

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA

**Instituto Paranaense
de Direito Administrativo**

A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)

Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003

17x24 cm

Trimestral

ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo

2. Direito Constitucional

I. Ed. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários

CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: 08007043737

e-mail: ediforum@ediforum.com.br

www.ediforum.com.br

Editor responsável:

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto-gráfico e Diagramação:

Rogério de Souza Magalhães Júnior

Revisão:

Equipe Fórum

Bibliotecária:

Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O Ato Administrativo no Direito Inglês

Fabrcio Motta

Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Goiás e Professor da UCG.
Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

1 Introdução

Em sua obra intitulada *Direito Administrativo Comparado*, o professor José Cretella Júnior corretamente aduz que “o direito comparado conduz a precisão na ordem jurídica e procura erguer a Jurisprudência à mesma altura das ciências exatas. Evitando o particularismo local, a inexatidão, o aproximado, o mais ou menos, o direito administrativo comparado trabalha com o preciso e o exato, afastando a arquetônica regional e procurando atingir os modelos universais, para captar os cânones categoriais da Jurisprudência.” O presente trabalho insere-se nesse contexto e buscará, com fulcro na premissa da dinamicidade adquirida pelo direito administrativo quando se utiliza do método comparativo, investigar o ato administrativo e seu controle na Inglaterra.

O conhecimento histórico é indispensável para o estudo do direito inglês, que, a despeito do ocorrido no restante do continente europeu, sofreu de forma menos intensa a influência do clássico direito romano. Segundo René David¹, cuja obra permeará toda a parte inicial deste estudo, a pouca influência exercida pelo direito romano deveu-se, sobretudo, a seu caráter eminentemente privatístico, enquanto que na Inglaterra as questões submetidas aos tribunais são consideradas de feição publicística. Walter Vieira do Nascimento acrescenta que o sentimento nacionalista também constitui uma barreira à receptividade daquele direito, aduzindo que “já em 1151, portanto no reinado de Estevão (1135-1154), o seu ensino era proibido em Oxford. E, a partir de 1234, a mesma proibição foi imposta por Henrique III em Londres. Até que, em fins do século XIII, o ensino do direito romano deixou de ser adotado por completo nas universidades da Inglaterra.”²

A análise histórica do surgimento do sistema da *common law* permitirá sua contraposição ao outro sistema-paradigma dentre os ordenamentos jurídicos, o sistema romano-germânico, aqui representado principalmente pelo direito francês em virtude da importância histórica do direito administrativo em tal país.

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 320.

² NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*, p. 200.

Nesse sentido, inicialmente o trabalho buscará investigar as origens históricas do sistema de direito vigente na Inglaterra para, posteriormente, identificar suas características principais e sua conformação atual. Ainda antes de adentrar a seara do direito administrativo, procuraremos escrever, com o intuito de contextualizar o objeto principal deste trabalho, breves linhas a respeito do sistema constitucional britânico e da atual conformação do poder judiciário.

A parte seguinte do trabalho, seguindo a linha evolutiva do desenvolvimento do direito britânico, será dedicada à questão do direito administrativo na Inglaterra, sendo analisadas sua origem e características, perfazendo um elo entre as noções anteriores, a clássica e difundida lição do professor de Oxford Albert Dicey, e ainda o estudo de autores contemporâneos a respeito do assunto.

Finalmente, uma vez que o estudo já se encontrará sob os domínios do direito administrativo, será analisada a questão principal proposta. Inicialmente perquiriremos as origens da noção de ato administrativo para, posteriormente, contrapor às conclusões anteriores e, finalmente, assentar importantes pontos em relação ao ato administrativo na Inglaterra, bem como em relação a seu controle.

Por derradeiro, deve ser ressaltado uma vez mais que as comparações e as freqüentes alusões ao direito administrativo francês devem-se ao primado do mesmo e a sua importância na inspiração de sistemas posteriores mundo afora, a exemplo do sistema vigente no Brasil.

2 Noções históricas

Segundo a lição de René David, que tece suas observações a partir da distinção verificada entre os sistemas francês e inglês, a história do direito inglês pode ser dividida em quatro períodos principais. O primeiro período é delimitado até a conquista normanda de 1066, chamado de período anglo-saxônico, marcado por um desconhecimento geral do direito, sendo as leis redigidas logo após a conversão ao cristianismo.

O segundo período, que nos interessa de forma mais acentuada, é compreendido entre 1066 e a dinastia dos Tudors (1485), sendo marcado pela instalação do feudalismo na Inglaterra. A conquista pelos Normandos traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. É o fim da era tribal e o marco inicial da *common law*.

O período posterior encontra-se entre 1485 e 1832, época em que se desenvolveu o sistema de equidade (*equity*), ao lado do sistema da *common law*. Por

derradeiro, uma última etapa é constituída do ano de 1832 até os dias atuais, período em que a *common law* acompanha um desenvolvimento sem precedentes da lei e adapta-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração. Inicialmente, empreenderemos uma breve investigação histórica que nos permitirá conhecer as origens e as razões da conformação do sistema jurídico inglês atual.

Em 1066, o último rei do chamado “Estado anglo-saxônico”, oriundo da fusão das tribos bárbaras invasoras, foi derrotado por Guilherme, o Conquistador, duque da Normandia, que deu início à dinastia normanda. Nessa época, ao contrário do verificado na França, Guilherme dividiu a Inglaterra em condados (*shires*), os quais eram supervisionados por funcionários reais denominados *sheriffs*, como forma de agradar e manter o controle sobre a nobreza. Quanto ao sistema jurídico local, Guilherme proclama expressamente que “o direito anglo-saxônico se mantém em vigor e ver-se-ão, até os nossos dias, juristas e juízes ingleses invocarem, quando as circunstâncias o exigem, e mesmo aplicarem esta ou aquela lei da época anglo-saxônica”³.

A morte do último herdeiro direto de Guilherme, em 1154, ocasionou a subida ao trono inglês de um nobre francês de origem normanda, Henrique II, cujo reinado perdurou até 1189. Este período foi marcado pela ampliação dos poderes reais através do fortalecimento da justiça real. É o período de criação da *common law*.

Posteriormente, com a morte de Henrique II, sobe ao trono o monarca Ricardo I, também conhecido como Ricardo Coração de Leão. O período de seu reinado (1189-1199) foi marcado por numerosos afastamentos em virtude do envolvimento do país em batalhas e cruzadas. A constante ausência do Rei e o freqüente aumento de impostos, visando financiar os objetivos bélicos da Inglaterra, ocasionaram insatisfação geral dos súditos e conseqüente fortalecimento dos senhores feudais.

O sucessor de Ricardo, seu irmão João Sem-Terra, pautou seu reinado com a mesma política de constantes aumentos de impostos para financiar guerras. O reinante clima de descontentamento gerado pelas exageradas taxações foi aumentado em virtude das sucessivas derrotas da Inglaterra nos embates travados contra a França pela demarcação de fronteiras. A conjugação desses fatores culminou em uma revolta dos senhores feudais, que, apoiados pelos burgueses, impuseram ao Rei João Sem-Terra, em 1215, a Magna Carta, pedra fundamental das liberdades inglesas, que estatuiu que o monarca somente poderia aumentar impostos com a aprovação do Grande Conselho, composto por membros do clero, condes e barões. Posteriormente, por meio dos chamados Estatutos de Oxford, a

³ Ibid., p. 280.

composição do Grande Conselho passou a incluir representantes da burguesia. Em 1295, o Grande Conselho deu origem ao Parlamento inglês.

Uma forte crise econômica abateu-se sobre a Inglaterra a partir do século XIV em virtude dos excessivos gastos com a Guerra dos Cem Anos (1337-1453). Terminado tal confronto, a nobreza se viu enfraquecida economicamente, enquanto que os reis viram aumentar seu poderio militar e financeiro. Paralelamente a esse contexto, travava-se uma violenta disputa pela sucessão do trono, envolvendo duas facções da nobreza. A chamada Guerra das Duas Rosas (1455-1485) somente se findou por obra de Henrique VII, que se sagrou rei e iniciou a dinastia Tudor, em um panorama de enfraquecimento da aristocracia feudal e da autoridade da nobreza anteriormente consolidada pela Magna Carta, instaurando o regime absolutista no país, que viria a consolidar-se sob o governo de Henrique VIII.

A dinastia Tudor perdurou até 1603, encerrando-se com a morte de Elizabeth I. No mesmo ano assume o trono inglês o rei Jaime I, que iniciou a dinastia Stuart. O sucessor de Jaime, Carlos I, tentou fortalecer ainda mais o absolutismo principalmente por meio da instituição de novos impostos sem a aprovação do Parlamento, o que levou tal órgão a submeter o rei ao juramento da *Petition of Right*, em 1628, que resguardava a população de detenções e da cobrança de tributos ilegais.

O período posterior é marcado por violentos conflitos civis que culminam com a ascensão de Oliver Cromwell ao poder, ocorrendo, após sua morte em 1658, a restauração da dinastia Stuart. Em virtude de uma série de acontecimentos políticos e religiosos, o Parlamento rebela-se contra o então monarca Jaime II e oferece o trono inglês a Guilherme de Orange, chefe de Estado da Holanda. Guilherme invadiu a Inglaterra, na chamada Revolução Gloriosa, expulsou Jaime II e jurou o *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos que assentava as bases da monarquia parlamentar, consolidando a prevalência da autoridade do Parlamento, garantindo o respeito às suas prerrogativas e também às liberdades dos cidadãos. Em 1694 foi aprovado o Acto Trienal, impondo sessões parlamentares regulares e eleições a cada três anos. Tais leis configuraram o princípio defendido pelo filósofo John Locke, o teórico da Gloriosa Revolução, de que o Governo é um contrato social entre o Rei e o Povo representado no Parlamento.

A Revolução Inglesa de 1688 é um dos principais marcos civilizacionais do Ocidente por ter originado o regime de democracia parlamentar, que acabou por servir de exemplo ao mundo. Essa revolução teve, para a Inglaterra, o mesmo sentido que a Revolução Francesa de 1789, no que se refere à derrubada do absolutismo e do surgimento de condições políticas essenciais ao desenvolvimento da burguesia, porém acarretou diferentes conseqüências quanto à conformação do

sistema jurídico nos países envolvidos, conforme abordaremos posteriormente. Tais revoluções constituíram um momento significativo na história do capitalismo, na medida em que contribuíram para abrir caminho para a superação dos resquícios feudais e, portanto, para tornar possível a consolidação do modo de produção capitalista.

2.1 Surgimento e desenvolvimento da *common law*

Conforme ressaltado na breve retrospectiva histórica traçada, o caráter organizado do feudalismo inglês imposto pela conquista dos Normandos vai permitir o desenvolvimento da *common law*, o direito comum a toda a Inglaterra, segundo o magistério de René David. O sistema jurídico aplicado na Inglaterra vai se orientar pelos costumes das tribos germânicas conquistadoras.

No período anterior ao da conquista, até 1066, a resolução das controvérsias locais ocorre por diferentes regras: a aplicação dos costumes locais é realizada pela *Hundred Court*, assembléia dos homens livres, posteriormente substituída por jurisdições senhoriais (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Court*), e o direito canônico é aplicado pela jurisdição eclesiástica. A elaboração da *common law* será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados Tribunais de Westminster, em razão do local onde se estabelecem a partir do século XVIII.

Os litígios são então apreciados, no início da conquista, pelas jurisdições senhoriais e pela eclesiástica. Nesse momento histórico, o Rei somente interfere nas grandes causas que dizem respeito à paz no reino, exercendo a chamada “alta justiça”. Algumas organizações no interior da jurisdição real, chamada *Curia Regis*, adquirem autonomia, sendo imperioso destacar a fixação das comissões itinerantes com poderes jurisdicionais que acompanhavam o monarca em sua viagem em Westminster. A competência destas comissões, que serão doravante chamadas de Tribunais Reais, fica restrita a três questões: finanças reais, propriedade e posse de imóveis e questões criminais graves.

Com o decurso do tempo, os Tribunais Reais foram ganhando prestígio e força em detrimento das demais instâncias. Tal fato prende-se a circunstâncias que tornavam a justiça aplicada por aquelas Cortes mais eficiente que as demais. Nesse sentido, somente os Tribunais Reais possuíam meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar suas decisões, devendo ainda ser considerado o fato de que somente o Rei, em sua condição de Chefe da Igreja, podia obrigar os seus súditos a prestar juramento. Deve ainda ser destacado o interesse real na expansão da justiça, devido aos lucros proporcionados pela prestação jurisdicional.

Diante de tais circunstâncias, os Tribunais Reais puderam modernizar o seu processo, passando inclusive a submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto que as outras jurisdições dispunham de um sistema obsoleto de procedimentos e provas.

A “justiça comum” oferecida pelo Rei da Inglaterra a todo o reino era mais equitativa e respeitada que a justiça oferecida pelos senhores feudais. Por tais motivos os poderes do Rei foram aumentando, sustentados em grande parte pela aprovação dos particulares. No final da Idade Média, o fortalecimento destes Tribunais ocasionou a lenta extinção das outras jurisdições, ficando essas Cortes com o monopólio na administração da justiça.

A *common law*, ou *comune ley*, segundo a gíria normanda, não representa a síntese dos costumes locais, e sim a tentativa de eliminação das divergências por obra dos Tribunais Reais. Tal sistema pôde retirar algumas de suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo de constituição em si consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sob a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, antes da conquista Normanda, esse sim fundado sob o costume.

As circunstâncias na formação da *common law* marcaram o direito inglês notadamente em quatro aspectos, segundo o acatado magistério de René David:

em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano⁴.

Em suas origens, o sistema da lei comum foi constituído por um certo número de processos em que devia ser proferida uma sentença, independentemente de seu conteúdo. O problema principal era fazer os Tribunais Reais reconhecerem sua competência e levar até o fim um processo cheio de formalismos. Somente aos poucos a *common law* passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um. O sistema apresenta-se como um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios, com base fundamentalmente nas decisões anteriores.

Em virtude dos fundamentos da lei comum, a distinção entre direito público e direito privado não é feita tradicionalmente pelo direito inglês, onde durante

⁴ Ibid., p. 290.

muito tempo se recusou sua admissão, vendo nela a manifestação da idéia de que o Estado e a Administração não estariam submetidos ao direito. A distinção fundamental no direito inglês operará, como veremos em seguida, entre *common law* e equidade.

Frederick Pollok, citado por Cretella Júnior⁵, define a *common law* como “a parte da lei inglesa que é criada não por disposições legislativas, mas por decisões judiciárias e que é preciso procurar nos repertórios de casos decididos”. Posteriormente, após essa breve reconstituição histórica, dedicaremos um capítulo específico à análise das características gerais do sistema jurídico aplicado na Inglaterra.

Retomando o rumo proposto, concluímos que os Tribunais Reais eram, enfim, jurisdições de exceção, com competência somente para casos especiais, para cada um dos quais existia um processo particular. A obrigação de submissão a normas processuais rígidas foi a principal razão que impediu uma recepção de conceitos do Direito Romano, na época em que aqueles Tribunais adquirem plenitude de jurisdição e necessitam solucionar litígios de direito privado.

2.2 A jurisdição de equidade

Consoante a narrativa até o momento realizada, apoiada na correta lição de René David, a *common law* foi elaborada na estrita dependência de processos formalistas. O decurso do tempo foi mostrando os perigos a que tal sistema estava exposto: o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de lei. O declínio e o desaparecimento das jurisdições anteriormente operantes tornavam necessário que se encontrasse um novo corretivo para as deficiências do sistema tradicional.

As circunstâncias que levaram ao fortalecimento dos Tribunais Reais repetem-se, desta feita em seu detrimento. Não podendo obter justiça pelos Tribunais Reais, pelo não conhecimento por parte deste, pela decisão injusta acaso tomada ou pela impossibilidade de concessão da solução necessária, os particulares voltaram a se dirigir ao Rei para pedir sua intervenção no caso, por intermédio do Chanceler. As decisões do monarca como revisão à dos Tribunais orientavam-se pela equidade do caso particular, fazendo a aplicação de doutrinas. A equidade surge, ainda segundo René David, como um conjunto de soluções que foram outorgadas pela jurisdição do Chanceler para completar e rever o sistema da *common law*.

⁵CRETELLA JR., José. *O desvio de poder na administração pública*, p. 160.

O período agora analisado, conforme deixamos asseverado nas noções históricas iniciais, foi marcado por constantes afastamentos do Rei em virtude de seu envolvimento na Guerra das Duas Rosas. Devido a essa ausência, o Chanceler passa a ser o aplicador constante da justiça de equidade, desfrutando de um prestígio cada vez mais alto, inclusive após o fim da dinastia absolutista dos Tudors. O cargo passa, então, a ser ocupado quase sempre por um jurista que segue processos inspirados no direito canônico, que contrasta com os arcaicos princípios da *common law*.

O Chanceler, na maioria das vezes um eclesiástico ou confessor do Rei, intervém em nome da lei moral, das exigências da consciência em que se acreditava na Idade Média, nunca pretendendo modificar o direito estatuído pelos Tribunais. A aplicação da equidade aceita os princípios da *common law*, mas intervém num certo número de casos de forma a aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de direito aplicado. A intervenção do Chanceler conservou, desde o início, um caráter discricionário: ele só intervém se julgar que a conduta do réu foi contrária à moral e à consciência e se o demandante nada tiver de suspeitas que o desabonem.

A jurisdição da equidade desenvolveu-se a ponto de ameaçar a existência da *common law*, apoiada pelos soberanos que vislumbravam em tal situação um possível fortalecimento do absolutismo. O processo aplicado pelo Chanceler era escrito, secreto e inquisitório, o que configurava uma ameaça constante aos direitos e liberdades individuais duramente conquistados. A efetividade das decisões emanadas da Chancelaria era garantida pela prisão do contraventor ou pelo seqüestro de seus bens, o que suscitava a revolta dos adeptos do sistema da lei comum. Os chamados *common lawyers* estatuíram que considerariam como legítima defesa a atitude de quem se opusesse às medidas executivas ordenadas pelo Chanceler, ainda que matasse o agente encarregado da execução.

O conflito entre as duas jurisdições acentuou-se. Ao terminar um confronto violento, foi estatuído um equilíbrio entre os Tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler, uma vez que aqueles se aliaram ao parlamento, argumentando contra a morosidade, a má organização e a violência da jurisdição de equidade. No acordo posterior, ficou estatuído que a jurisdição de equidade preceituaria de acordo com seus precedentes.

Após o desenrolar dos fatos narrados, o direito inglês passou a ter uma estrutura dualista — Tribunais Reais e Jurisdição de Equidade. As soluções de equidade tornaram-se tão jurídicas como as da *common law*.

Além da diferente origem histórica, conforme se depreende da narrativa até o momento apresentada, as jurisdições então existentes na Inglaterra apresentavam

outras peculiaridades que as distinguiam. Nesse sentido, destacamos a presença da instituição do júri nos tribunais da *common law*, o que não ocorria na jurisdição do Chanceler. Esta, a seu turno, oferecia soluções baseadas na execução *in natura* das prestações, enquanto que os Tribunais Reais resolviam os litígios por meio de perdas e danos. Por fim, deve ainda ser considerado o alto grau de discricionariedade que se fazia presente nas soluções de equidade.

O século XIX é marcado pelo desenvolvimento da legislação, sendo procurada inclusive uma solução para a unificação das jurisdições até então existentes. Nesse sentido, os *Judicature Acts* (1873-1875) suprimem a distinção formal entre os Tribunais Reais e a Jurisdição de Equidade, todos passam a ter competência para a aplicação de ambas as regras.

Até 1875, *equity* e *common law* se opuseram. A antiga dualidade é hoje evitada, os princípios da *common law* e as regras de equidade podem ser invocados e postos a funcionar perante uma jurisdição única e por meio de uma única ação. Antes dessa solução, os dois sistemas não comportavam qualquer contradição, mas a solução poderia ser diferente conforme o tribunal buscado. Posteriormente e até os dias atuais,

já não se pergunta qual é a sanção procurada, mas o ramo de direito no qual ela se encontra, para decidir se está no domínio da *common law* ou no da *equity*. A *common law* abrange, assim, ao lado do direito criminal, todo o direito dos contratos e o da responsabilidade civil (*torts*); (...) em compensação, o direito da *real property*, o dos *trusts*, o das sociedades comerciais, o das falências, as questões de interpretação dos testamentos e da liquidação das heranças (...) pertencem historicamente à *equity*⁶.

3 Características gerais do direito inglês

Após a investigação histórica focada na origem do sistema jurídico inglês, passaremos a tecer considerações a respeito da conformação atual desse sistema, para que possamos, enfim, adentrar os domínios do Direito Administrativo.

Inicialmente, algumas linhas devem ser traçadas a respeito da diferença entre os direitos românicos e a *common law*, sem perder de vista as noções históricas anteriores, para que se possa buscar uma melhor compreensão do estudo ora realizado.

A primeira diferença que salta aos olhos e que constitui o ponto nodal da questão refere-se às fontes do direito. Com efeito, a fonte primordial do Direito

⁶Ibid., p. 314.

Romano e dos sistemas que o seguiram é a lei, enquanto que no direito inglês as fontes, elencadas de acordo com sua relevância, são: jurisprudência, lei, costume, doutrina e razão.

Relembrando o esboço histórico anterior, percebemos que a importância da jurisprudência decorre das circunstâncias em que se criou a *common law*. O professor Phanor J. Eder destaca ainda o que chama de “fator psicológico” determinante para a identificação e consolidação das fontes do direito na Inglaterra:

Los ingleses, además de tener un verdadero amor a la tradición, prefieren guiarse por la experiencia del pasado, más bien que por el razonamiento abstracto. Son prácticos, no teóricos (...) No es atraído por lógica pura ni por las amplias generalizaciones. Da poca importancia a la simetría de las instituciones. No le agrada ser constreñido por definiciones. Tiene el mismo temor a la “dogma-cracia”, que a cualquier otra clase de tiranía⁷.

O direito inglês é, reforçamos, fundamentalmente jurisprudencial, e suas regras são primordialmente as que se encontram nas decisões dos Tribunais Superiores. Nesse diapasão, o juiz inglês extrai o direito a ser aplicado em um caso concreto das decisões anteriormente exaradas em casos semelhantes, denominadas precedentes (*precedents*)⁸, em virtude do conhecido princípio *stare decisis*⁹. As decisões judiciais ocupam, no sistema em exame, o lugar ocupado pela legislação nos tradicionais sistemas da família romano-germânica.

No tocante à importância da jurisprudência, impende destacar que sua aplicação no âmbito da jurisdição de equidade, em virtude das próprias características desse sistema, somente se operou após o reconhecimento da *equity* como um sistema de aperfeiçoamento da *common law*, por meio dos *Judicature Acts*.

A chamada “técnica das distinções” é outra particularidade do direito inglês que deve ser relevada no momento. Tal técnica consiste em segregar, nas decisões dos juízes que posteriormente constituirão precedentes, o que constitui o real suporte do julgamento (*ratio decidendi*) das considerações emitidas pelo magistrado que não influenciam diretamente na solução do litígio (*obiter dictum*), pois tais considerações não possuem o caráter de precedente, a não ser em casos especiais.

Tradicionalmente, a lei sempre ocupou um papel de coadjuvante no direito britânico. Nesse sentido, as matérias disciplinadas pela atividade legislativa ainda

⁷ EDER, Phanor J.. *Principios Característicos del “Common Law” y del Derecho Latinoamericano*, p. 12.

⁸ Geraldo Ataliba. *O direito administrativo no sistema do common law*, compara o juiz inglês a um sacerdote da religião católica romana, em virtude de sua atividade criadora do direito.

⁹ *Stare decisis* – policy of courts to stand by precedent and not to disturb settled point. Doctrine that, when court had once laid down a principle of law as applicable to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where facts are substantially the same (Black’s Law Dictionary).

constituem exceção. Apesar do intenso movimento legislativo verificado desde o século XIX, a lei ainda necessita ser aplicada e interpretada pelos tribunais para, sob a forma de precedente, adquirir a importância que tem nos países do sistema romano-germânico. A legislação é também utilizada como forma de unificar ou clarificar alguma obscuridade que exista na jurisprudência.

No tocante ao exame dos costumes como fonte de onde emana o direito, deve ser destacado o fato de que o direito inglês não é consuetudinário. Conforme ficou assentado, a *common law* retirou algumas de suas regras dos costumes então vigentes, mas fundou-se exclusivamente sob a jurisprudência dos Tribunais Reais. Atualmente, ainda vigora uma regra que estatui que o costume, para ser obrigatório, deve ser o que existia anteriormente ao ano de 1189, não se aplicando tal regra aos costumes comerciais.

Quanto à doutrina e a razão, por vezes denota-se que têm a importância subestimada. Ambas possuem um papel supletivo, de preenchimento das lacunas deixadas pelo sistema dos precedentes. Os grandes doutrinadores ingleses, em virtude da compleição do sistema, são juizes com larga experiência. A aplicação da razão como fonte do direito necessita de pesquisas, inclusive na doutrina.

Percebe-se, ante o exposto, que o sistema inglês não comporta regras essenciais e abstratas que possam ser aplicadas aos mais variados casos. Para resolver-se um litígio, parte-se das regras estabelecidas em decisões anteriores para que possa ser encontrada a solução para o caso examinado, que pode inclusive ser diferente do das anteriores. Ao contrário, em sistemas como o nosso, a interpretação e o enquadramento da questão nos princípios e regras jurídicas são o ponto inicial para a resolução de alguma pendência judicial¹⁰. Diz-se, por tais razões, que os sistemas da família da *common law* são “abertos”, enquanto os inspirados no direito romano são “fechados”.

A imensa maioria dos litígios na Inglaterra é resolvida pelos Tribunais inferiores, por comissões e árbitros privados. O controle exercido pelos Tribunais superiores sobre estes pode incidir sobre a maneira como interpretam e aplicam o direito, mas na maior parte das vezes incide sobre o modo como foi conduzido o processo.

Com sua clareza habitual, René David expõe de forma sintética a questão:

O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador. Subsistem nele, sem sombra de dúvida, numerosas

¹⁰A respeito da compreensão do direito por princípios, bastante em voga atualmente, confirmam-se os estudos de ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública* e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*.

contradições e anomalias devidas à história ou que se explicam por considerações de ordem prática. (...) O direito inglês, pelo contrário, foi ordenado sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram impostos pelo processo; só numa época recente — nos últimos cem anos — tendo sido abolido o antigo sistema de processo, a ciência do direito pôde esforçar-se no sentido de racionalizar estes quadros¹¹.

Nesse sentido, o direito inglês desenvolveu-se às sombras do desenvolvimento do processo. Em virtude das razões históricas apontadas, os operadores do direito na Inglaterra não possuem necessariamente formação universitária, calcada no estudo de princípios e normas, mas egressam da atividade prática, da observação das decisões emitidas segundo o sistema de *common law*.

Impende destacar, por derradeiro, que a inexistência de distinção entre direito público e privado é um dos principais corolários do direito inglês. Conforme narramos anteriormente, a *common law* surgiu da atividade dos Tribunais Reais, e todos os litígios que eram reconhecidos como de sua competência tinham caráter publicístico. No sistema anglo-americano, não existem regras específicas para reger as relações jurídicas do Estado ou de seus agentes, já que os ingleses enxergam tal situação como uma absurda consagração de privilégios, como destacaremos adiante.

3.1 O sistema constitucional britânico

A Constituição de um país é o seu estatuto jurídico fundamental, lei maior e suprema que organiza o Estado, a forma de aquisição e disposição do poder, estabelece as competências legislativas e assegura as liberdades básicas aos cidadãos. Segundo a clássica lição de Canotilho, a Constituição ideal deve conter como elementos caracterizadores os seguintes:

- a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento);
- b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; c) a constituição deve ser escrita (documento escrito)¹².

Na Inglaterra, costuma-se dizer que não existe uma Constituição escrita. Essa assertiva, porém, deve ser recebida com ressalvas. O que é chamado pelos ingleses

¹¹ Ibid., p. 306.

¹² apud Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*, p. 34.

de Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e que concorrem para limitar o arbítrio das autoridades, ou seja, são regras materialmente constitucionais que não se encontram codificadas em um único documento.

Trazemos à colação a precisa lição de René David:

Na falta de um critério formal, os ingleses só descobrem o conteúdo de sua Constituição pela comparação, considerando as matérias que, nos outros países, são regidas pela Constituição. Esta observação não é uma simples frase de efeito: na verdade, foi Montesquieu que ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição¹³.

Em suma, não existe na Inglaterra Constituição em sentido formal, assim entendida como documento solenemente elaborado por um poder constituinte originário¹⁴. A Constituição se forma, então, com a junção de quatro diferentes fontes: legislação, *common law*, convenções e direito e os costumes do Parlamento. Compete à doutrina determinar quais são as normas que merecem a qualificação de constitucionais. A Carta Maior inglesa é formada, segundo a doutrina, por três documentos básicos: a Magna Carta (1215), o *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689).

Em virtude das características acima destacadas, a Carta Maior inglesa pode ser caracterizada como flexível, uma vez que as regras que a compõem podem ser alteradas pelo procedimento legislativo ordinário — todas as leis são elaboradas pelo mesmo poder e sob os mesmos procedimentos, razão pela qual não se fala em hierarquia de leis no direito inglês. Em tal panorama, não existe distinção formal entre leis constitucionais e inconstitucionais, nem tampouco um órgão encarregado de controlar a constitucionalidade das leis.

As razões históricas anteriormente expendidas levaram ao fortalecimento do poder do parlamento, que pode ser considerado como absoluto. Esta supremacia do legislativo é a característica dominante do sistema constitucional inglês. Diante disso, o poder legislativo originário se confunde com o poder constituinte, o que à primeira vista transmite-nos uma sensação de falta de segurança jurídica aos cidadãos.

O professor inglês H. W. R. Wade¹⁵ identifica como princípios constitucionais típicos do sistema em estudo o império da lei e a soberania do parlamento.

¹³ Ibid., p. 73.

¹⁴ Segundo René David, o fato de os ingleses não terem Constituição escrita “não é um acaso, eles não querem ter, eles consideram as constituições escritas uma coisa ruim, na medida em que tendem a introduzir o rigor do direito numa matéria em que tudo deve ser resolvido por métodos flexíveis”.

¹⁵ WADE, H. W. R. *Derecho administrativo*, p. 56.

Pelo primeiro princípio, entende-se que o governo está submetido à lei antes que a lei esteja submetida ao governo, visando evitar a discricionariedade em excesso. Ao seu turno, o princípio da soberania do parlamento dispõe que toda lei parlamentar pode ser derogada por outra posterior — o *Bill of Rights*, por exemplo, é tão fácil de derogar quanto a lei de proteção aos pássaros. Essa particularidade em muito afeta a posição dos juízes, que não são guardiões da Constituição e devem, em última instância, obedecer à vontade do parlamento. Em consequência, assevera Wade, é impossível deduzir princípios do direito administrativo de alguma norma, somente se pode fazer isso por meio da dedução da interpretação das normas pelos tribunais em conjunto com suas decisões.

O direito constitucional inglês estuda, enfim, os meios pelos quais é possível impor aos governantes e à administração, por vias judiciárias, o respeito ao direito. Ele compreende, conseqüentemente, o estudo da maneira como são protegidas as liberdades públicas, bem como o da maneira como é realizado o controle da legalidade dos atos administrativos. A descrição e o funcionamento das instituições políticas e a estruturação da administração pública são assuntos tratados pela ciência da administração, e não pelo direito constitucional ou administrativo, conforme teremos a oportunidade de examinar.

3.2 Organização judiciária básica

Antes de adentrar definitivamente nos domínios do direito administrativo, é mister dedicar algumas notas à organização judiciária inglesa. Nestes termos, a questão inicial refere-se ao reconhecimento da distinção entre dois tipos de jurisdições: Cortes Superiores e Inferiores. Estas últimas sempre foram encarregadas de resolver os litígios, sendo essa sua única função. Ao seu turno, as Cortes Superiores encarnam o verdadeiro espírito do respeitado Poder Judiciário inglês, e suas decisões constituem os precedentes que orientarão as futuras decisões. Os juízes destas últimas cortes, em número reduzido, desfrutam de elevadíssimo prestígio e são recrutados dentre advogados de renome. Após a edição dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, as cortes superiores foram reunidas em uma só, denominada *Supreme Court of Judicature*.

A *Supreme Court of Judicature* ocupa o topo do sistema judiciário na Inglaterra, embora tenha sido mantido sobre esta o controle da Câmara dos Lordes. A Corte Suprema possui competência ilimitada, tanto em razão do local quanto em razão da matéria ou pessoa, proferindo tanto em primeira quanto em segunda instância acórdãos em matéria cível, penal e administrativa. Sinteticamente, podemos asseverar que esta Corte comporta divisão inicial referente às matérias

cíveis e penais; em primeira instância, a *High Court of Justice* possui jurisdição na esfera cível, possuindo inclusive juízes especializados em litígios envolvendo a administração, enquanto que a *Crown Court* aplica o direito na esfera penal. A segunda instância da Corte Suprema, independentemente da matéria versada, é representada pela *Court of Appeal*.

É imperioso ressaltar que em virtude dos antecedentes históricos anteriormente examinados, na maioria dos casos, a Suprema Corte se recusa a exercer os poderes que lhe são atribuídos, remetendo as partes a uma instância inferior. Porém, a competência revisora da Corte é mantida, materializando-se no controle sobre a forma como a justiça é ministrada na Corte Inferior. Por fim, adiantamos que as cortes controlam a legalidade dos atos da administração, intervindo por ordens de *mandamus* ou *prohibition*, para ordenar que a administração cumpra um ato que lhe é imposto pelo direito ou para vedar-lhe um comportamento ilegal.

4 O Direito Administrativo. Origem histórica. A questão na Inglaterra

Antes de adentrarmos na questão central proposta, qual seja o exame do ato administrativo e seu controle no direito inglês, faz-se mister tecer algumas considerações de índole histórica, que interligam a origem daquele ato à própria origem do Direito Administrativo e que nos permitirão entender a conformação peculiar do sistema na Inglaterra.

A Revolução Francesa de 1789 culminou no surgimento de um poder administrativo forte, centralizado, que necessitava ser limitado para que não se repetissem os abusos praticados durante o Antigo Regime. O Direito Administrativo vai surgir, assim, como um subproduto da Revolução, intentando submeter a Administração a uma disciplina mais rigorosa, consoante à acertada lição do professor espanhol García de Enterría.

Os ideais iluministas que forneceram as bases para a fundamentação teórica do movimento, concebidos principalmente por Locke e Montesquieu, com algumas diferenças quanto à forma da organização, consagravam a existência de três poderes dentre os quais se distribuiriam determinadas funções. Essas idéias não comportavam, como cediço, a existência de um regime jurídico administrativo exorbitante, como seria posteriormente concebido. Torna-se necessário discorrer, ainda que brevemente, a respeito das circunstâncias que levaram a essa situação.

Após a tomada do poder, os revolucionários franceses buscaram, no momento de estruturar o novo regime, uma interpretação diferenciada das idéias originais de Locke e Montesquieu. O principal motivo para tal situação era o

receio que os revolucionários nutriam de haver uma regressão à época dos antigos parlamentos judiciais. Tais parlamentos eram compostos basicamente por nobres, que exerciam seus deveres e faculdades como forma de condicionar o monarca e manter os privilégios da classe que representavam. A tese de Montesquieu, segundo os revolucionários, beneficiava a posição desses parlamentos porque não os submetia ao Rei, em virtude da independência do Judiciário, os fortalecia com atribuições de “contrapeso” ao poderio do Executivo e consagrava o princípio da supremacia das leis editadas. As crises entre o Parlamento, que abraçava essas teses de Montesquieu, e os rebeldes culminaram na conhecida Revolução.

A concepção buscada pelos vitoriosos revolucionários visava uma separação de poderes que evitasse tanto o fortalecimento do Parlamento quanto o risco da concessão de poderes demasiados aos juizes, em virtude da experiência anterior com o Parlamento com poderes judiciais, a ponto de os magistrados poderem interferir nos rumos do governo que a duras custas fora conquistado. Os novos detentores do poder tinham medo do judiciário, conforme denota Siéyès em sua lição:

los abusos del poder judicias son tan frecuentes y tan temibles en todas partes donde los pueblos no son juzgados por sus iguales (...) el insensato proyecto de consagrar al final des siglo XVIII los abominables restos del feudalismo (...) se han deslizado una nueva e intolerable aristocracia¹⁶.

A intenção dos revolucionários de constituir um poder central imune ao controle do Judiciário é claramente perceptível pelo exame de trechos do texto oriundo da Assembléia que posteriormente daria azo à lei de separação dos poderes, conforme trazemos à colação:

Deve ser reconhecida a importância do Parlamento na luta contra o absolutismo, porém o simples reconhecimento não é capaz de regenerar um império. Nossa magistratura foi constituída para resistir ao despotismo. Como este despotismo não existirá a partir de agora, essa forma de magistratura não será mais necessária¹⁷.

Em suma, diante desse contexto a idéia inicial de divisão de poderes de Montesquieu transformou-se em separação de poderes. Tal situação possibilitou o surgimento de um poder administrativo autônomo, forte e centralizado, imune à ingerência do poder judiciário. Esse poder administrativo seria o responsável pela efetivação da grande transformação social aspirada pelos revolucionários. A estrutura da administração pública francesa foi sendo concebida com estas características, sendo a consolidação administrativa efetuada por Napoleão Bonaparte uma

¹⁶ apud ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*, p. 46.

¹⁷ Tradução livre do trecho constante da obra de Toqueville, citado por Garcia de Enterria, p. 48.

grande obra que perdura em alguns aspectos até dias atuais. Bonaparte foi o responsável pela instituição do Conselho de Estado, a pedra angular do sistema de separação dos poderes.

Após tais considerações, impende destacar que as circunstâncias históricas que marcaram o nascimento do *droit administratif* francês se desenrolaram de maneira oposta na Inglaterra. Com efeito, conforme deixamos assentado nas noções históricas iniciais, a resistência ao forte absolutismo reinante na Inglaterra findou-se com a vitória dos cidadãos e nobres, que por meio do Parlamento conseguem se impor à Coroa em diversos conflitos que culminam com a Revolução Gloriosa. Conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

em conseqüência, enquanto aos franceses, após a revolução, repugnava a idéia de submeter a Administração ao Judiciário, na Inglaterra os revolucionários do século XVII receavam os excessos do Poder Executivo, razão pela qual registrou-se a tendência oposta de atribuir ao Judiciário e ao Legislativo maiores poderes de controle¹⁸.

Diante desse contexto, a questão da existência do Direito Administrativo na Inglaterra sempre foi controvertida. A tradicional doutrina inglesa, que teve Dicey como expoente maior, entendia que o direito administrativo, nos moldes da concepção francesa, significava uma mera concessão de privilégios e prerrogativas à Administração em detrimento do particular. Segundo a conhecida lição do Professor de Oxford,

as palavras *administrative law*, que são a tradução mais literal, são desconhecidas para os juízes e advogados ingleses, e são em si mesmas dificilmente inteligíveis sem uma explicação posterior. Esta ausência em nossa terminologia de uma expressão equivalente a direito administrativo é significativa: a falta de um nome se deve essencialmente a nosso não reconhecimento da matéria. Na Inglaterra e em países que, como os Estados Unidos, derivaram sua civilização de fontes inglesas, o sistema de direito administrativo e os princípios em que se funda são na verdade desconhecidos¹⁹.

O conhecido doutrinador inglês aduzia que todo o esquema do direito administrativo se opunha ao costume de igualdade frente à lei, que é uma característica essencial do direito inglês. Segundo ele, o sistema inglês era marcado

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 34.

¹⁹ apud BLEDEL, Rodolfo. *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, p. 81.

pela igualdade de todos perante a lei, não havendo espaço para privilégios da Administração. Dizia que na Inglaterra os funcionários e os simples cidadãos submetem-se ao mesmo direito comum e respondem perante tribunais ordinários. Entendia, enfim, que o direito administrativo era marcado pela tendência de excluir a jurisdição dos tribunais ordinários e entregá-la a tribunais vinculados ao Executivo.

Analisando a questão do direito administrativo no contexto da *common law*, Phanor J. Eder relata:

Lo que llamamos derecho administrativo es una olla podrida de cualesquiera ingredientes que agraden al autor cocinero, pero en general nuestros tratados titulados Derecho Administrativo son simples resúmenes o discusiones de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios respecto al ejercicio de facultades concedidas a la administración pública. Es su aspecto legal nuestra administración es un caos. Desde la primera guerra mundial, el número de organismo con funciones judiciales o cuasi-judiciales há aumentado en forma prodigiosa²⁰.

A clássica lição de Albert Venn Dicey há muito tempo vem sendo contestada. Inicialmente, é forçoso registrar que o mestre de Oxford ignorou os múltiplos privilégios, faculdades e imunidades de que desfruta a Coroa e que a colocam em um plano desigual em relação aos particulares, não obstante a velha fórmula de submissão a leis comuns. Nesse sentido, nem sempre o funcionário público inglês e o cidadão são regidos pelas mesmas regras jurídicas, no que concerne à prática de infrações. Além do Chefe de Estado, personificado pela Coroa, e dos Ministros, diversos funcionários não respondem em juízo pela prática de atos oficiais, como juizes, oficiais de polícia, funcionários das alfândegas e outros. Não obstante, as ações intentadas contra servidores do Estado fundadas em atos praticados no exercício do cargo devem ser iniciadas no exíguo prazo de seis meses da data do ato²¹.

Não obstante as constatações acima, a partir do final do século XIX foram criados órgãos administrativos investidos com faculdades legislativas e jurisdicionais. Face à complexidade dos modernos problemas do Estado, o legislativo limitou-se cada vez mais a estabelecer somente as linhas básicas da legislação, fundadas em princípios de política geral, e delegou a distintos órgãos administrativos a faculdade de editar disposições complementares. Tal atitude se baseou na especialização que cada um dos órgãos possuía em questões atinentes aos serviços públicos de sua competência.

²⁰ Ibid., p. 38.

²¹ cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 35.

Em conseqüência, há uma dificuldade na Inglaterra de separar as funções de administrar e legislar, tendo em vista que alguns órgãos e autoridades possuem o poder de legislar sobre matérias específicas. O Parlamento concede ainda a alguns órgãos competência para decidir as controvérsias que surjam decorrentes de suas atividades e que se achem regidas pelas disposições legais e normas subordinadas relativas a serviços distintos. Em algumas matérias, a lei estabeleceu que a decisão final na esfera administrativa possui autoridade de coisa julgada, criando assim uma verdadeira jurisdição administrativa.

A respeito dessa situação, Smith e Brazier asseveraram que

a tese de Dicey sobre a unidade de normas aplicadas a autoridades e particulares é impossível: uma vez que o governo atribui amplos poderes discricionários a autoridades públicas e cria 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 questionados; gostando disso ou não, as cortes do *common law* foram forçadas a desenvolver um sistema de princípios de *administrative law*²².

Em resumo, hoje é inconcebível não reconhecer a existência do direito administrativo na Inglaterra, ainda que com peculiaridades e com uma abrangência menor do que o direito francês. Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

se o direito administrativo surgiu no sistema anglo-americano, não foi em conseqüência dos princípios revolucionários, mas para atender aos reclamos da sociedade moderna, em favor da atuação crescente do Estado no campo social e econômico, a exigir o crescimento da máquina administrativa e, paralelamente, a elaboração de normas próprias para sua atuação²³.

4.1 Panorama da estrutura administrativa inglesa

Algumas noções sobre a estrutura administrativa inglesa devem ficar assentadas para que a questão do ato administrativo possa ser devidamente compreendida. A Administração da Inglaterra é centralizada na Coroa, que constitui o Poder Executivo. O poder local se distribui em condados, burgos e paróquias, que são verdadeiras associações de direito privado. Afirma René David que até hoje

nem a palavra Estado nem a palavra Administração pertencem ao vocabulário do direito inglês. Fiel em seu princípio a uma concepção feudal da sociedade, o direito inglês não conhece o

²² apud MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 38.

²³ *Ibid.*, p. 35.

Estado: conhece somente a Coroa (*The Crown*). Mal diferenciada do soberano, de quem o termo coroa visa exprimir perenidade, a coroa constitui o Poder Executivo da Inglaterra, do mesmo modo que as Cortes superiores de justiça representam o judiciário²⁴.

Até meados do século XIX, a figura básica da administração era o *justice of peace*, conforme asseveramos brevemente ao analisar a organização judiciária da Inglaterra. Deve ser destacado que tais juízes da paz possuíam funções jurisdicionais e administrativas, cabendo recurso de seus atos à jurisdição comum.

A falta de centralização sempre constituiu uma das bases da estrutura administrativa. Os governos locais dos condados, burgos e paróquias, que à primeira vista evocam nossas subdivisões territoriais de Estados e Municípios, possuem autonomia em relação à Coroa, exercendo as funções públicas típicas. Tais entidades são concebidas na Inglaterra como simplesmente conjuntos de pessoas que se agrupam em torno de associações (associações dos habitantes do condado, da cidade ou da paróquia), às quais uma certa esfera de atividades é reconhecida segundo o costume ou de acordo com a carta a eles outorgada pela Coroa. Não há, nesses entes, nenhum representante do poder central. Em virtude dessa situação, não se podem distinguir os princípios de um direito administrativo geral que diferenciariam seu regime do das outras associações.

Por fim, registramos que somente se considera constituindo a administração propriamente dita, na Inglaterra, a administração central representada pela Coroa; os empregados das coletividades locais ou das corporações, não sendo servidores daquela, não são considerados como funcionários públicos.

5 O ato administrativo. Origem. Noção na Inglaterra

O estudo do ato administrativo, que predominou no direito administrativo por grande espaço de tempo, remonta às origens do Estado de Direito. Com efeito, conforme a lição de Odete Medauar²⁵, o advento desse Estado subordinou totalmente a Administração à lei, inserindo entre a vontade da autoridade e o efeito sobre os direitos do indivíduo um conjunto de preceitos destinados justamente a disciplinar essa atuação e a prefixar esses efeitos. O notável administrativista alemão Otto Mayer explica a origem do ato administrativo através da análise do *Rechtsstaat*, o Estado de Direito alemão, estabelecendo um paralelo com a sentença judicial.

A Revolução Francesa de 1789, à qual dedicamos breves comentários linhas atrás, pode ser considerada o marco inicial do ato administrativo, sendo que

²⁴ DAVID, René. *O direito inglês*, p. 82.

²⁵ Ibid.

a locução hoje tão amplamente difundida foi utilizada pela primeira vez em 1812, na quarta edição do Repertório de Guyot. Conforme ficou explicitado, a nova estrutura do poder determinada pela revolução, com a submissão da Administração à lei e a tripartição dos poderes estatais, praticamente trouxe consigo a noção de ato administrativo.

A nova concepção de administração fortalecida, trazida a lume após a Revolução, traçou suas formas de atuação com base na importação de institutos da justiça, adotando idéias que lá surgiram. A origem do ato administrativo ligada à transposição das formas judiciais tem sua razão de ser, uma vez que o chamado *actum principis* emanado do soberano no Estado de Polícia continha caráter altamente autoritário em razão de possuir normatividade primária, enquanto que os atos correspondentes à *jurisdictio* configuravam aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Segundo a lição de Otto Mayer,

la estructura orgánica dentro de la cual se nos manifiesta la justicia, descansa sobre un sistema completo de vínculos jurídicos; a saber: la ley, por encima de todo; la sentencia, subordinada a la ley; la actividad de los agentes de ejecución, subordinada a la sentencia. Aplicar este mismo sistema a la administración, tal es la idea fundamental del nuevo derecho administrativo francés²⁶.

A idéia principal do *Rechtsstaat*, qual seja a submissão do Estado ao direito, foi completada pela noção de ato administrativo por meio da adaptação à administração das formas judiciais. Essa adaptação se deu através do aproveitamento da essência daquelas formas judiciais, uma vez que não poderiam ser simplesmente transpostas para o campo público, o que foi feito através da organização da constituição e da concepção da idéia de ato administrativo²⁷. A separação dos poderes foi, então, responsável pela separação das formas de manifestação do Estado, que até então se resumia ao *actum principis*. O ato administrativo, o ato legislativo e o ato jurisdicional passaram a ser identificáveis de forma isolada.

O ato administrativo passa, então, a representar para a administração o mesmo que a sentença para o Judiciário. A diferença verifica-se em virtude da posição de parte que a Administração assume na edição do ato, na falta de definitividade deste perante o direito e da conseqüente possibilidade de submissão posterior à apreciação judicial. Apesar dessas divergências, o ato e a sentença possuem a força, efeitos e posição dominante semelhantes, ambos sendo manifestações do Estado no exercício de diferentes funções. O ato administrativo configura agora uma relação jurídica, que a autoridade da Administração está obrigada a respeitar e executar,

²⁶ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, p. 76.

²⁷ *Ibid.*, p. 78.

independentemente se é em seu benefício ou em benefício do cidadão-administrado, não se tratando somente de fazer saber a este o que lhe exige a autoridade.

Na França, em decorrência dos fatos históricos anteriormente referidos, a expressão “ato administrativo” foi empregada para determinar matéria objeto da competência do contencioso administrativo ante a proibição de sua apreciação pelos Tribunais Judiciários. Em conseqüência, surgiu a distinção entre países de regime administrativo, como a França, e países sem regime administrativo, como a Inglaterra, cujas questões contenciosas eram de competência dos Tribunais comuns.

Pesquisando o tratamento dispensado pela doutrina pátria ao tema ora em análise, que não difere em suas bases das considerações dos doutrinadores alienígenas, vislumbramos alguns elementos do conceito de ato administrativo que merecem ser destacados para a caracterização do instituto na Inglaterra. Nesse sentido, utilizamo-nos da conhecida lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que define o ato administrativo como declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de **prerrogativas públicas**, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (destacamos)²⁸.

O posicionamento doutrinário dominante permite-nos inferir que o conceito tradicional de ato administrativo só existe nos países onde se reconhece a existência do chamado “regime jurídico administrativo” a que se sujeita a Administração Pública, diverso do regime de direito privado que rege as relações de particulares. Nesse diapasão, com apoio na lição de Décio Carlos Ulla, a professora Maria Sylvia Di Pietro identifica como pressuposto à existência e o conceito de ato administrativo um “conjunto autônomo de normas jurídicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico e que sejam próprias e exclusivas da Administração Pública, constituindo um regime jurídico administrativo distinto do direito comum”²⁹.

O regime jurídico administrativo, ao seu turno, pode ser definido de forma simplista como o conjunto de prerrogativas e sujeições aos quais a Administração está submetida, em virtude dos interesses que lhe incumbe tutelar, caracterizando-se por peculiaridades exorbitantes que não se aplicam ao direito que rege as relações entre particulares. Essas peculiaridades são comumente chamadas de “atributos”,

²⁸ No mesmo sentido, embora com variações terminológicas que não afetam a substância do conceito, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar e Hely Lopes Meirelles. Em sentido oposto, Agustín Gordillo entende que a expressão “ato administrativo” abriga os atos emitidos pela Administração sob regime jurídico de direito privado.

²⁹ *Ibid.*, p. 177.

apesar de inexistir consenso na doutrina nacional a respeito do assunto. Podemos identificar como atributos do ato administrativo, eximindo-nos do debate doutrinário a respeito do tema, a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Diante do exposto, conclui a professora Maria Sylvia Di Pietro:

Nos países filiados ao sistema da *common law* (como Estados Unidos e Inglaterra), embora já se comece a elaborar o direito administrativo, nega-se a existência de um regime jurídico a que se sujeite a Administração, diverso do regime a que se submetem os particulares (...) **nos sistemas da *common law*, a noção de ato administrativo, tal como a conhecemos, não é aceita**³⁰.
(destacamos)

O professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³¹, ao seu turno, observa que na Inglaterra não existem geralmente como atributos dos atos emanados da Administração a imperatividade e a auto-executoriedade. A fim de assegurarem o cumprimento do ato a que o particular se oponha, necessitam pedir ordem judicial ou promover a ação judicial competente para puni-los criminalmente pela desobediência. Os órgãos não podem, via de regra, fazer prevalecer suas vontades, a não ser que exista expressa autorização legal, o que não seria exigido no sistema brasileiro, de origem romanística.

Conforme foi exposto anteriormente, em virtude de o sistema da *common law* basear-se fundamentalmente na doutrina do precedente judicial, o tratamento dispensado pela doutrina local às manifestações de vontade da administração é bastante casuístico, não podendo ser identificada uma fórmula geral. Porém, determinados atos da administração inglesa, porque revestidos de prerrogativas que não são acometidas aos particulares, ainda que Dicey se negasse a reconhecê-las, poderiam enquadrar-se na noção de ato administrativo que foi referida.

Inicialmente, voltamos a destacar que a Coroa Inglesa possui privilégios em relação aos particulares, ainda que tal fato vá de encontro aos princípios da "lei comum". Regras especiais sobre prescrição, responsabilidades, apresentação de provas em juízo e imunidades a determinados diplomas legais são algumas das prerrogativas da Administração identificáveis na obra do britânico H. W. R. Wade.

No tocante aos atributos, aderimos particularmente à lição de doutrinadores do escol de Celso Bandeira de Mello, Maria Sylvia Di Pietro e Agustín Gordillo,

³⁰ Ibid., p. 177.

³¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios de direito administrativo*, passim.

que esposam o entendimento de que a auto-executoriedade depende de expressa previsão legal ou da caracterização de uma situação de emergência que coloque em risco interesse público relevante. Não pode ser admissível em um Estado de Direito capitaneado pelo princípio da legalidade que a Administração possa executar seus atos constrictivos a seu bel-prazer, sem autorização legislativa para tanto ou sem que se esteja diante de uma situação excepcional. Conforme escrevemos anteriormente, na Inglaterra também a concessão de tal característica ao ato de vontade da administração depende de previsão legal. A diferença verificada refere-se à necessidade, no sistema inglês, de autorização judiciária para a realização de qualquer providência executiva por parte da Administração.

Em conclusão, em virtude da diversidade de regras imposta pelo sistema da *common law*, não se pode abrigar sob uma mesma alcunha diversos tipos de atos de manifestação de vontade que possuem particularidades. É necessário deixar claro, contudo, que determinados atos praticados pela administração pública da Inglaterra, que passaremos a chamar de “atos da administração” para evitar o compromisso teórico, possuem similitudes com o consagrado conceito francês de “ato administrativo”, mormente em razão de prerrogativas que são concedidas casualmente à Administração e que podem tipificar um regime jurídico diferenciado do direito privado, ainda que persista a unidade de jurisdição quanto ao controle daqueles atos.

5.1 Atos da administração inglesa – notas peculiares

Após o longo caminho percorrido com o intuito de estudar a questão dos atos da administração na Inglaterra, devemos fazer um apêndice para o destaque de algumas questões referentes às manifestações de vontade daquela administração. Primeiramente, deve-se registrar a crítica doutrinária ao excesso de discricionariedade conferida aos órgãos com funções chamadas “quase-judiciais”, que pode dar margem a arbitrariedades em virtude da ausência de um direito paralelo suficientemente elaborado. Nesse sentido, no prólogo à obra de H. W. R. Wade, o professor espanhol Manuel Pérez Olea deixa assentado que “es evidente que en los países anglosajones, tanto europeos como americanos, las facultades de la Administración son mayores y más indiscriminadas que en el más laxo y progubernamental de los sistemas de régimen administrativo”³².

Tal situação tem revitalizado algumas críticas de Dicey ao direito administrativo. Esta parte da doutrina entende que assistia razão ao professor

³²Ibid., p. 8.

inglês quando proclamava que a aparição de pessoas públicas sob normas de direito exorbitantes feria os postulados de igualdade e segurança jurídica. Manuel Pérez Olea chega a afirmar que a realidade administrativa dos países anglo-saxões é uma triste exibição de prerrogativas sem controles efetivos.

Outro ponto do direito administrativo inglês que merece destaque refere-se às audiências públicas. Trata-se de um mecanismo que o Parlamento costuma empregar para dar oportunidade de ser ouvido aos que discordam de algum ato que será emitido pela Administração, antes que se produza a decisão final sobre algum projeto importante. Pela regra geral, cada lei traz em um anexo suas regras de procedimento para essas oitivas. O objetivo dessas audiências, segundo H. W. R. Wade, é apaziguar o ânimo dos cidadãos e levar em conta suas objeções da maneira mais justa possível. Geralmente, um inspetor do Ministério é encarregado de promover tais audiências e depois relatar tudo ao superior que tomará a decisão. Costuma-se notar certa insatisfação na população em virtude da não participação direta no processo de decisão, que nem sempre leva em conta as observações anotadas nas audiências.

5.2 Controle dos atos da administração pelo judiciário

A primeira questão a ser observada no presente capítulo é que na Inglaterra, em matéria de controle da Administração, os tribunais de justiça comuns são os responsáveis pelo julgamento da legalidade dos atos praticados pela Administração. Como dissemos anteriormente, esta era a razão apontada por Dicey para concluir pela inexistência de um direito administrativo inglês.

A excessiva discricionariedade conferida pela lei constitui-se outro ponto primordial a ser levado em consideração. A jurisprudência dos Tribunais evoluiu no sentido de submeter os regulamentos editados pelos órgãos à lei, não mais admitindo a imunidade ao controle judicial, o mesmo ocorrendo no caso das decisões proferidas por órgãos com funções quase-judiciais, segundo o magistério de Wade.

A doutrina do *ultra vires*, aplicada pelos tribunais britânicos para o controle dos atos da administração, reza que o ato deve estar dentro dos limites determinados pela lei, caso contrário trata-se de um ato lesivo que deve ser corrigido. Observa-se que tal doutrina contém, intrinsecamente, a consagrada teoria francesa do desvio de poder. Segundo o preciso ensinamento de H. W. R. Wade,

ainda que a autoridade tenha poder para atuar de uma determinada forma, podem existir obrigações a respeito desse modo de atuar. Portanto, a doutrina *ultra vires* não se limita aos casos de claro excesso de poder, mas também compreende aqueles em que existe

abuso de poder ou em que se faz algo por motivos falsos ou procedimentos equivocados. No plano do direito, as conseqüências são exatamente as mesmas: uma motivação incorreta ou um erro procedimental dão lugar a um ato administrativo tão ilegal como o que se pratica com abuso de autoridade³³.

O controle da discricionariedade pelos Tribunais, via de regra, prendia-se ao exame da legalidade. Porém, deve ser registrado que modernamente o controle da razoabilidade dos atos da administração tem evoluído. Deve ficar assentado, inclusive, que o princípio da razoabilidade resultou de elaboração da jurisprudência dos Tribunais anglo-saxônicos. O marco inicial apontado pela doutrina para tal princípio encontra-se em um *obiter dictum* incluído na decisão do caso *Wednesbury Corporation*, de 1948, pelo Presidente do Tribunal de Apelação, Lord Greene, com os seguintes dizeres:

O Tribunal pode controlar a ação de uma autoridade local para examinar se esta tomou em consideração os elementos que deveria ter em conta ou, ao contrário, se recusou ou omitiu algum que deveria ter considerado. Desde o momento em que a resposta a esta questão é favorável à autoridade local pode, sem embargo, ser possível dizer que, ainda que tenha permanecido dentro dos limites de sua competência, a autoridade local chegou a uma conclusão irrazoável que nenhuma autoridade razoável teria adotado. E penso que um Tribunal pode intervir num caso tal³⁴.

A partir desse momento, os tribunais britânicos passaram a considerar a razoabilidade em suas decisões, examinando de forma minuciosa os motivos, a oportunidade e a conveniência dos atos da administração levados a juízo.

Todos os amplos poderes administrativos são concedidos pela lei, outorgada pelo Parlamento, que não conhece limites à sua atuação. Não existem, absolutamente, reservas ao Poder do Parlamento de delegação de poderes, somente as limitações impostas pelo próprio parlamento ou pelos tribunais, quando considerarem que o Parlamento havia pensado de determinada forma.

Porém, modernamente, os tribunais têm enfrentado o exame também da razoabilidade, caracterizando-se a sua inobservância como desvio de poder. Examinemos as principais possibilidades de controle por parte dos Tribunais: com base no que foi exposto, e analisando os precedentes trazidos à colação por H. W. R.

³³ *Ibid.*, p. 79.

³⁴ apud GERMANA, p. 80. O chamado caso *Wednesbury* teve origem a partir da proibição, por parte de uma autoridade local, da permanência de menores em sessões de cinema aos domingos, com base em uma antiga lei. A decisão foi mantida em primeira e segunda instâncias.

Wade, podemos, sinteticamente, identificar alguns vícios que atingem os atos da administração e ensejam sua correção pela via judicial:

a) Erro de Fato – o Tribunal anula o ato por não se enquadrar o caso concreto na hipótese prevista na norma legal.

b) Erro de forma – Frequentemente, a lei que concede um poder determina o procedimento a ser seguido. O poder deve, então, ser exercido de acordo com esse procedimento, para que o ato não seja anulado por ilegalidade. Existem, em contrapartida, procedimentos que são somente indicativos, sendo que sua inobservância não conduz necessariamente à anulação do ato; presume-se com isto que o Parlamento não quis que o cumprimento fosse uma condição legal de validade. O mesmo Parlamento pode outorgar maior amplitude em determinados casos, estatuidando que os atos somente serão anulados quando os interesses do afetado sejam prejudicados substancialmente.

c) Desvio de finalidade – o ato deve servir ao motivo determinado na lei, sob pena de ser anulado.

d) Falta de motivação e delegação de poderes sem expressa previsão legal – ensejam a declaração de ilegalidade do ato questionado.

e) Princípios da “justiça natural” – o ato também pode ser anulado se não observados na sua formação, resumindo-se tais princípios na imparcialidade e na máxima de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido.

Impende relevar que a doutrina inglesa acolhe a teoria dos atos anuláveis, assim entendidos os que contenham erros menos graves, com aparência de legalidade. Tais casos não acarretam necessariamente a nulidade, ao menos que o tribunal tome providências de ofício nesse sentido, sendo válido o ato até que isso ocorra.

Derradeiramente, destacamos que os atos políticos³⁵, assim entendidos aqueles imunes ao controle judicial, somente são assim considerados quando praticados em território estrangeiro.

6 Conclusão

A análise da fascinante história da Inglaterra é imprescindível para a correta compreensão de seu sistema jurídico. Nesse sentido, procuramos percorrer, ainda que de forma abreviada, os principais acontecimentos que no decorrer dos séculos passados influenciaram de forma decisiva na conformação atual do chamado “direito inglês”. Dedicamos especial atenção às principais características da *common law*, tendo em mente sua importância como paradigma para os

³⁵Vide, a respeito, o completo estudo de MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *RDA*, n. 191, p. 67-85.

demais sistemas que inspirou, em contraposição ao outro paradigma representado pelo sistema francês.

A entrada na seara do direito administrativo, com efeito, somente seria possível após a realização de tais abordagens. Pudemos perceber que as circunstâncias históricas anteriores, conjugadas com a interpretação autêntica da doutrina iluminista de John Locke, foram responsáveis pelo peculiar desenvolvimento da *administrative law*, de forma antagônica ao ocorrido com o tradicional *droit administratif* francês em decorrência da Revolução de 1789.

O estudo da origem do ato administrativo, ao seu turno, permitiu-nos concluir que o absolutismo deixou fortes marcas impregnadas nas manifestações de vontade da Administração tipicamente caracterizadas. Na Inglaterra, apesar de existirem opiniões em sentido contrário, identificamos que alguns atos da administração são editados sob regime jurídico diferenciado do privatístico, consagrador de prerrogativas, aproximando-se do chamado regime jurídico administrativo e, por conseqüência, do conceito de “ato administrativo”. Contudo, o sistema de *common law*, baseado na prevalência do precedente judicial, não permite que possamos identificar características gerais típicas dos atos da administração na Inglaterra.

Após a consecução do presente trabalho, tendo em mente a visão panorâmica do ato administrativo na Inglaterra que procuramos apresentar, deixamos asseverado que a simples inexistência de regime jurídico administrativo não é capaz de coibir a concentração demasiada de poderes nas *longa manus* da administração pública, uma vez que a discricionariedade em excesso, sem o devido controle, abre margem a abusos intoleráveis. Nesses tempos marcados pela evolução do chamado “Direito Administrativo Participativo”, é mister o abandono da vertente autoritária da Administração em favor da vertente consensual, buscando o aumento da participação popular no processo decisório, sendo tal busca a marca da moderna harmonia entre o Estado e a sociedade.

7 Bibliografia

BLEDEL, Rodolfo. *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*. Buenos Aires: Depalma, 1947.

CAETANO, Marcello. *Princípio fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *O "desvio de poder" na administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999
- EDER, Phanor J. *Principios característicos del "Common Law" y del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Revolucion Francesa y administracion contemporanea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 35. ed. México: Editorial Porrúa, 1997.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1995.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán: parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- WADE, H. W. R. *Derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.