

O DIREITO ADMINISTRATIVO NOS SISTEMAS ROMANÍSTICO E DO COMMON LAW

João Antunes dos Santos Neto*

1. Introdução

Simples, do ponto de vista superficial, definir-se o que vem a ser *sistema jurídico*, a tarefa, entretanto, afigura-se na realidade das mais difíceis, porquanto boa parte da doutrina conhecida divirja quanto a seu conceito e espectro.

Necessidade premente ao estudo do *direito administrativo comparado*, ausente aquela definição, exigida ao paradigma do estudo científico, impossível seria tecer-se análise outra que não fosse laica acerca da problemática sugerida pela última expressão, corriqueiramente definida como “o processo mediante o qual se verificam os elementos comuns de vários sistemas de direito, na mesma época ou em épocas distantes no tempo”¹.

Abreviando as dissensões quanto à estipulação do real conceito do vocábulo, prefere-se, por mais consentâneo com a realidade, adotar-se aquele que nos é fornecido por *Jean Rivero*², para quem *sistema jurídico* define-se pela formação histórica comum dos direitos que ele agrupa, conduzindo a uma analogia nas fontes e nas categorias fundamentais, ao serviço de uma mesma ideologia.

Este, por sua vez não se confunde com *institutos de direito* e com *regime jurídico*. As normas relativas às diversas relações jurídicas são agrupadas sistematicamente, formando os *institutos jurídicos*, os quais podem estruturar-se sob o viés do *regime jurídico de direito privado* e o *regime jurídico de direito público*. No campo do *direito administrativo comparado*, estas noções são de extrema importância porque o *comparatista* terá, sempre, de por em confronto os *regimes jurídicos administrativos* de dois *sistemas* e comparar-lhes “as conotações semelhantes e dessemelhantes, para concluir a respeito de ambas as realidades comparadas”³.

Isto, sem sombra de dúvidas, ajuda-nos a melhor absorver a célebre divisão dos *grandes sistemas do direito contemporâneo* formulada por *Renè David*⁴, para quem, existiria no mundo, hoje, verdadeiro agrupamento do direito em *famílias*, dada à diversidade

* Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Professor Titular da Cadeira de Direito Administrativo de São Bernardo do Campo e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura. É mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. São Paulo, Bushatsky, 1.972, p. 26.

² RIVERO, Jean. *Direito Administrativo Comparado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.995, p. 77.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 77.

⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. de Herminio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1.998, p. 16.

deste ramo da ciência e em consideração do teor e do conteúdo de suas regras.

Apartando-nos de confrontos doutrinários acerca do que outros autores poderiam compreender quanto ao tema, centralizamos, pois, a pesquisa, em duas daquelas *famílias*, ou dois daqueles *sistemas*, empregando o sentido de *Jean Rivero* ao vocábulo, para ao final otimizar tentativa de estabelecer eventual relação porventura possível entre ambos.

2 - Sistema romanístico

Diz-se que dois ou mais direitos pertenceriam ao mesmo *sistema* quando, remontado o arquétipo comum, além de empregarem terminologia idêntica, também estruturam seus institutos e conceitos de modo similar, adotando as mesmas classificações e empregando as mesmas técnicas, instrumentos e processos de trabalho parecidos.

Destarte, sob o prisma da ciência, poderia parecer simplista a solução de denominar-se *românico* ou *romanístico* o *sistema universal de direito* que ora passamos a descrever. Todavia, ainda que se considerando a distância das regras dos direitos atuais que agrupados formam esta concepção àquelas formulações do direito romano antigo, das quais são extremamente distintas, parece-nos ser o termo o mais apropriado à designação proposta do que as denominações outras encontradas, especialmente nos autores de língua inglesa, que costumam usar a referência *continental law* ou *civil law*, que, amiúde, afiguram-se muito mais restritas à definição do que se propõe de fato fazer.

O *sistema* que agrupa a *família* de direito romanístico, mais comumente chamada *família romano-germânica* (cujo termo parece soar ainda mais restrito que os acima declinados), é aquela que agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, ou, como descreve *Cretella Júnior*⁵, “*sistemas administrativos de base romanística são conjuntos de direitos que se inspiram no direito romano, estruturando seus institutos a partir do direito privado romano, com as necessárias adaptações, introduzidas no decurso do tempo e motivadas por fatores de natureza histórico-social*”.

Corolário lógico deste conceito seria o de admitir-se, então, inexistir, na acepção intrínseca do vocábulo, um *sistema francês* ou um *sistema italiano*, como protótipos ou modelos a cada um dos quais eventualmente tenham se filiado, outros derivativos diretos de seus institutos, porquanto aqueles, antes de se constituírem *sistemas particulares* ou *subsistemas*, filiam-se ao grande *sistema universal de base romanística*, fundamentado no velho direito romano, desenvolvido, com maiores ou menores alterações, até os tempos atuais.

Justamente por fincar-se nas raízes da dogmática *romanística*, este *sistema de direito administrativo* padece de um *defeito de origem*⁶, o que fez com que alguns publicistas

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 71.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 72.

qualificassem-no mesmo de insanável, o qual seria o de observar a predominância do *privado* sobre o *público*, sendo aquele direito (*privado*) comumente usado nesta vertente como referencial obrigatório de sua construção estrutural, citando como evidência maior desta assertiva o fato de a quase totalidade de juristas franceses não definirem os *institutos administrativos* em si e por si, mas preferirem a tanto, falar em *derrogações* e *exorbitâncias*, e algumas vezes em *desvios*, podendo-se extrair do conceito clássico de *direito administrativo* a prova cabal desta verdade absoluta.

Assim é que o grande mestre do *direito administrativo comparado*, Jean Rivero⁷, define *direito administrativo* como sendo “o conjunto de regras jurídicas derogatórias do direito comum que regem a atividade administrativa das pessoas público”, seguido, sem dissensões, por outros administrativistas não menos importantes à sistematização deste ramo da ciência jurídica, dentre os quais destacam-se Georges Vedel e Charles Debbsch⁸.

Sob um prisma menos particular, neste *sistema romanístico* e nos países que o adotam, as regras de direito buscam concepção como sendo regras de conduta estreitamente preocupadas com o senso de moral e justiça, cuja determinação de quais regras contornam-se naqueles traços parece ser a tarefa essencial da ciência do direito. A doutrina, então, absorvida por este mister, pouco se interessa pela aplicação do direito, encargo reservado aos seus práticos e aos práticos da administração.

Este *sistema* teve seu berço na Europa e formou-se graças aos esforços das universidades do *velho continente*, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, lastreados nas compilações deixadas pelo imperador bizantino *Justiniano*, uma ciência jurídica comum a todos e aparentemente apropriada às condições do mundo moderno.

Centrado, como se consignou, em razões históricas que visavam a regulação das relações entre os cidadãos, os demais ramos do direito foram elaborados - com menos perfeição em razão desta característica - a partir dos princípios do *direito civil*, que continua a ser o centro por excelência da ciência jurídica neste *sistema*.

Denominou-se *romano-germânico* em homenagem aos esforços desenvolvidos simultaneamente nas universidades dos países latinos e dos países germânicos, observando-se, já no século XIX que os países aderentes do *sistema* em epígrafe, a partir de então, deram conotação especial à lei, sistematizando-a em códigos.

Sua vasta irradiação alcançou diversos territórios, devido, primeiro, à colonização e, posteriormente, a um fenômeno natural de recepção voluntária, os quais produziram os mesmos efeitos e onde hodiernamente aplicam-se direitos pertencentes ou aparentados a esse *sistema*. Atente-se, contudo, que os direitos que se ligam a esta corrente

⁷ DAVID, Renè, Op. cit., p. 16.

⁸ Apud, CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., pp. 72, 73

fora da Europa freqüentemente são colocados em grupos distintos dos países que formam aquele continente, especialmente pelo fato de *ao receberem os direitos europeus*, se verificar já possuírem aqueles povos concepções divergentes de agir e viver, formuladoras de certas *instituições* próprias de suas comunidades autóctones, coisa que teria contribuído à assimilação parcial da cultura jurídica *romanística* em diversos setores das relações sob regulamentação legal, máxime no que tange aos *estatutos pessoais*, que continuaram, de um modo ou de outro, regidos por princípios tradicionais ou que mesmo serviram a uma abordagem do direito recepcionado em termos bastante diferentes daqueles que constituem a sua aplicação no sítio de seu nascituro.

Quanto ao direito administrativo propriamente dito, nos países que se filiam à *família romano-germânica*, encontramos ampla similaridade quanto à sistematização de institutos que hoje, são verdadeiramente universais a este ramo da ciência jurídica, conforme construção iniciada na França e desenvolvida por toda a chamada *Europa Continental*. O fenômeno de assimilação parcial de seus conceitos, em face da expansão dentro e fora do *velho continente*, foi menos sentida no direito administrativo em relação ao que ocorreu com o próprio *sistema romano-germânico*, e acerca do que já se teve a oportunidade de discorrer, ainda que brevemente.

O direito administrativo como ramo autônomo do direito nasceu com o advento das grandes revoluções do final do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa de 1.789. É contemporâneo do direito constitucional, dos demais ramos do direito público, desenvolvendo-se conjuntamente com o conceito de *Estado de Direito*. Estruturou-se sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação dos poderes, os quais visavam a subsunção de todos, inclusive dos governantes, ao império da lei, em especial a constituição, além de visar assegurar a proteção dos direitos individuais nas relações entre os particulares e entre estes e o Estado.

Não obstante haver reconhecimento de que desde Roma existirem regras de direito público, o marco originário epígrafado no parágrafo anterior é fixado pela doutrina em face da autonomia do direito administrativo, em especial ao regramento do chamado *direito comum*, de base privatística. Entretanto, do mesmo modo, é correto afirmar que o direito administrativo não foi fruto, somente, das revoluções que se observaram na Europa naquela oportunidade (fins do século XVIII), em especial a *francesa*, citada por muitos (e por nós mesmos) como aquela que de fato deu origem ao ramo da ciência jurídica em debate. O direito administrativo - sustenta com créditos parte da doutrina - nasceu não só do advento das revoluções, como também da elaboração de novos conceitos extraídos da estruturação do próprio modelo de Estado, que substituiu o *antigo regime*. Para se garantir a supremacia do Estado, no qual se concentrava o interesse coletivo, construiu-se um sistema que lhe outorgasse autoridade, a qual, todavia, derivava do ordenamento jurídico e por este deveria ser dosada. Tudo para que o mesmo Estado garantisse a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Desta situação aparentemente paradoxal, se desenvolveu o regime jurídico de direito público, que ainda hoje, face do discorrido acerca da forte influência civilista

desta família de direito, é conhecido por *derrogatório* e *exorbitante* do direito comum.

Variou seu objeto no tempo e no espaço, encontrando na feliz construção de *Von Mohl* da teoria do Estado de Direito, terreno fértil para seu desenvolvimento. Este desenvolvimento parece ter sido intensificado desde um segundo momento histórico: a ruína do liberalismo clássico e a expansão da intervenção estatal na economia privada, o que ocorreu a partir do final do século XIX. Ampliando-se as atividades do *Estado-Administração* ampliou-se o objeto do direito administrativo, para cujos conceitos, contou, na elaboração de sua doutrina básica com a colaboração sentida da escola francesa, de cunho mais pretoriano, face da especialização da jurisdição administrativa, da escola alemã, fiel às suas tradições teóricas e da escola italiana, que grosso modo, se vale da fusão das características das duas escolas anteriormente citadas.

A irradiação do modelo construído na Europa alcançou, por razões lógicas, históricas e filosóficas, até, os países que de um modo ou de outro pertenciam à família de direito de base *romanística*, sentindo-se nas mutações observadas na estruturação estatal dos diversos países a inserção de institutos de características próprias de cada um dos Estados que, contudo, não desvirtuaram o modelo desenvolvido na Europa a ponto de desfigurá-lo.

Diversamente do que ocorreu na Europa continental, a Inglaterra, cujo sistema difere do *romanístico*, desenvolveu seu direito sobre outras bases, as quais valem um aprofundamento maior no estudo a que se propõe, justamente por afigurar-se estranho à nossa realidade.

3 - Sistema do *COMMON LAW*

Sistema de características muito diversas das do *sistema romanístico*, o *common law* comporta o direito desenvolvido na Inglaterra e os outros direitos que sobre aquele modelo inglês foram modelados.

Foi ele formado pelos juizes que tinham de resolver litígios particulares, conservando ainda hoje a marca desta origem. Suas regras são menos abstratas das nascidas sob o império do *sistema romanístico*, eis que elas visam dar solução a um processo, e não uma formulação geral de conduta para o futuro. Por esta razão, o regramento deste *sistema* respeitante à administração da justiça, ao processo, à prova e as relativas à execução dos julgados possuem um interesse semelhante, e por vezes superior, às regras respeitantes ao fundo de direito, encerrando no mais das vezes uma preocupação imediata de restabelecimento da ordem perturbada frente ao secundarismo do lançamento das bases da sociedade.

Desde o seu nascimento ligado por laços estritos ao Poder Real, desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada ou quando, de certa forma, qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção daquele *Poder Real*, o que lhe conota, desde a origem, natureza essencial de *direito público*, visto que só podiam

as questões entre particulares ser submetidas aos tribunais do *common law* na medida em que colocavam em jogo interesses afetos também à *Coroa* ou ao reino.

Em sua formulação ou desenvolvimento, verifica-se, pois, nítido em seu âmago, a resultante *pública* derivativa do *processo*, sendo certo que a ciência *romanística*, fundada sobre o direito civil, desempenhou função muito restrita naquelas tarefas, fato que se comprova analisando as divisões do *common law* e os conceitos que este *sistema* utiliza. Mais que isto, o vocabulário em uso pelos *common lawyers* são inteiramente diferentes das *divisões, conceitos e vocabulário dos juristas românicos*⁹.

Extremamente rígido justamente por concernir diretamente aos interesses reais e do reino como um todo, que conforme salientado, sobrepujavam os interesses particulares, no desenrolar dos tempos, o *common law*, cujo núcleo no Reino Unido eram os *Tribunais de Westminster*, padeceu da necessidade de abrandamento de suas concepções, advinda das relações e conflitos pessoais dos súditos da *Coroa Britânica*. Esta necessidade de verdadeiro ajustamento ao rigor do direito, como então observado, deu lugar à criação da *equity*, absorvido pelo *sistema* e paradigma atual do senso de administração judiciária anglo-saxão.

Na *equity*, os julgamentos, também lastreados na concepção publicista do processo e baseada nos mesmos princípios de direito não escrito e costumeiro e no uso e nas decisões das cortes de justiça constituídas nos *precedentes judiciais*, eram presididos pelos *Chancellers*, observando-se seu senso de justiça de equidade em inspirações religiosas.

No início estabeleceu-se, então, duas justiças, a da *common law* e a da *equity*, com advogados e solicitadores especializados em uma ou outra vertente e que não confundiam suas funções pugnando os interesses de seus representados com exclusividade perante uma ou outra corte. Posteriormente, verificou-se a absorção do instituto segundo pela *common law*, tanto que não raras vezes diversos autores atuais referem-se ao *sistema* utilizando-se conjuntamente dos dois vocábulos para designá-lo *sistema do common law e equity*, parecendo-nos mais apropriado a compreensão de que o vocábulo *common law* moderno já engloba os princípios da *equity*, absorvida integralmente por aquele.

O *sistema do common law* costuma chamar a atenção dos estudiosos quando o tema em debate é o *direito administrativo*. Esta polêmica criou-se desde que um jurista inglês, *Dicey*¹⁰, afirmou de forma peremptória que, verdadeiramente falando, "*o Direito Administrativo não existe na Inglaterra*". Esta assertiva serviu para inflamar a crítica francesa que tendia nesta direção quanto ao tema em epígrafe, sendo certo, entretanto, que esta discussão já se encontra superada nos dias atuais. O fato de no sistema do *common law* haver aversão à chamada *justiça administrativa* ou ao *contenciosos administrativo* mais a constatação de que há ausência de prerrogativas no que tange aos agentes públicos, iguados aos cidadãos comuns para efeito de responsabilização de atos ilegais e submetidos à uma

⁹ DAVID, René. Op. cit., p. 19.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 96.

mesma lei (*ordinary law*), *per se*, não permite a extração de tal ilação.

Se for verdade que os agentes públicos são submetidos ao *direito comum*, uma autoridade, ao menos, escapa a esta regra: a *Coroa*, que é cercada por um conjunto de prerrogativas. Exemplo maior disto encontra-se no plano das responsabilidades. Os danos imputáveis à *Coroa* não podem ser objeto de indenização por parte do juiz; ela não pode ser acionada senão após seu próprio consentimento, usualmente obtido pelo processo excepcional do *petition of rights*; até 1.947, vigeu na Inglaterra a antiga máxima que conclama que *o rei não pode errar* (*The King can do no wrong*).

Antes, porém, parece ter passado despercebido de *Dicey* que na Inglaterra, por obra do *Parlamento*, observou-se o nascimento de administrações autônomas que detinham funções jurisdicionais. *Odete Medauar*¹¹ faz citação à edição, em 1.893, de uma lei parlamentar, a *Poor Law Amendment Act*, que originou a criação das assim chamadas *Poor Law Guardians* que decidia - a exemplo de demais *boards*¹² concebidas para a mesma finalidade, que detinham competência sobre questões de ensino, saúde e outras matérias a elas correlatas - os litígios resultantes do texto legal a que se fez menção.

Os principais críticos de *Dicey*, que o acusaram de, a partir de sua tese polêmica, criar verdadeiro preconceito em solo inglês “durante gerações” ao *Administrative Law*, sustentam que no Reino Unido, “uma vez que o Governo atribui poderes discricionários a autoridades públicas e cria tribunais especiais fora do sistema jurisdicional ordinário, não há princípios do direito privado que possam ser aplicados quando poderes ou procedimentos de uma autoridade ou tribunal são questionado; gostando disso ou não, as cortes do *Common Law* foram forçadas a desenvolver um sistema de princípios de *Administrative Law*”¹³

Em 1.947, com a edição do *Crown Proceeding Act*, que “aboluiu a imunidade da Coroa em matéria de danos, extinguiu o processo da *petition of rights* em matéria de responsabilidade contratual da Coroa e instituiu o princípio da responsabilidade pública regida pelo common law, com os serviços de defesa nacional”¹⁴, nova fase e nova abordagem passou a ter o direito administrativo inglês, que ganhou desenvolvimento com o incremento da doutrina sobre o *Administrative Law*.

Evoluído após os estudos de *Dicey* e de seus críticos, além de outros destacados autores, como *Smith* e *Wade*, o vivente *direito administrativo inglês* é peculiar porque exige a sua interpretação a aceitação de que naquele sistema deve haver uma interpenetração do campo

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.992, p. 48.

¹² Estas *boards* eram, de fato, verdadeiros *administrative tribunals* e “significam o advento na Inglaterra, do Estado Administrativo e mantém a mesma tendência típica inglesa: ausência de hierarquização centralizada e autonomia entre si e em relação ao poder central, em linha oposta, portanto, à Europa Continental, onde toda nova função se incorporava à Administração central”.

¹³ SMITH, Stanley; BRAZIER, Rodney. *Constitutional and Administrative Law*. Londres, Penguin, 1.989, p. 534.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Op. cit., pp. 49-50.

do direito público no campo do direito privado, e do campo do direito privado no campo do direito público, sendo regra nos países filiados ao *common law* a submissão da Administração a um regime de direito privado e não a um regime de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

Esse *sistema universal*, da mesma forma que o *romanístico*, conheceu sua irradiação pela colonização e pela recepção espontânea, sofrendo modificações da mesma ordem em face de costumes locais e desenvolvimento diferenciado de sua célula *mater* britânica. Destarte, o *common law* fora da Europa distingue-se da abordagem que lhe deram os Estados Unidos da América, sendo fato, também, que em alguns rincões muçulmanos e na Índia este sistema foi apenas parcialmente recebido, por sua coexistência com as tradições anteriores daqueles locais. Isto fez com que a aplicação do *sistema* ganhasse, por estas vicissitudes, larga autonomia que o faz diferenciar do modelo tradicional, em que pese conservar as linhas mestras de sua estrutura.

Como se disse e segundo a melhor lição de René David¹⁵ “*a common law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares*”. É uma regra que visa dar solução a um caso concreto e não formular preceito geral de conduta para o futuro. Este sistema, utilizado na precipuamente na Inglaterra, também se irradiou para Gales e para a quase totalidade dos países que formam a chamada *Commonwealth*, tais como e dentre outros, a Austrália, a Nova Zelândia, Belize, Malásia, Paquistão, Sri Lanka, Quênia e o Canadá, excetuando-se do último a província de Quebec, filiada ao sistema romano-germânico. Com pequenas alterações, o *common law* também se adotou como sistema nos Estados Unidos da América. Fortemente apegados ao que convencionaram chamar de *rule of law* (império da lei), nos países que adotam o *common law* como sistema há supremacia do direito comum a impedir o reconhecimento de privilégios e prerrogativas à Administração, cuja atividade desenvolve-se sob as regras de direito comum, tradução literal da expressão que indica o sistema em estudo.

A relação de emprego público equipara-se na *common law* ao regime dos trabalhadores particulares, assumindo o Poder Público o papel de patrão, tal qual aos outros; também o princípio da responsabilidade é pessoal. Inexiste no direito desenvolvido debaixo destes preceitos um conceito de ato administrativo, com as características daquele conhecido nos países que adotaram a estruturação romanística de seus sistemas de direito e fizeram a opção pelo chamado *regime jurídico administrativo*. Na *common law* há o prevailecimento da execução titulada, “*repelindo-se o princípio da auto-executoriedade*”¹⁶, admitido muito excepcionalmente, mediante o uso do chamado *summary power*.

Nos Estados Unidos da América, o direito administrativo ganhou impulso no seu estabelecimento em fins do século XIX, muito por influência inglesa. O intervencionismo estatal observado àquela oportunidade empreendeu o controle de diversas atividades particulares pelo

¹⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 19.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 104.

Poder Público, sendo sentido, em ganho e amplitude, o aumento de potestades de alguns órgãos administrativos. De relevante foi a adoção do modelo de criação das *agencies*, cuja primeira foi concebida para regular o transporte férreo, em ampla expansão naquele momento histórico (fins do século XIX), seguindo-se, na primeira metade do século XX, a criação de mais de meia centena delas.¹⁷

John Clarke Adams, insigne e conhecido publicista norte-americano, comparando o direito administrativo dos Estados Unidos da América com os de Itália e França, dá a tônica de como o controle da legalidade dos atos administrativos se processa naquele país, valendo a extensão do pensamento, com uma ou outra pequena modificação aos demais países filiados ao *common law*. É do magistério do ilustre autor, pois:

*“A doutrina americana da judicial supremacy dá aos tribunais ordinários um poder genérico de revisão de qualquer ato administrativo por questões de legitimidade, toda vez que um particular tenha direito a um recurso que lhe seja garantido ou por common law ou pelas leis. A magistratura exerce esta jurisdição também pela via indireta (collateral attack) em litígios entre particulares ou entre causas penais que tenham por objeto questionar a legitimidade de atos administrativos”*¹⁸.

Assim, conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar, no que tange à autotutela administrativa, traço de conotação típico do regime jurídico administrativo, o que se pode extrair é que, nos países que adotam o *common law* como sistema jurídico, resta impossibilitado o Poder Público de anular de ofício seus próprios atos, devendo-se, para a finalidade invalidatória, haver recurso ao Poder Judiciário, detentor do “*poder genérico de revisão de qualquer ato administrativo*”. Por derradeiro, de se ressaltar, que a responsabilidade pela edição de atos ilegais que eventualmente causem prejuízo ao erário será suportada pela autoridade ou funcionário que o expedir, e não da pessoa política pública a qual serve na qualidade de trabalhador comum.

4 - Relações entre os dois sistemas

No desenrolar dos tempos, os diversos países que adotaram tanto um quanto outro sistema, tiveram relações uns com os outros que serviram a disseminar os institutos que lhe eram próprios e característicos. Em ambos os casos o direito, também, sofreu a influência da moral cristã, isto sem se considerar a filosofia do individualismo, do liberalismo e da noção de direito subjetivo em voga desde a *Renascença*.

Mesmo conservando sua estrutura absolutamente diversificada em relação ao *sistema românico*, o *sistema do common law* por aquele se deixou contaminar, de modo

¹⁷ No período compreendido entre 1.940 e 1.946, mais de 200 *agencies* foram criadas em regime de emergência.

¹⁸ ADAMS, John Clarke. *El Derecho Administrativo Norteamericano*. Trad. de Dionisio Petriela. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1.964, p. 32. Texto vertido do espanhol ao português, de forma livre, pelo autor deste

a admitir em seu ordenamento o gradual e substancial crescimento da lei abstrata, sendo que os métodos utilizados nos dois sistemas tendem a aproximar-se cada vez mais, verificada que a regra de direito tende a ser mais e mais aceita no *common law* e, quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nos dois diferentes *sistemas*.

Assim é que diversos autores admitem um *sistema de direito ocidental*, englobador das duas correntes *sub examem*. Tanto correto seria aceitar esta proposição, quanto não menos seria constatar-se, hoje, *sistemas particulares* e peculiares adotados por países como Escócia, Israel, Filipinas e União Sul-Africana que não se subsumem a nenhum dos dois modelos unitariamente, estruturando-se em uma mescla de institutos tirados tanto do *common law* como do *sistema romanístico*.

Essa tendência de admitir-se a existência de um *sistema ocidental* encontra fundamento quando confrontados os *sistemas de controle da Administração* no ocidente, analisados o *contencioso administrativo francês* e o *sistema de jurisdição única inglês*, que juntos servem de paradigma e contraponto ao estudo comparativo dos outros *sistemas* conhecidos de relevante importância e informaram toda a ciência do estudo do tema na doutrina contemporânea.

Entretanto, o fenômeno recente da chamada *globalização* parece catalisar a dinâmica da aproximação de institutos próprios e típicos de um ou outro sistema estudado e difundir, em sentida velocidade, as transformações a que se fez referência, de modo a possibilitar ao intérprete vislumbrar o surgimento de uma nova *família* de direito, cujas bases são lançadas na mutação da organização política dos Estados componentes da Comunidade Internacional, nomeadamente os países cujos direitos fundaram-se nas bases *romanística* ou nas de *common law*.

Exemplo gritante destas *mutações* a que o direito público se submete encontramos no fenômeno da *agencificação* das Administrações Públicas, primeiramente em alguns países da Europa Continental, especialmente na Itália, e nomeadamente no bloco formado pelos *países em desenvolvimento*, dentre os quais se encontra o Brasil. Merece, em razão desta situação, um estudo mais aprofundado no que tange ao fenômeno das chamadas *agências* do direito norte-americano, que vem servindo de inspiração a vários países de base diversa do *common law* nos tempos modernos, num processo de absorção do instituto à sua organização administrativa. Isto se faz necessário porque nos Estados Unidos da América, estas *agências* recebem delegação de matéria legislativa e, por vezes, de matéria jurisdicional, formulando um contraponto ao sistema de jurisdição uma que lhe é característico, posto que, ainda que em regime de exceção, algumas vezes, proferem aquelas *agências* decisões sobre matéria técnica com força similar a do *final enforcing power* (por esta regra, o Poder Judiciário nos EE. UU. seria o único com força legal a produzir decisões conclusivas).

Nos Estados Unidos da América, com exclusão dos três poderes (Tribunais, Congresso e Presidência da República) "*todas as demais autoridades públicas constituem*

agências”¹⁹, na forma do disposto pelo *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimento Administrativo). A despeito de existirem na mais variada forma, a classificação mais antiga as designava, no singular, em *regulatory agency* e *non regulatory agency*, conforme tivessem ou não poderes normativos delegados pelo Congresso. As normas baixadas pela primeira categoria de agências (*regulatory agencies*) afetam os direitos, liberdades e atividades econômicas dos particulares, ao passo que a atividade da segunda categoria (*non regulatory agencies*) seria a de “prestar serviços sociais”. Exemplos da última são a *Social Security Administration* e a *Postal Service Agency*, sendo exemplos da primeira, a *Federal Energy Regulatory Commission*, a *Federal Labor Relations Authority* e a *National Security Council*, dentre outras.

Sem embargo de outras classificações existirem para o fim de distinguir o papel das agências (*executive agencies* e *independent regulatory agencies or commissions*), o fato é que elas exercem funções quase-legislativas e quase-judiciais, como se disse, por delegação do Congresso. Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin²⁰, ao mesmo tempo em que advertem quanto aos estritos mandamentos do artigo III da Constituição norte-americana, que consagra a regra da unicidade de jurisdição, exercitada por juízes com “vitaliedade no cargo e proteção salarial”, admitem que determinadas questões de interesse público possam ser “resolvidas”, no plano da “arbitragem” das agências, desde que haja prévia “delegação de poder judicial” à agência competente em razão da matéria, citando diversos precedentes judiciais que acolhem a viabilidade da situação colacionada. Sustentam os autores ser mesmo “necessária” a delegação em tela para “fazer efetivo o sistema regulatório, não havendo, desta forma, razão para invalidar a mínima transferência de jurisdição, na forma do artigo III da Constituição”²¹.

Não obstante a decisão das agências poderem ser rediscutidas perante o Poder Judiciário é fato, que em determinadas situações esse poder de revisão é mitigado por impedimentos dirigidos à regra do *judicial control* (este sistema é o conhecido por *sistema de jurisdição una*, pelo qual qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário). Neste diapasão, encontramos na melhor doutrina de Steven J. Cann²² algumas exceções ao controle do Poder Judiciário, consagrados pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Dentre algumas, cita o autor, a “deferência à discricionariedade técnica”, muito mais apropriada às agências do que aos juízes (como exemplo, faz menção ao fato de as Cortes, juízes, operadores de direito e jurados, não serem particularmente indicados a resolver conflitos concernentes à otimização de partículas de benzeno no ar do ambiente laboral, como também não o seriam para avaliar questões técnicas quanto ao incremento de *pesquisas embrionárias* ou alterações genéticas em alimentos alterados, dentre outras tantas questões), pelo fato de “o campo do direito administrativo possuir muitos outros critérios fronteiriços a serem encontrados em outros ramos do conhecimento, que não a ciência jurídica”.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 2.002, p. 143 e segs.

²⁰ GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M.. *Administrative Law and Process*. Saint Paul, West Group, 1.997, p. 28.

²¹ GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M.. Op. cit. p. 29.

²² CANN, Steven J.. *Administrative Law*. Thousand Oaks, Sage Publications, 2.002, p. 115.

Ainda que haja a possibilidade de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário as decisões das agências, advertem-nos *Alfred C. Aman Jr.* e *Willian T. Maton*²³ que na prática, os remédios conhecidos, perderam espaço em face da jurisprudência que se formou quanto ao assunto. Assim é que o *writ of certiorari* perdeu espaço para o *writ of mandamus* como forma de revisão da ação das agências, limitando as possibilidades de seu uso em razão de suas finalidades específicas. *Celso Agrícola Barbi*²⁴ define o *writ of certiorari* como o remédio judicial extraordinário de modo a constituir-se naquele “*utilizado para a revisão de atos da Administração de natureza quase-judicial (...) sua finalidade não é proibir, mas sim anular decisões das autoridades inferiores (...)*”, ao passo que o *writ of mandamus* é aquele utilizado “*para compelir o funcionário à prática de ato do seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário (...)*”.

A respeito, também já tivemos a oportunidade de nos manifestar sobre estes particulares, realçando que *as limitações impostas no common law norte-americano à revisão das decisões quase-judiciais das agências, praticamente força a extração da ilação de que se consagrou naquele país a chamada coisa julgada administrativa, ou que as agências exercitam verdadeira atividade de justiça administrativa, nos moldes de dualidade de jurisdição de concepção francesa. Todavia, esta assertiva não é verdadeira. Primeiro porque é fato que a justiça ordinária um dos Estados Unidos da América pode, ainda que com limitações, rever as decisões das agências. Isto se opera, por ato do particular, em caso de omissão, pelo uso do writ of mandamus, amplamente aceito pela jurisprudência da Suprema Corte, ou, no caso contrário, de ação de qualquer das agências, em sede de defesa oponível perante o órgão de jurisdição monopolizada. Esta solução nos é dada por Alfred C. Aman Jr. e Willian T. Maton*²⁵, que sustentam que “*um indivíduo com interesse em oposição à decisão da agência, não precisa iniciar uma ação legal. Ao contrário, pode agir contrariamente à posição da agência, e assim, esperar uma ação judicial desta contra ele*” oportunidade em que levaria às Cortes a discussão acerca da matéria administrativa.

Ainda que no mecanismo da ação quase-judicial das agências norte-americanas se encontre espaço para a chamada *preclusion of review*, derivada da discricionariedade técnica que lhe atribui o ordenamento na busca da concretização da eficiência na prestação de serviços de natureza pública, no que tange à legalidade de suas ações, máxime em face da consagração dos *civil wrights*, o *judicial review*, ainda que mitigado, é sempre possível, o que afasta este sistema daquele denominado de *dualidade de jurisdição*.

No que tange à Europa Continental, a assunção do chamado *direito Comunitário Europeu*, emergente da Comunidade Econômica Européia, também serviu de catalisador a aprofundar mudanças na abordagem que determinados povos costumeiramente davam aos seus respectivos *direitos nacionais*, fazendo a experimentação preconizada por *René David* e reafirmada por *Bachof*, na “*reelaboração contínua e recíproca da dogmática de ambos os*

²³ AMAN JR., Alfred C.; MATON, Willian T.. *Administrative Law*. Saint Paul, West Group, 2.001, p. 338 e segs.

²⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 1.987, pp. 39 e segs.

²⁵ AMAN JR., Alfred; MATON, Willian T.. Op. cit., p. 349.

sistemas jurídicos” e observar o nascimento de um verdadeiro *Direito Administrativo Comunitário ou Europeu*, fruto das fusões de institutos clássicos dos países que desenvolveram seus respectivos direitos nas bases *romanística* e nas de *common law*, nomeadamente quanto a este último, a Inglaterra. Assim é que Fausto de Quadros²⁶, do alto da autoridade que lhe confere a titularidade da Cátedra de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, indica como marco na adoção de providências judiciais cautelares para a proteção provisória de direitos fundados no *Direito Comunitário* decisão do Tribunal de Justiça Inglês, consubstanciado no *Acórdão Prejudicial* de 19 de junho de 1.990, pelo qual, após suscitado conflito de leis no espaço pelo juízo de primeiro grau e pela *Câmara dos Lordes*, aquela Corte se manifestou no sentido de que o Juiz inglês de primeiro grau a quem tenha sido submetido litígio relativo ao *Direito Comunitário*, quando a providência com base neste requerida encontrar óbice numa *norma de direito nacional*, nesse caso, deve o magistrado *recusar o direito nacional* e fazer valer o *Direito Comunitário*, fundamentando sua decisão no princípio do primado e da aplicabilidade deste último. Daí nasceu o que se convencionou chamar de *eficácia do Direito Comunitário*.

Esta decisão e o posicionamento tomado pela Corte inglesa é especialmente interessante para sustentar o que se desenvolveu neste trabalho até o momento. Isto se dá pelo fato de que na Inglaterra, como, aliás, já se teve a oportunidade de expender anteriormente, os tribunais não podiam conceder ou mesmo conhecer de medidas cautelares como no caso citado em razão de uma velha regra que constitui *precedent* no *common law* britânico que *proibia a adoção de qualquer providência cautelar contra a Coroa*. Sendo *precedent*, esta jurisprudência teria efeito vinculante a todas as Cortes de justiça do Reino Unido, face da estrutura do sistema em comento. O antagonismo inicial recebeu solução lastreada em institutos trazidos de fora do *common law* pelo chamado *Direito Comunitário*, que àquele transplantou regra típica das bases *romanísticas* de direito.

O mesmo se poderia dizer do direito administrativo dos países que adotam *modelos ocidentais* de estruturação, mas que não compõem a Comunidade Econômica Européia. Além do fenômeno da *agencificação* a que se fez referência, observada em especial nos países da América Latina, parece correta a afirmação de Ramón Tamames²⁷ quanto ao fato de a economia provocar mudanças no cenário político, que por sua vez se traduzirão em produção jurídica apta a renovar o direito e aproximar os dois grandes sistemas debatidos. Exemplos desta evolução que provoca mutações de todo o gênero no direito administrativo mundial sobejam na atualidade e permitem afirmar a evolução deste ramo das ciências jurídicas. Walter Jellinek²⁸ ensinava no início do século passado que *o direito constitucional passa, mas o direito administrativo permanece*. Permanece, acrescentamos, mutável, como o próprio conceito de Estado, sujeito a diversas ingerências externas, a maioria de cunho econômico e que dentre nós permitiu a inacabada reforma administrativa, consubstanciada pelas privatizações, concessões de serviços, flexibilização na tomada de decisões (advento

²⁶ QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*. Almedina, Coimbra, 2.001, pp. 51/53.

²⁷ TAMAMES, Ramón. *Um Nuevo Orden Mundial*. Madrid, Espasa-Calpe, 1.991, pp. 115 e segs.

²⁸ *Apud* QUADROS, Fausto de. Op. cit., p. 52.

do princípio da transparência), adoção de *políticas financeiras responsáveis*, conforme exigência do Fundo Monetário Internacional (vide a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, nascida de lei similar oriunda da Nova Zelândia). Estaríamos, pois, vivenciando o surgimento de um novo sistema jurídico ocidental? A resposta parece convergir à aceitação desta premissa.

Entusiasta destas novas manifestações que contaminam o direito administrativo contemporâneo, *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*²⁹ tece diversas digressões quanto a estes temas, valendo ressaltar o que qualificou chamar de “*Administração Pública consensual*”. Sustenta o renomado autor que “*o direito administrativo deve mudar porque o Estado está se transformando, por sua vez, pressionado pelas mudanças na sociedade. Isto ocorre no Brasil e no mundo; o fenômeno é global, embora com intensidade e ritmo diferentes, conforme a inserção de cada País no fluxo da civilização ocidental*”³⁰. Traço marcante destas transformações seria o que convencionou chamar de *consensualidade*.

Pelo instituto em tela, propõe-se que se substitua a noção de *imperatividade*, sempre que possível, pelo consenso, que atingiria, inclusive, a produção de normas, com o aparecimento, nas palavras do autor, de *fontes alternativas, fontes consensuais e fontes extraestatais: a “regulática”*. Aliada a esta idéia, também seria de mister na novel visão do direito público sustentada, que houvesse *consensualidade na solução de conflitos, com adoção de “formas alternativas de composição”*. Estas consubstanciariam a assunção da arbitragem aos níveis administrativos, posto que se assumindo como tendência do Estado contemporâneo a *perda do monopólio* da produção normativa, bem como a *perda do monopólio* da execução administrativa, a primeira fulcrada na atividade regulatória das agências e a segunda na expansão das *parcerias* da Administração Pública, em especial ao advento do crescimento do chamado terceiro setor (nomeadamente pelo papel assumido pelas *organizações não governamentais*), não haveria mais como se sustentar a *manutenção do monopólio* da jurisdição estatal, posto que a “*justiça, enquanto anseio e atividade humana*”³¹ não seria monopólio de ninguém.

Sem a formulação de críticas ao mérito da posição afirmada, até para não se perder o norte a ser atingido com o presente, é fato que no Estado contemporâneo experimentos e ensaios existem que permitem alicerçar o pensamento anteriormente esposado, no sentido de vislumbrar a formação sólida de sistema jurídico moderno composto por elementos *romanísticos* e de *common law*, mas que de ambos divergem, ganhando independência. O processo de formação encontra-se em curso, e o direito administrativo, nesse cenário, até por suas vicissitudes próprias, aparece como aquele ramo da ciência jurídica em que o fenômeno se apresenta com maior intensidade. Seu estudo, inclusive e especialmente a partir de critérios de comparação, ganha contornos de extrema importância, que se incorporam à sua magnitude originária.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001, pp. 07 e segs..

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 37.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 222.