la justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*.

224 *Compendio di diritto amministrativo*, p. 186. No original: “possibilità astratta (energia potenziale riferita al soggetto) di tenere un certo comportamento produttivo di effetti giuridici si concretizza mediante atti giuridici, i più importanti dei quali sono i provvedimenti”.

225 *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, p. 251. No original: “Il provvedimento amministrativo è l'atto con il quale, a conclusione di un procedimento, viene esercitato il potere amministrativo: ponendo norme, accordando un'autorizzazione, trasferendo la proprietà di un bene, attribuendo una risorsa scarsa, irrogando una sanzione e così via”.

Essa ênfase na atuação processualizada da administração, em substituição à edição de atos unilaterais e isolados, como uma tendência evolutiva do direito administrativo, é bem notada no direito italiano<sup>226</sup>.

Para além desses fundamentos de organização da visão teórica italiana do direito administrativo – situações jurídicas subjetivas e *provvedimenti* –, cabe ainda registrar uma outra tendência da teoria desenvolvida na Itália, quanto à identificação de quais fenômenos, que se passam no mundo contemporâneo, merecem especial atenção.

Nesse caso, dois fenômenos despontam: o direito europeu e o direito administrativo global.

São esses, aliás, na percepção de Aldo SANDULLI<sup>227</sup> os dois “grandes fatores de mudança” do direito administrativo italiano nos últimos vinte anos.

Primeiro, uma questão de ritmo: a mudança acelerada do direito administrativo nos anos 1990, por força do legislador nacional, mas sobretudo sob o impulso da integração europeia (legislou-se inovadoramente, por exemplo, sobre temas como: processo administrativo, coletividades locais, privatização, controles administrativos, autoridades independentes, contratos administrativos).

Sobre esse primeiro ponto, Domenico SORACE<sup>228</sup> observa que a influência do direito comunitário sobre o direito nacional italiano não se resume às matérias comunitárias em sentido estrito, mas afetam o direito administrativo italiano em geral; este tem-se modificado muito nas últimas décadas, não somente, mas em boa parte, por causa da sua “europeização”. São, segundo SORACE, exemplos de alterações por força do direito europeu:

226 CASSESE, *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, p. 201; CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Principii del diritto amministrativo*, t. 1, p. 29.

GIANNINI estrutura dentro dos rótulos de processo e *provvedimento* todo o desenvolvimento do que chama “atividade administrativa”, tratando em gênero e em espécie das funções desempenhadas pela administração (ao longo das mais de 850 páginas do segundo volume de seu *Diritto amministrativo*). Para o estudo do tema no direito brasileiro, ver MEDAUAR, Odete, “Administração pública: do ato ao processo”.

227 “La tradition nationale du droit administratif en Italie”, pp 780 e ss.

228 “Le droit administratif italien dans le creuset européen”, pp. 589-602.

- a) a redefinição da relação público/privado, com aplicação de regras concorrenciais tradicionais de atividades econômicas privadas às atividades econômicas estatais, estas em uma parcial fusão com os serviços públicos (serviços públicos econômicos)<sup>229</sup>;
- b) a ampliação da incidência da responsabilidade da administração pública, de modo que a jurisdição judicial passou a reconhecer essa responsabilidade sem a necessidade de demonstração de lesão a direito subjetivo<sup>230</sup>; e que também a jurisdição administrativa ganhou competência para condenar a administração a indenizar;
- c) o reforço ou mesmo a introdução de certos princípios gerais, agora aplicados com maior intensidade e invocados com maior frequência pelas leis e pela doutrina, tais como proporcionalidade<sup>231</sup>, confiança legítima, direito à boa administração, economicidade, eficiência, publicidade e transparência – esses quatro últimos especialmente previstos no âmbito do processo administrativo não contencioso – além da cláusula genérica de incidência dos “princípios do ordenamento comunitário”.

Retomando o que se dizia mais acima, o segundo fator de mudança refere-se à influência direta da própria legislação europeia e das forças econômicas em um mundo globalizado.

Fruto da integração econômica e cultural e dos avanços tecnológicos, o direito administrativo global leva à integração de sistemas jurídicos e à perda de fronteiras entre o direito público e o privado<sup>232</sup>.

229 Ainda que, ressalva SORACE, esse impacto tenha causado efeito menos dramático que, por exemplo, na França, onde a noção de serviço público exercia tradicionalmente um papel estruturante do próprio direito administrativo.

230 Em sentido legal estrito, por contraste com os simples interesses, no mesmo modo que se passa com o direito alemão (ver tópico 11).

231 Que, de todo modo, SORACE demonstra estar presente no direito italiano desde, pelo menos, a *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, de ROMAGNOSI, de 1838.

232 A questão da globalização, em termos de direito administrativo, é especialmente desenvolvida na doutrina italiana por Sabino CASSESE, cuja liderança SANDULLI explicita (*“La tradition nationale du droit administratif en Italie”*, p. 783). CASSESE, além de mencionar o tema na primeira página de

Enfim, segundo Aldo SANDULLI:

“No espaço de dois séculos, o direito administrativo italiano cumpriu um longo percurso. Nascido como direito do Estado, ele é doravante em grande parte um direito extraestatal. Identificado com o exercício do poder público, ele tornou-se, com frequência, uma atividade de prestação e fornecimento. Caracterizado pela especialidade, ele utiliza de mais a mais frequentemente instrumentos de direito privado e, em muitos casos, ele é fonte de um direito comum ou misto, público-privado.”<sup>233</sup>

No mesmo sentido, põe-se a avaliação de Luca MANORI e Bernardo SORDI<sup>234</sup>, detectando, nos dias de hoje, o desprendimento de uma noção estrita de especialidade, para uma maior integração no ordenamento jurídico, com diluição da fronteira entre público e privado e com a adoção de princípios gerais como boa fé, confiança e eficiência.

Já no tocante à Espanha e a Portugal, como se observou mais acima, por um lado, a presença relativamente importante de citações de seus autores nas obras brasileiras justifica uma menção específica nesse tópico; por outro, em termos de influência original sobre o modo de ser da teoria do direito administrativo no Brasil, seu papel é menos evidente, pois seu direito já sofrera o impacto, em especial, de modelos originais franceses, italianos e alemães.

De todo modo, cabe a eles uma referência nesta Seção, ainda que mais breve.

A consulta de obras gerais em Portugal leva à percepção de uma contextualização política e de uma estrutura de desenvolvimento muito semelhantes às de obras brasileiras, com referências plurais a direito comparado – notadamente em países da mesma tradição do Estado de direito ocidental – e à doutrina estrangeira.

---

seu *Corso di diritto amministrativo*, tem produzido estudos específicos sobre ele, como *“Il diritto amministrativo globale”*. Sobre o tema, ver mais considerações abaixo, ao final do tópico 12.

233 *“La tradition nationale du droit administratif en Italie”*, p. 786. No original: *“En l’espace de deux siècles, le droit administratif italien a accompli un long parcours. Né comme droit de l’État, il est désormais en grande partie un droit extra-étatique. Identifié avec l’exercice du pouvoir public il est devenu, le plus souvent, une activité de prestation et de fourniture. Caractérisé par la spécialité, il utilise de plus en plus souvent des instruments de droit privé et dans bien des cas, il est source d’un droit commun ou mixte, public-privé”*.

234 *Storia del diritto amministrativo*, pp. 527-528.

Normalmente tais obras iniciam-se por definições de administração e direito administrativo na perspectiva do Estado de direito liberal e de seu modelo de separação de poderes, com ênfase no sentido de legalidade e da tutela de direitos dos indivíduos. E prosseguem com análise da organização da administração, de seus poderes, dos atos, contratos e procedimentos administrativos e de atividades da administração<sup>235</sup>.

É notada a evolução pela qual passa o direito administrativo, desde suas origens em um Estado liberal (nos quadros de uma legalidade vista como garantidora da liberdade e, via de regra, da abstenção estatal, esperando-se do controlador jurisdicional a maior fidelidade possível ao texto da lei), passando pelo Estado social (em que a lei, “para satisfazer as variadas necessidades e os imensos apetites de intervenção social”, banaliza-se, trocando seu caráter de “verdade racional permanente”, para constituir “um equilíbrio político momentâneo”), até um Estado regulador e garantidor (cujas principais marcas são a “internacionalização” e a identificação do bem comum com “eficiência econômica, solidariedade social e sustentabilidade ambiental”)<sup>236</sup>.

Em uma visão sintética fornecida por Diogo FREITAS DO AMARAL<sup>237</sup>, quanto às linhas gerais de evolução do direito administrativo português no Estado democrático pós-1974, chama-se atenção, quanto à estrutura da administração, para a descentralização e para reformas na justiça administrativa e, quanto à ação administrativa, à preponderância do processo administrativo, especialmente desde a edição do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 442/91<sup>238</sup>).

Do mesmo modo que o direito português recebe do alemão influência quanto à concepção dos direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva e subjetiva, aplica-os, no que toca ao regime jurídico da administração pública, como parâmetros da “sujeição da atividade

235 Ver CAETANO, Marcello, *Manual de direito administrativo*; e FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*.

236 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de direito administrativo*, pp. 19-26.

237 “*Le nouveau droit administratif du Portugal démocratique (1974-2002)*”.

238 Para um depoimento pessoal sobre o processo de decisão política quanto à adoção do Código, na qualidade de coordenador da elaboração do respectivo anteprojeto, ver FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*, vol. II, pp. 294 e ss.

administrativa de prestações aos princípios constitucionais”, como ensina José Carlos VIEIRA DE ANDRADE<sup>239</sup>.

Quanto a obras gerais de direito administrativo espanholas, para além do que se disse a respeito das portuguesas, pode-se acrescentar a percepção de um destaque à questão das bases constitucionais do direito administrativo.

Essa tendência pode-se notar especialmente desde a entrada em vigor da atual Constituição espanhola, de 1978, pois, como registram Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ<sup>240</sup>, até então, a tradição constitucional espanhola apontava para a negação do carácter normativo da constituição, o que acarretava a impossibilidade de sua invocação perante os tribunais.

No mais das vezes, atualmente, os autores mantêm a ênfase na legalidade, porém destacando seu sentido de constitucionalidade ou sua conexão com a constituição. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, por exemplo, ao apresentar a cláusula de Estado de direito e sua “manifestação primeira e essencial”: o princípio da legalidade, posiciona o tema sob o título das “bases constitucionais do direito administrativo”<sup>241</sup>.

Também Luciano PAREJO ALFONSO, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO e Luis ORTEGA ÁLVAREZ dão ênfase às bases constitucionais do direito administrativo, conectando-as com o sentido finalístico da ação administrativa:

“Essa relação [entre direito constitucional e administrativo] é consequência da condição da administração pública, enquanto peça da arquitetura organizativa do Estado-poder: instrumento fundamental para o cumprimento por este de sua função de integração social e, portanto, para a realização efetiva da ordem constitucional.”<sup>242</sup>

239 *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, pp. 73 e ss. e 416-417.

240 *Curso de derecho administrativo*, t. I, pp. 100-104.

241 *Principios de derecho administrativo*, v. 1, p. 90.

242 *Manual de derecho administrativo*, v. 1, p. 33. No original: “Esa relación es consecuencia de la condición de la Administración pública, en cuanto pieza de la arquitectura organizativa del Estado-poder: instrumento fundamental para el cumplimiento por éste de su función de integración social y, por tanto, para la realización efectiva del orden constitucional.”

Segundo os autores, os dois elementos fundamentais dessa relação são: supremacia jurídica da constituição e princípio da legalidade da administração<sup>243</sup>.

Os temas das obras gerais espanholas contemporâneas<sup>244</sup> tendem a seguir uma lógica expositiva de partir da definição de administração e direito administrativo no contexto da separação de poderes do estado de direito ocidental, percorrendo depois a análise do “ordenamento jurídico-administrativo”<sup>245</sup>, com ênfase na legalidade ampla (constitucionalidade), na posição da administração e dos indivíduos em suas relações jurídicas, na atividade administrativa (atos administrativos e atividades materialmente consideradas), nos sacrifícios e restrições do patrimônio dos indivíduos e nos controles administrativos e jurisdicionais da ação da administração.

Quanto ao sentido da evolução mais recente do direito administrativo espanhol, sob influxo do direito europeu, Marta FRANCH<sup>246</sup>, começando sua análise pelas fontes, destaca o ganho de importância dos princípios gerais e da jurisprudência. Quanto aos princípios, exemplifica com o da subsidiariedade (que rege o emprego de poderes das instituições europeias), o da proporcionalidade (que não era estranho ao direito espanhol, mas ganha nova ênfase), o da confiança legítima (trazido do direito alemão) e com a amplificação do sentido do princípio da legalidade (ante as próprias novas fontes europeias). Quanto à jurisprudência, nota esforço de adaptação da jurisprudência dos tribunais espanhóis e mesmo da doutrina espanhola às interpretações oferecidas pelas instâncias jurisdicionais europeias.

Além disso, como efeitos do direito europeu, nota-se ter havido o reforço do sentido do processo administrativo como garantia fundamental

243 PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO e ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de derecho administrativo*, v. 1, pp. 34-35.

244 Entre outros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*; PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de derecho administrativo*; BLANQUER, David, *Introducción al derecho administrativo*; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo* (2 vols.).

245 A expressão é de GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 67.

246 “Le droit administratif espagnol dans le creuset européen”, pp. 609-614.

do cidadão, a ampliação das possibilidades de recursos em instâncias administrativas e o aumento do alcance da responsabilidade do Estado<sup>247</sup>.

## 11. ALEMANHA E ÁUSTRIA

Essa tendência de aproximação entre o direito administrativo e a constituição, que acaba de se indicar – com um tanto mais de evidência no direito espanhol, mas que, de certo modo, pela integração europeia, também chega à França e à Itália – encontra sua origem mais evidente no direito alemão<sup>248</sup>.

Rainer WAHL<sup>249</sup> aponta como nota geral sobre o direito administrativo alemão (desde a Constituição de 1949) sua forte dependência em relação ao direito constitucional. Expressa bem essa situação a fórmula célebre de Fritz WERNER – “direito administrativo como direito constitucional concretizado” – por oposição à anterior e não menos célebre fórmula de Otto MAYER – “o direito constitucional passa e o direito administrativo permanece”.

A partir desse ponto básico, Rainer WAHL<sup>250</sup> assim sintetiza as características essenciais do direito administrativo alemão pós-Constituição de 1949:

a) um direito administrativo dominado pelos direitos fundamentais:

Essa notável primazia do direito constitucional no direito alemão é consubstanciada na “fulgurante ascensão dos direitos fundamentais”, desde o momento decisivo da “descoberta de sua dimensão objetiva” no

247 FRANCH, Marta, *“Le droit administratif espagnol dans le creuset européen”*, pp. 614-644.

248 Por outro lado, no tocante à influência do direito europeu sobre o direito administrativo alemão, Rainer ARNOLD lembra que o principal impacto se dá, quanto ao direito material, em relação a diversos casos nos quais a margem de apreciação discricionária da autoridade administrativa nacional se vê reduzida (ex.: na retirada de atos contrários ao direito, nos termos do art. 48 do Código de Processo Administrativo; no caso de execução forçada) e, quanto ao funcionamento do contencioso administrativo, em relação ao alargamento das hipóteses de acesso do interessado, por meio de um recurso para anulação, para além das situações em que está presente um “direito subjetivo”, no sentido do art. 42 do Código do Contencioso Administrativo (*“Le droit administratif allemand dans le creuset européen”*, pp. 578, 581 e 583).

249 *“Aux origines du droit public allemand contemporain”*, p. 817.

250 Os quatro pontos a serem em seguida explicados estão em *“Aux origines du droit public allemand contemporain”*, pp. 817 e ss.



caso Lüth<sup>251</sup>. Aí se dá o “nascimento de um pensamento alemão original sobre os direitos fundamentais sob o império da Lei Fundamental”. Esses direitos ganharam a dimensão das “normas materiais mais elevadas da ordem jurídica, impondo-se não somente ao Estado, mas também à sociedade”.

Com efeito, essa percepção da superioridade substancial dos direitos fundamentais enseja, em relação ao direito administrativo, uma peculiar visão da legalidade. Nas palavras de WAHL:

“Para a administração, a lei não está mais ‘pronta para o uso’, ponto de partida insuscetível de ser posto em dúvida na sua ação; as leis devem constantemente ser verificadas quanto à sua constitucionalidade, da mesma maneira que toda aplicação ao caso específico é submetida aos critérios e ao controle de constitucionalidade”<sup>252</sup>.

Chame-se atenção para esse ponto, pois pode-se adiantar que, como será melhor estudado mais adiante nesta tese, essa é importante tendência atual da teoria do direito administrativo no Brasil: o Estado de direito ser compreendido em sua essência não tanto pelo governo das leis, mas antes pelo governo das leis em sua interpretação conforme à constituição.

Mas retome-se o pensamento de WAHL.

b) o direito administrativo geral (*allgemeines Verwaltungsrecht*) como instância de mediação entre o direito constitucional e o direito administrativo especial (*besonderes Verwaltungsrecht*):

Como decorrência do que se vem de dizer quanto ao papel do direito constitucional, o direito administrativo geral é o espaço teórico pelo qual o direito constitucional se comunica com o direito administrativo especial,

251 Eis como Luís Roberto BARROSO sintetiza o caso: “Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao § 826 do Código Civil (BGB) (‘Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados’). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil” (“A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 35).

252 No original: “Pour l’administration, la loi n’est plus ‘prête à l’emploi’, le point de départ insusceptible d’être mis en doute de son action; les lois doivent constamment être vérifiées quant à leur constitutionnalité, de la même manière que toute application au cas d’espèce est soumise aux critères et au contrôle de constitutionnalité”.

em uma via de mão dupla. Isso se percebe, por exemplo, no amplo espaço dedicado ao direito constitucional nas obras intituladas como direito administrativo geral (*allgemeines Verwaltungsrecht*).

Veja-se um exemplo, trabalhado por WAHL: a doutrina tradicional administrativista de até meados do século XX sustentava que o ato administrativo ilegal não poderia ser convalidado, devendo considerar-se sem validade desde sua edição, sob pena de atentar-se contra a legalidade e o Estado de direito; no entanto, progressivamente a doutrina constitucionalista, trabalhando a noção constitucional de proteção à confiança legítima (cita em especial Otto BACHOFF, que fundava esse princípio igualmente na noção de Estado de direito), acaba por levar os teóricos do direito administrativo geral a inserir esse princípio no seu repertório e, por meio do tratamento geral da matéria de atos administrativos, dar nova conformação às diversas aplicações práticas cuidadas sob a égide do direito administrativo especial.

c) um direito administrativo focalizado sobre a jurisprudência:

Ainda com base em WAHL:

“Para falar de modo figurado, pode-se dizer que a jurisdição administrativa reposiciona um direito que se praticava nas altas esferas do poder público sobre o terreno de um direito conectado à relação entre a administração e o indivíduo e que é tão marcado pelos direitos subjetivos do particular à proteção e à prestação, como pelos deveres e limites impostos ao agente.”<sup>253</sup>

d) a juridicização das relações de direito administrativo:

A linha que guia a evolução do direito administrativo alemão pode ser definida, segundo WAHL, como “juridicização” e “judicialização” progressivas. Isso significa a dimensão importante que, na Alemanha,

<sup>253</sup> No original: “Pour parler de manière imagée, on peut dire que la juridiction administrative remet un droit qui se jouait dans les hautes sphères de la puissance publique sur le terrain d’un droit se rapportant à la relation entre l’administration et l’individu et qui est autant marqué par les droits subjectifs à protection et à prestation du particulier que par les devoirs et limites imposés à l’agent”. Aliás, para evidenciar a distinção de pontos de partida na concepção de jurisdição administrativa à francesa e à alemã, vale lembrar a observação de Christian AUTEXIER, autor de obra dedicada a estudos comparativos franco-alemães: na Alemanha, assim como na França, a distinção entre direito público e direito privado é acolhida na teoria e encontra reflexos na prática, especialmente quanto à definição de competência de jurisdição; mas a relação entre a competência e matéria de fundo, na Alemanha, vai no sentido inverso do direito francês: no direito alemão, é a opção pelo direito aplicável que precede e determina a competência (*Introduction au droit public allemand*, pp. 179-180).

tem o conjunto dos problemas e conflitos sóciopolíticos que podem ser equacionados em função de regras jurídicas e submetidos à decisão judicial.

As ideias de Rainer WAHL, acima relatadas, expressam com clareza os modelos fundamentais da teoria do direito administrativo alemão contemporâneo e, como já mencionado, significam importante baliza para a análise do fenômeno equivalente no caso brasileiro atual.

Conclua-se, pois, este tópico, confirmando-se essas ideias mediante a indicação de elementos presentes em algumas obras gerais produzidas na Alemanha e, dada sua proximidade histórica, na Áustria.

Verificando-se obras alemãs e austríacas de direito administrativo geral<sup>254</sup>, normalmente encontram-se como elementos temáticos presentes: a) a definição da administração e do direito administrativo em seus diversos sentidos, o que engloba a contextualização de ambos na sua subordinação à constituição<sup>255</sup>; b) as fontes do direito administrativo, com menção inclusive ao direito internacional e ao direito comunitário; c) o desenvolvimento dos temas estruturais dos atos, principalmente por meio da figura dos atos administrativos, dos contratos administrativos e da atuação administrativa regrada pelo direito privado; d) o procedimento administrativo; e) a responsabilidade do Estado e o pagamento de indenizações aos particulares; f) a organização da administração<sup>256</sup>.

254 É corrente – como já mencionado (ver tópico 5) – a divisão do direito administrativo alemão e austríaco em direito administrativo geral (*allgemeines Verwaltungsrecht*), que engloba os temas mencionados *supra*, e direito administrativo especial (*besonderes Verwaltungsrecht*), que reúne matérias mais específicas do direito administrativo, tais como: direito urbanístico, proteção do meio ambiente, direito das vias públicas, proteção do meio ambiente entre outros (ver SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (Coord), *Besonderes Verwaltungsrecht*; e BACHMANN *et alii*, *Besonderes Verwaltungsrecht*).

Segundo Hartmut MAURER, até a promulgação da Lei de Procedimento Administrativo (1976), o direito administrativo geral não era objeto de disciplina pelo direito positivo alemão, mas resultava dos princípios gerais elaborados pela doutrina e pela jurisprudência (*Droit administratif allemand*, p. 37). E, ainda na visão do mesmo autor, os três princípios fundamentais são: o princípio da legalidade, o poder discricionário e o direito público subjetivo (p. 107 e ss.).

255 A questão da subordinação à constituição é nota particularmente destacada na obra de Eberhard SCHMIDT-AßMANN, que procura promover uma análise sistemática entre as partes especiais do direito administrativo por meio do direito administrativo geral, que funcionaria como uma categoria de ordenação e unificação teórica (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*, pp. 1-2 e 71 e ss.).

256 Ver MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*; BULL, Hans Peter e MEHDE, Veith, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*; ERICHSEN, Hand-Uwe, MARTENS, Wolfgang (Coord), *Allgemeines Verwaltungsrecht*; KAHL, Arno e WEBER, Karl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*.

## 12. REINO UNIDO E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A primeira sensação que provavelmente um acadêmico brasileiro terá, ao folhear obras gerais sobre direito administrativo britânico ou norte-americano, será a da forte diferença da lógica expositiva e da sequência temática desenvolvida.

A diferença da lógica expositiva está associada principalmente ao modo de ser do sistema de *common law*. A da escolha dos temas, às peculiaridades da visão sob a qual se passou da negação à aceitação da existência de direito administrativo naqueles países, o que não deixa de remontar à noção de *common law*<sup>257</sup>.

Quanto à lógica expositiva, isto é, quanto à forma pela qual é construído o texto, constata-se que a produção doutrinário-teórica no Reino Unido e nos Estados Unidos da América é muito diferente da brasileira, ou da de países da Europa continental.

O discurso sobre disciplinas jurídicas específicas – como é o caso do direito administrativo – toma feições peculiares. Esse discurso dos juristas, com o sentido de organizar, produzir e transmitir conhecimento sobre os diversos campos temáticos do direito positivo, é muito mais voltado à descrição e sistematização de casos concretos submetidos à apreciação judicial.

Um discurso mais próximo do que se faz no Brasil é, naqueles países de matriz *common law*, normalmente restrito às obras de teoria geral do direito (*jurisprudence*).

---

Obras austríacas de *allgemeines Verwaltungsrecht* tendem a dar mais ênfase do que as alemãs aos temas de controle da administração e de participação administrativa e dedicam maior atenção ao direito europeu. E quanto ao *besonderes Verwaltungsrecht*, também notam-se ênfases temáticas específicas (p. ex.: direito municipal, direito administrativo econômico, direito do servidor público, direito social, nas obras alemãs; e poder de polícia, direito de reunião, direito do estrangeiro, direito de nacionalidade, direito das águas, nas obras austríacas).

257 Justifica-se o desenvolvimento um pouco mais extenso deste tópico, pelo interessante contraste que pode advir dos tradicionalmente considerados “sistema romanístico” e “sistema anglo-americano”, como aliás propõe a linha de pesquisa própria da área do direito administrativo, do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Isso tem relação com a concepção de fontes do direito. Verifique-se, a propósito, a explicação de Ronald WALKER e Richard WARD quanto ao direito inglês<sup>258</sup>.

Os autores classificam as fontes em cinco categorias:

- a) fontes históricas (*historical sources: common law, equity, custom, law merchant*, entre outras), que são a base do direito;
- b) legislação, pouco usada como meio de alterar ou rever regras substantivas de direito<sup>259</sup>. A legislação (*statutes* – no sentido de norma elaborada pelo legislador) é frequentemente adotada quando o direito, decorrente do sistema restritivo do precedente judicial, tornou-se obsoleto e incapaz de adaptação. A legislação também pode ser adotada com função de consolidação ou codificação ou implementação de tratados<sup>260</sup>;
- c) *law reports*<sup>261</sup> e precedentes – aqui uma grande peculiaridade da dinâmica da aplicação e criação judicial do direito. Em regra, qualquer decisão pode ser citada perante uma corte<sup>262</sup> desde que tenha sido atestada em um *law report* por um *barrister, solicitor*<sup>263</sup>, ou pessoa qualificada pela *Supreme Court*,

258 *English legal system*, pp. 6 e ss.

259 Interessante notar, como o faz Jean RIVERO, quanto ao direito administrativo, que, no momento em que um *statute* substitui uma regra de *common law* em matéria de direito administrativo, pode-se vislumbrar algo de literalmente um *administrative law* (legislado) para além do *common law*; o que não impede que, com o passar do tempo e com a sucessão de aplicações judiciais dessa norma legislada, ela venha, num futuro mais ou menos distante, ganhar contornos de *common law* (“*Les sources comparées du droit administratif*”, p. 139).

260 WALKER e WARD, *English legal system*, pp. 17-22.

261 Optou-se por não traduzir esta expressão, que designa figura típica do direito britânico, e que teria o sentido de algo como “relatórios de direito”.

262 Quanto à distinção entre *courts* e *tribunals*, não há muita precisão no uso prático dos termos, nem em sua definição. *Court* tem um sentido normalmente mais restrito, ligado a órgãos jurisdicionais; *tribunal* pode ter um sentido amplo, incluindo as *courts*, mas normalmente é (acompanhada do adjetivo *administrative* – *administrative tribunals*) nome dado a órgãos que lidam com litígios no âmbito do governo ou de associações privadas (profissionais ou desportivas) (BAILEY *et alii*, *On the modern English legal system*, pp. 40-45).

263 Segundo Patrícia KINDER-GEST, a diferença entre *barrister* e *solicitor* decorre da tradição histórica que remonta ao começo do século XIV, então sob outra nomenclatura. Atualmente, principal tarefa do *barrister* é a de sustentar perante *courts* (ainda que cada vez mais se dediquem a trabalhos escritos: petições e pareceres); já o *solicitor*, ainda que venha ganhando direito de ser ouvido em todas as *courts*, tem um papel “atrás da cena”, preparando os primeiros estágios do litígio, orientando cidadãos quanto aos seus direitos e lidando com matérias não contenciosas (*Droit anglais*, pp. 396-397).

que tenha estado presente quando se deu o julgamento em questão. Alternativamente, os juízes podem se basear em precedentes que eles pessoalmente conheçam, ainda que não objeto de um *law report*; porém, pela dificuldade operacional dessa segunda possibilidade, na prática quase todos os precedentes são contidos em *law reports*<sup>264</sup>;

d) *textbooks*, que se aproximam do que no Brasil seria dito “doutrina”. Os *textbooks* não são propriamente fonte de direito; porém, dado o caráter histórico de importante parte das fontes do direito, alguns *textbooks* são a primeira autoridade que pode atestar a existência de uma regra antiga de *common law*. Nesse sentido, a importância dos *textbooks* é inversamente proporcional à disponibilidade histórica de *law reports*. São exemplos de *textbooks* de grande autoridade: GLANVILL, *De legibus et consuetudinibus angliae*, de 1187; BRACTON, *De legibus et consuetudinibus angliae*<sup>265</sup>, de 1250; COKE, *Intitutes of the law of England*, de 1628 (data da publicação da primeira parte); BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, de 1765<sup>266</sup>;

e) o direito da União Europeia.

Assim sendo, compreende-se o caráter preponderante de comentários a decisões judiciais que a maioria dos livros sobre ramos específicos do direito positivo contemporâneos assume.

E sintomático desse fenômeno é o fato de, na literatura jurídica de língua inglesa, as expressões *doctrine* ou *theory* serem aplicadas a concepções teóricas diretamente decorrentes de decisões judiciais<sup>267</sup>.

A propósito, em artigo que justamente se debruça sobre a comparação entre o modo norte-americano e o modo francês de se produzir doutrina

264 WALKER e WARD, *English legal system*, p. 57.

265 O título dessa obra é mesmo igual ao da obra de GLANVILL.

266 WALKER e WARD, *English legal system*, pp. 86-91.

267 P. ex.: *reconstruction theory*, *preferred-position doctrine*, *incorporation doctrine*, *harmless-error doctrine* (SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, pp. 137, 260, 282, 374).

jurídica, Christophe JAMIN aponta pertinentes razões, em um plano antes de sociologia jurídica, para as diferenças.

Segundo JAMIN, tomando por base as obras gerais voltadas ao ensino do direito que têm como objeto de análise as decisões jurisprudenciais, os juristas franceses buscam articular tais decisões em uma teoria geral racionalizante do direito; já os norte-americanos dedicam-se a estudar as decisões judiciais isoladamente, não com vistas a integrá-las em uma teoria geral, mas sim a compreender o raciocínio que, em cada caso, leva à decisão – enfim: “o processo, mais do que a substância, torna-se o essencial do ensino do direito” nos Estados Unidos<sup>268</sup>.

Nos Estados Unidos, como notam Antonio GAMBARO e Rodolfo SACCO<sup>269</sup>, a importância da literatura jurídica é relativamente maior do que no Reino Unido. Esses autores relatam, por fontes históricas, o sucesso que a obra de BLACKSTONE produziu em terras norte-americanas; e explicam o sucesso pelo sentido operacional da obra, por sua grande aplicabilidade para resolver problemas na prática.

Com efeito, na esteira da difusão da obra de BLACKSTONE, lembram GAMBARO e SACCO<sup>270</sup>, logo surgiram vários tratados jurídicos norte-americanos. E sugerem duas razões principais para esse ganho de relevância da literatura jurídica nos Estados Unidos. Em primeiro lugar, em um contexto de maior distanciamento geográfico entre os centros produtores de pensamento jurídico, a doutrina escrita era importante veículo de circulação de ideias e de ensino do direito. Em segundo lugar, nos Estados Unidos, em vários Estados federados há sistema de eleição popular de juízes, não necessariamente seguindo

268 “A construção do pensamento jurídico francês: interrogações sobre um modelo original à luz de seu antimodelo”, pp. 68-71 e 75-77. Christophe JAMIN sugere que, na verdade, essa consolidação do método de estudo de casos foi uma “traição” às ideias de seu inventor, LANGDELL, Dean na Harvard University, que pretendia ter como resultado da aplicação do método uma sistematização racional do direito. JAMIN propõe, ainda, como causas fáticas da opção norte-americana: a) o número excessivamente alto de decisões judiciais relevantes, em todos os âmbitos da federação, que teriam de ser articuladas em uma teoria geral (tarefa de evidente dificuldade) e b) a explicitação, nas decisões judiciais, dos debates que trazem as razões de decidir dos juízes, a facilitar o tipo de análise que produzem (por oposição à forma sintética das conclusões das decisões judiciais francesas).

269 *Trattato di diritto comparato: sistemi giuridici comparati*, p. 180.

270 *Trattato di diritto comparato: sistemi giuridici comparati*, pp. 180-181.



critérios de maior *expertise* técnico-jurídica; os juízes assim eleitos, tendem a recorrer mais intensamente à doutrina, diferentemente do que se passa no Reino Unido, onde a grande maioria de juízes é originária de quadros importantes da advocacia.

E quanto ao campo temático<sup>271</sup>, as diferenças em relação ao direito brasileiro (e ao direito da maioria dos países da Europa ocidental) podem ser associadas às peculiaridades da visão sob a qual passou-se da negação à aceitação da existência de direito administrativo no Reino Unido e, por extensão, nos Estados Unidos da América.

Essa é a suposição feita por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO:

“As obras doutrinárias, entretanto, anglo-americanas de Direito Administrativo só abrangem parte das matérias objeto dos tratados do Continente Europeu e da América Latina – isso, talvez, devido à posição assumida por Dicey, que, ao negar a existência do Direito Administrativo Anglo-Americano, em face do sistema administrativo da França, o qualificava de direito de exceção, distinto do direito comum, Civil, e salientava que as questões a ele pertinentes estavam sujeitas ao julgamento de Tribunais especializados, separados dos ordinários.”<sup>272</sup>

Com efeito, é notória a posição de Albert Venn DICEY, no século XIX, afirmando que a Inglaterra não conhecia o direito administrativo:

“Para o termo *droit administratif*, o vocabulário jurídico inglês não apresenta equivalente adequado. As palavras ‘*administrative law*’, as quais são sua mais natural tradução, são desconhecidas para juízes e jurisconsultos ingleses, e são em si mesmas quase ininteligíveis sem maior explicação. Essa ausência de nossa língua quanto a algum equivalente satisfatório para a expressão *droit administratif* é significativa; a falta de um nome surge no fundo de nosso não reconhecimento da coisa em si. Na Inglaterra, e nos países que, como os Estados Unidos, derivam sua civilização de fontes inglesas,

271 Lembre-se: logo acima propôs-se uma análise baseada em dois elementos: diferença na lógica expositiva e diferença no campo temático.

272 *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 132.



o sistema de direito administrativo e os genuínos princípios nos quais se baseia são em verdade desconhecidos”<sup>273</sup>.

Em verdade, pode-se supor que o tom radicalizado das observações de DICEY, assim como de reações que provocavam em solo francês, decorriam, antes de mais nada, de certo desconhecimento, ou de má compreensão, recíprocos<sup>274</sup>.

Importante reação veio da parte de Maurice HAURIOU<sup>275</sup>, opondo, ao que se passava na Inglaterra – englobado na fórmula *régime judiciaire* –, sua noção de *régime administratif* francês, composto basicamente por três elementos: a) um *poder administrativo*, derivado do poder executivo, e que confere ao regime seu princípio de ação, imprimindo direção aos serviços e assegurando a execução das leis; b) um objetivo a se atender: a *realização da função administrativa*; e c) a *empresa de gestão administrativa*, ou seja, a organização administrativa como meio para o atingimento do objetivo.

Segundo HAURIOU, o sistema britânico de “regime judiciário” não conhece sanção contra, por exemplo, o *excès de pouvoir* ou a *faute du service* – elementos esses desenvolvidos tipicamente pela jurisdição administrativa

273 *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 330. No original: “For the term *droit administratif* English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words ‘administrative law’, which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation. This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression *droit administratif* is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown”.

Ainda em 1951, F. H. LAWSON, em conferência ministrada na França, advertia que, para os juristas ingleses, a expressão “direito administrativo” não era um termo técnico, muitos ainda negando sua existência. No entanto, entrevia uma tendência de aceitar o uso da expressão para designar (i) a “legislação secundária em forma de regulamentos”, (ii) a parte do contencioso administrativo que tem por objeto aplicar a responsabilidade civil contratual e extracontratual das autoridades públicas e (iii) a parte do mesmo contencioso voltada a apreciar um instrumento similar ao recurso por excesso de poder francês (“*Le droit administratif anglais*”, p. 412). Na mesma época, e no fascículo seguinte da mesma revista em que se encontra o artigo de LAWSON, Henry PUGET notava a progressiva aproximação entre França e Estados Unidos da América em matéria de direito administrativo, na medida em que neste país – “terra da iniciativa privada e da liberdade de empresa” – cresce o intervencionismo estatal (“*Le droit administratif américain*”, p. 602).

274 Para aprofundar esta análise, ver CASSESE, Sabino, *La construction du droit administratif*, pp. 52-66. Na visão de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por um ponto de vista dos dias de hoje, são paradoxais as clássicas críticas do pensamento anglo-americano ao direito administrativo francês: “Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *droit administratif* posto pelas agências reguladoras, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês” (“O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*”, p. 3).

275 *Précis de droit administratif et de droit public*, pp. 7-18.

francesa<sup>276</sup>. Daí resultaria, entre outros aspectos, um enfraquecimento das garantias dos indivíduos, em face da responsabilidade da administração.

Enfim, nota-se que DICEY e HAURIUO antes centravam sua atenção nos modelos de organização da jurisdição do que na existência de elementos a caracterizarem materialmente o direito administrativo.

Assim, temas típicos de obras gerais sobre o direito administrativo na França, na Itália ou no Brasil – como atos administrativos, contratos administrativos, bens públicos, servidores públicos, limitações ao direito de propriedade – no mais das vezes não merecem, sob a ótica anglo-americana, um olhar pelo viés específico do direito administrativo, alguns sendo tratados ou no contexto genérico do *common law*, outros sendo considerados temas próprios da ciência da administração e não do direito<sup>277</sup>.

É de se notar, aliás, que o direito em geral já é abordado nos cursos universitários, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, de modo mais restrito do que no Brasil. Direito é uma especialização que os alunos cursam em dois anos, após um ciclo geral de formação de três anos em outras áreas básicas<sup>278</sup>.

E mesmo o que se diz ser direito administrativo – já que de algumas décadas para cá efetivamente os autores anglo-americanos escrevem e

276 HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, pp. 30-37.

277 Patrick BIRKINSHAW, após esclarecer que a expressão “direito administrativo”, hoje corrente na Inglaterra e no Reino Unido, indica um conteúdo diverso daquele encontrado nos países da tradição jurídica continental, sintetiza: “o domínio do direito administrativo na Inglaterra cobre a regulamentação do exercício do poder em vista do interesse público” (*Le droit administratif anglais dans le creuset européen*, p. 559).

278 Por exemplo, no ano letivo corrente, na *Yale Law School*, o programa de *Juris Doctor* – de nível equivalente ao da graduação no Brasil, enquanto seriam de nível de pós-graduação o *Ph.D. in Law*, o *Doctor of the Science of Law (J.S.D.)*, o *Master of Studies in Law (M.S.L.)* e o *Master of Laws (LL.M.)* –, proposto para 3 anos, abrange 4 disciplinas obrigatórias no primeiro ano: direito constitucional, contratos, processo civil e responsabilidade civil. Nos anos subsequentes, além de direito e administração criminais e responsabilidade profissional, obrigatórias, as demais disciplinas são todas optativas, podendo ser escolhidas mesmo fora do campo do direito (disponível em: <<http://www.law.yale.edu/academics/jdrequirements.htm>>).

Na *Faculty of Law at the University of Oxford*, no curso de 3 anos de *B.A. in Law* (ou, por extenso, *Bachelor of Arts in the Final Honour School of Jurisprudence*), que é o curso regular de graduação em direito, no primeiro ano, os alunos cursam 3 disciplinas: introdução romana ao direito privado, direito penal e direito constitucional. E, nos seguintes: pesquisa jurídica, responsabilidade civil, contrato, direito fundiário, garantias, direito administrativo, filosofia do direito, direito europeu e mais duas disciplinas optativas (disponível em: <<http://www.law.ox.ac.uk/undergraduate/ba1.php>>).

dão aulas sobre disciplina que intitulam *administrative law* – possui um campo relativamente reduzido por comparação com outros campos do direito.

Ilustrativamente, no direito britânico, BAILEY *et alii*, em um livro que se propõe a expor de modo abrangente o sistema legal<sup>279</sup>, em mais de 1.300 páginas, dedicam somente seis ao que expressamente qualificam como *administrative law*. E são elas voltadas à discussão apenas do controle judicial: da função regulatória (aqui próxima do sentido de poder de polícia), de benefícios sociais, de decisão dos *administrative tribunals*, de uso da terra e de recursos contra atos de ministros.

No que diz respeito a livros que especialmente tenham por objeto o direito administrativo, William WADE e Christopher FORSYTH<sup>280</sup>, sempre com muita referência a precedentes judiciais, cuidam dos temas: a) descrição das autoridades administrativas e seus poderes; b) (aqui a ênfase maior) controles da ação administrativa e responsabilidade das autoridades, inclusive com exposição dos remédios processuais e da estrutura jurisdicional; e c) (em um tópico final de menor dimensão) poderes normativos e decisórios da administração (*administrative legislation e adjudication*).

P. CRAIG<sup>281</sup> adota perspectiva similar. No entanto, acrescenta, de início, um histórico da discussão clássica sobre a existência do direito administrativo a partir de DICEY; e ainda traz algum destaque para os temas de contratos – mas sob o aspecto de instrumento de governança, mais do que por aspecto técnico-jurídico –, de governança local (associada a democracia) e de regulação econômica. De todo modo, certamente quase dois terços do livro são dedicados ao controle judicial, com ampla análise de casos<sup>282</sup>.

279 *On the modern English legal system*, pp. 1307-1312.

280 *Administrative law*.

281 *Administrative law*.

282 Note-se que essa análise não difere muito daquela feita por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, no final da década de 1970, apontando que as obras doutrinárias anglo-americanas reduzem o direito administrativo “ao trato de quatro temas fundamentais: à legislação delegada, ou ao poder regulamentar do Executivo; às prerrogativas da Administração Pública para determinar direitos e obrigações dos particulares; à revisão judicial dos atos da Administração Pública, isto é, ao estudo jurídico concernente aos poderes e processos de ação da Administração Pública e aos limites a que

Para exemplificar, agora com autores norte-americanos, cite-se Bernard SCHWARTZ:

“Em sentido amplo, direito administrativo pode ser definido como o ramo do direito que controla as ações administrativas do governo. Ele estabelece os poderes que podem ser exercidos pelas agências administrativas<sup>283</sup>, baixa os princípios regentes do exercício daqueles poderes, e fornece remédios legais para aqueles agravados pela ação administrativa”<sup>284</sup>.

Seu livro tem por tópicos: delegação de poderes às agências; seus poderes de investigação e busca de informação; normas por elas elaboradas e o processo de elaboração normativa; direito do cidadão de ser ouvido; procedimento de audiências e decisões; e controle judicial – todos os pontos expostos à luz de casos jurisprudenciais, a partir da base legal dada pelo *Administrative Procedure Act*<sup>285</sup>.

Mas citem-se ainda William FUNK, Sidney SHAPIRO e Russell WEAVER, chamando atenção para seu modo de expressar, sem meandros, uma visão norte-americana, simplificadamente pragmática sobre o direito administrativo.

- 
- estão sujeitos em face do Judiciário; à responsabilidade da Administração Pública pelos atos de seus agentes perante a Justiça e, outrossim, destes.” (*Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 132-133).
- 283 Optou-se por traduzir o conceito tradicional americano de *agency* (ou *administrative agency*) por “agência” – palavra que já se integrou ao vocabulário jurídico brasileiro. No entanto, *agency*, nos Estados Unidos, tem sentido bem mais amplo do que se tem dado a agências no Brasil, aproximando-se mais da ideia genérica de órgãos públicos (aqui tomados não necessariamente com a conotação de serem desprovidos de personalidade jurídica). Com efeito, a definição corrente de *agency*, no direito norte-americano, dada pelo direito legislado – o *Administrative Procedure Act*, em sua seção 551 – é: “For the purpose of this subchapter (1) “agency” means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title: (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 20 of title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2), of title 50, appendix” (disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>).
- 284 *Administrative law: a casebook*, p. 3. No original: “Broadly speaking, administrative law may be defined as the branch of the law that controls the administrative operations of government. It sets forth the powers that may be exercised by administrative agencies, lays down the principles governing the exercise of those powers, and provides legal remedies to those aggrieved by administrative action.”
- 285 Também, em linhas gerais, com o mesmo enfoque temático, citem-se BONFIELD, Arthur Earl e ASIMOW, Michael, *State and federal administrative law*; e PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; e VERKUIL, Paul R., *Administrative law and process* (este com algum destaque para inserção na democracia).

Esses autores inauguram seu livro (após exporem um *case*) com a pergunta: “O que é o direito administrativo e porque devemos estudá-lo?”. Narram então que o governo norte-americano, tanto o federal, como o estadual ou o local, é caracterizado por agências administrativas. Em seguida, explicam, com exemplos, que essas agências, das mais notórias às mais obscuras, decidem desde que percentagem do peso da manteiga do amendoim efetivamente deve de vir do amendoim, até limites de emissões de poluentes ou de critérios para segurança do trabalho<sup>286</sup>.

Enfim, conceituam direito administrativo, “em sentido amplo, como incluindo duas facetas: a lei que rege as agências e a lei que as agências fazem”. Ressalvam, porém, que o direito feito pelas agências é estudado em outras disciplinas jurídicas, que qualificam de *substantive law* – note-se, pois, que o direito administrativo propriamente dito não seria um direito substantivo –, tais como direito do trabalho, direito ambiental ou direito tributário. Para o direito administrativo em sentido estrito, portanto, resta como objeto reger o funcionamento das agências<sup>287</sup>.

Em suma, o enfoque teórico anglo-americano afasta-se da perspectiva europeia continental quanto ao binômio “legalidade/liberdade”, tomadas em abstrato, em seu confronto com a autoridade, e não entra no estudo de diversos institutos específicos; antes disso, centra-se no procedimento de decisão da administração, como função estatal, que afeta diretamente o cidadão, bem como seu controle jurisdicional.

286 *Administrative procedure and practice*, p. 5.

287 *Administrative procedure and practice*, p. 5.

Contudo, impressiona ainda mais o pragmatismo da resposta à segunda parte da questão inicial: por que estudar o direito administrativo? De plano, admitem ser evidente o interesse de todos os profissionais do direito em conhecer os diversos campos do *substantive law* – que, como visto, não inclui o direito administrativo, ou seja, não é evidente o interesse em se conhecer o direito administrativo. Na sequência, dirigindo-se aos leitores (provavelmente alunos), explicam qual seria esse interesse: em primeiro lugar, vocês podem vir a ser advogados de *agencies*; em segundo lugar, como advogados privados, seu cliente pode ser afetado por uma decisão de uma agência; e, em terceiro lugar, vocês se tornarão melhores advogados se conhecerem isto que pode ser considerado uma extensão do direito constitucional, na qual serão aprofundadas relações entre o Congresso, o Presidente, as agências e os tribunais, propiciando uma visão geral de como o sistema jurídico como um todo opera (*Administrative procedure and practice*, p. 5).

E o curso segue, em quase 800 páginas, estudando, com base em casos jurisprudenciais, o conteúdo do *Administrative Procedure Act*: processo de elaboração normativa e processo decisório nas agências; controle judicial; estrutura das agências; transparência do processo – e um capítulo final, razoavelmente extenso, sobre honorários advocatícios, que assim principia: “A prática do direito não existiria se os advogados não pudessem receber a compensação adequada por seu trabalho” (*Administrative procedure and practice*, p. 716).

No entanto, aproveite-se o ensejo desta análise sobre o campo temático da teoria do direito administrativo – agora especialmente – nos Estados Unidos da América, para mencionar ainda dois temas bastante típicos do momento atual: o direito administrativo global e o direito administrativo da guerra.

Uma tendência dos estudos norte-americanos sobre o direito administrativo tem sido concentrar-se sobre o que chamam de “direito administrativo global”<sup>288</sup>.

Na verdade, não são os únicos a cuidar do tema; mas fazem-no – arrisca-se aqui a supor – com uma visão estratégica de manutenção de sua esfera de influência e poder econômico no plano mundial<sup>289</sup>. É natural que abordem o assunto sob a sua ótica do que seja direito administrativo, em suma, agentes, procedimentos e controles da regulação de atividades desenvolvidas por indivíduos ou por empresas no plano transnacional.

Conforme a definição de KINGSBURY, KRISCH e STEWART, o direito administrativo global abrange

“(…) os mecanismos, princípios, práticas e convenções sociais que promovem ou de algum modo afetam o controle de entidades administrativas globais, em particular ao garantir que elas atinjam padrões adequados de transparência, participação, motivação de decisões e legalidade, e propiciando efetiva possibilidade de revisão das regras e das decisões por elas produzidas. As entidades administrativas globais incluem entidades intergovernamentais formalmente investidas de poderes regulatórios; acordos de coordenação ou redes regulatórias intergovernamentais informais; entidades regulatórias nacionais atuando em relação a algum regime intergovernamental internacional; entidades regulatórias híbridas público-privadas; e

288 Não é o caso aqui de reproduzir indicações de múltiplos artigos sobre o tema. Tome-se por base artigo que espelha bem o esforço da New York University, ao fomentar um projeto de pesquisa sobre direito administrativo global, artigo esse que, como consta no sistema eletrônico de controle de citações associado à plataforma Google Acadêmico (disponível em: <[http://scholar.google.com.br/scholar?start=0&hl=pt-BR&as\\_sdt=0&sciodt=0&cites=17654733352557181615&scipsc=>](http://scholar.google.com.br/scholar?start=0&hl=pt-BR&as_sdt=0&sciodt=0&cites=17654733352557181615&scipsc=>)>), já foi citado em mais de 630 outros artigos indexados: KINGSBURY, KRISCH e STEWART, “*The emergency of global administrative law*”.

289 Veja-se, por exemplo, STEWART, Richard B., “*U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*”.

algumas entidades regulatórias privadas que exerçam funções de governança transnacional de especial impacto público”<sup>290</sup>.

Na base fática desse direito administrativo global, está a inevitável interdependência, no mundo globalizado, em áreas como segurança, desenvolvimento, fomento internacional, proteção ambiental, atividade financeira, telecomunicações, comércio de produtos e serviços, propriedade intelectual, regras trabalhistas e circulação internacional de pessoas<sup>291</sup>.

Todavia, chamar esse fenômeno, com convicção, de direito administrativo faz sentido na perspectiva norte-americana, que antes vislumbra o direito administrativo (ou, ao menos, sua parte mais relevante) como limitação à livre iniciativa (em especial, econômica), não necessariamente por parte do Estado (nacional).

Sabino CASSESE, autor de país de tradição jurídica diversa, mas que se notabilizou também pela atenção dedicada ao direito administrativo global, de plano, já apresenta a questão de modo a explicitar as hesitações que ela provoca entre os jusadministrativistas, ao indicar que diversos dentre eles não aceitarão a ideia de um direito administrativo propriamente dito que não seja estatal<sup>292</sup>.

CASSESE vislumbra o mesmo fenômeno fático da interdependência em diversos campos da vida humana no contexto da globalização e enxerga o tratamento jurídico sobre ele aplicável como diferente, em quatro principais aspectos, quanto aos “direitos administrativos estatais”: a) ausência de exclusividade de um regime, ante pluralidade de fontes; b) maior grau de autorregulação, na medida em que regulador e regulado estão no mesmo plano; c) maior presença de decisões técnico-científicas

290 “*The emergency of global administrative law*”, p. 17. No original: “*the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance.*”

291 KINGSBURY, KRISCH e STEWART, “*The emergency of global administrative law*”, p. 16.

292 “*Il diritto amministrativo globale*”, pp. 335-336.



e negociadas, por comparação com decisões políticas e unilaterais; d) ausência de nitidez na distinção de público e privado<sup>293</sup>.

A própria abordagem de CASSESE expressa um modo de ver teórico diverso do norte-americano: ele preocupa-se antes com dar contornos de uma visão de teoria geral, para comparar, mediante recurso a critérios abstratos, o que seriam dois tipos de direito administrativo<sup>294</sup>.

Também uma perspectiva de análise do fenômeno, buscando compreendê-lo à luz de uma teoria do direito administrativo ligada à sua nacionalidade, Carlos Ari SUNDFELD assim se posiciona quanto ao direito global:

“Eis, então, o direito global: *a*) variadas cadeias de normas, algumas geradas no “mercado jurídico interno”, outras tantas de origem externa (diga-se: de diferentes origens externas); *b*) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando direito; *c*) por fim, a mundialização da economia fazendo valer seus interesses: tanto forçando a reforma dos Estados e criando-lhes uma nova organização, como impondo novas regulações para todo tipo de assunto (das relações trabalhistas às compras estatais; dos mercados financeiros aos serviços públicos; das patentes industriais aos sistemas previdenciários...)”<sup>295</sup>.

A questão que nesse contexto se põe o autor é: “o direito administrativo atual está fadado a morrer?”

Com base em análise evolutiva das fontes do direito administrativo – desde “caóticas ordens régias”, passando pela legalidade formal, até o momento da valorização da constituição como fonte direta do direito administrativo –, Carlos Ari SUNDFELD responde negativamente:

“Penso que não. A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração *ao direito*, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional. A substituição, por outras, das relações apontadas (por estas: entes internacionais/

293 “*Il diritto amministrativo globale*”, pp. 334-335.

294 E depois, admitindo a possibilidade de chamar “administrativo” esse direito global, passa a explorar suas características e a dinâmica de sua produção por diversos sujeitos trans ou interestatais. No tocante ao aspecto de organização do direito administrativo global, CASSESE conclui que esse direito não corresponde a um modelo único – “é um exemplo de *ad-hoc-cracia*” –, adaptando-se às funções que lhe são exigidas em cada setor (“*Il diritto amministrativo globale*”, p. 342).

295 “A administração pública na era do direito global”, pp. 6-7.



Administração Nacional e norma internacional/ato administrativo nacional), se de fato provoca choques importantes, não suprime, ao direito administrativo, o caráter de subordinado”<sup>296</sup>.

A propósito do tema, importa ainda distinguir o que a doutrina tem dito “direito administrativo global” de outro fenômeno cuja maior intensidade também data de tempo recente e que se pode dizer “direito administrativo internacional”.

Esta última noção refere-se ao direito que é praticado no âmbito das organizações internacionais, tendo por objeto a disciplina jurídica de situações análogas àquelas vislumbradas no âmbito das estruturas administrativas internas aos Estados soberanos, tais como relações hierárquicas entre órgãos, relações envolvendo servidores, gestão patrimonial e processos decisórios.

O direito administrativo internacional, na perspectiva acima, é explicado por Pedro DALLARI como possuidor de duas características distintivas de “outras áreas do direito internacional”<sup>297</sup>.

A primeira é de que os princípios e regras de direito administrativo internacional não são estabelecidos no quadro de uma convenção ou de um sistema de tratados. A segunda, conexas à primeira, é de que tais normas formam um corpo universal estabelecido pela prática dos órgãos judiciais de organizações internacionais, os quais, no entanto, não têm vínculos institucionais entre si – fato que não impede o uso intensivo que cada tribunal faça da jurisprudência desenvolvida por seus similares<sup>298</sup>.

Enfim, comparando o “direito administrativo internacional” com o “direito administrativo global”, nas perspectivas acima apontadas,

296 “A administração pública na era do direito global”, p. 9. Para análises mais aprofundadas do ponto de vista da sociologia jurídica quanto ao fenômeno da globalização, ver os trabalhos de José Eduardo Campos de Oliveira FARIA, especialmente, *Direito na economia globalizada*. Linha específica de pesquisa sobre direito administrativo global no âmbito da OMC, em perspectiva similar à norte-americana, é a de Michele Rattón Sanchez BADIN, em trabalho em coautoria com o já citado Richard B. STEWART: *The World Trade Organization: multiple dimensions of global administrative law*”.

297 “Administrative tribunals of international organizations and world constitutionalism”, p. 59. Com essa observação, Pedro DALLARI situa o direito administrativo internacional antes como direito internacional, o qual, aliás, identifica-se não por sua matéria de fundo (administrativa, penal...), mas por seus aspectos formais de fontes e âmbito de aplicação.

298 DALLARI, Pedro, “Administrative tribunals of international organizations and world constitutionalism”, p. 59.

nota-se que o primeiro, praticado no seio de organizações internacionais, é eminentemente internacional quanto ao seu âmbito de aplicação (ainda que, como todo direito internacional, mediatamente reflita-se sobre a vida interna dos Estados), enquanto o segundo leva a impactos diretos sobre os direitos internos, mesmo que por causa de fenômenos ocorridos no âmbito internacional.

E quanto ao direito administrativo da guerra – para tratar agora do segundo tema conexo à teoria do direito administrativo norte-americana sugerido mais acima –, tome-se como referência para análise o pensamento de Cass SUNSTEIN<sup>299</sup>.

O autor parte de diversos episódios concretos do uso da força contra liberdades individuais (tanto força a ser usada em outros países, como no território norte-americano, no contexto posterior aos atentados terroristas de 2001), ordenado pelo Presidente da República, sob a guarida do ato congressual de delegação de poderes conhecido como *Authorization for Use of Military Force* (AUMF), de 2001. Pelo AUMF, o Presidente ficava autorizado ao uso da “força necessária e adequada” contra quem, de algum modo, houvesse participado dos atentados do 11 de setembro.

A questão central que SUNSTEIN se propõe a debater é a da existência de princípios que permitam avaliar se, nos casos concretos que menciona, o uso da força esteve dentro dos limites da legalidade.

Não sendo o caso de aqui se discutir as situações específicas, importa, por outro lado, fixar a proposta teórica de SUNSTEIN: em lugar de buscar os fundamentos: a) em questões da teoria e na prática constitucionais sobre a extensão de poderes do Presidente da República em tempo de guerra; e b) na interpretação do sentido de guerra e seu cabimento no âmbito do AUMF<sup>300</sup>, SUNSTEIN defende que sejam empregados os “princípios do direito administrativo” para se produzir uma “análise mais clara, simples e direta” da questão.

299 Exposto em “*Administrative law goes to war*”.

300 O autor dialoga com outro artigo, cuja solidez elogia, mas que segue pelos caminhos que ele propõe não sejam os mais adequados para a melhor compreensão da matéria: BRADLEY, Curtis A. e GOLDSMITH, Jack L., “*Congressional authorization and the war on terrorism*”.

Nesse sentido, afirma que “em geral, a exigência de uma clara permissão congressional tem sido uma parte fundamental do direito americano que envolve a relação entre liberdade e segurança em tempo de guerra”<sup>301</sup>, para concluir:

“Em tempo de guerra, não menos do que em tempo de paz, o questionamento sobre a autoridade do Presidente pode ser bem equacionado se for produzido no âmbito dos princípios de referência do direito administrativo. Daí se segue que o Presidente tem uma grande margem de discricionariedade para interpretar as autorizações congressuais para o uso da força, estando sujeito apenas aos limites da razoabilidade”<sup>302</sup>.

Enfim, o que se quer aproveitar dessas últimas informações é a percepção norte-americana da teoria do direito administrativo, mesmo numa projeção global ou para situações de exceção (guerra), como essencialmente centrada na questão da delegação de poderes aos órgãos executivos, no procedimento de seu exercício e no seu controle.

Os principais elementos revelados pela análise relativa aos distintos países nesta Seção serão retomados na Seção seguinte.

## 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.

### 13. SENTIDO DE MODELO

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

Segundo REALE:

301 “Administrative law goes to war”, pp. 2.668-2.669.

302 “Administrative law goes to war”, p. 2.672. No original: “In war no less than peace, the inquiry into the authority of the President can be organized and disciplined if it is undertaken with close reference to standard principles of administrative law. It follows that the President has a great deal of discretion to interpret congressional authorizations for the use of force, subject only to the limits of reasonableness.”