DP. DireitoPublico.com.br

Revista Diálogo Jurídico

CAJ Centro de Atualização Jurídica

Ano I – vol. I – n º. 2 – maio de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ERA DO DIREITO GLOBAL

Prof. Carlos Ari Sundfeld

Professor Doutor de Direito Administrativo da PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Professor Efetivo da School of Global Law.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CRESCIMENTO DOS DIREITOS INTERNACIONAL E DA INTEGRAÇÃO

A idéia, hoje generalizada, segundo a qual estamos rapidamente ingressando na "era do direito global", propõe desde logo uma dificuldade: afinal, que é esse direito? Como freqüentemente ocorre em ciência, noções assim valem mais pelo que recusam, não exatamente pelo que afirmam. *Direito global* opõe-se a *direito doméstico* — o qual, portanto, nega e supera.

Tomo por direito doméstico aquele enclausurado nos limites do Estado Nacional, isto é, cujas fontes encontram-se nesse Estado (em sua Constituição, em suas leis, em seus regulamentos ...), cujos mecanismos de aplicação e proteção são operados exclusivamente por seus órgãos (é dizer: por *sua* Administração e *seu* Judiciário) e cujo conteúdo, se não foge à influência externa — afinal, idéias e interesses econômicos jamais foram contidos pelos mapas — é basicamente construído em função das necessidades de organização da vida econômica, social e política *internas* ao País.

Já o direito global extrapola largamente as fronteiras do Estado Nacional para buscar suas fontes também fora dele: desde os tratados multilaterais (como os que decidem integrações dos tipos Mercosul ou União Européia, as Convenções de Direitos Humanos, etc.) até as normas emanadas dos organismos internacionais (a ONU, a Organização Mundial do Comércio, o Conselho da Europa, etc.), passando pela rica jurisprudência dos entes jurisdicionais internacionais (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos, e por aí vai). Se é certo que os tratados têm como sujeitos os Estados — estando, assim, de algum modo conectados

ao sistema do direito doméstico — as demais das normas citadas originam-se em órgãos propriamente internacionais, com filiação remota (se tanto) à ordem interna.

Evidentemente, a simples existência de órgãos e de fontes normativas internacionais nem constitui novidade nem basta para caracterizar uma "nova era". Esta é derivada, portanto, não do surgimento, mas da *intensificação* do fenômeno. Afora a globalização econômica, dois outros fatores vêm concorrendo para isso.

Primeiro, a *internacionalização dos direitos humanos*, que não só os multiplica — impondo novos direitos subjetivos, antes recusados pelos Estados[1] — como conduz a uma paulatina aproximação das ordens jurídicas nacionais, obrigadas a seguir certos padrões semelhantes, exigidos pelo respeito às novas conquistas.[2]

Em segundo lugar, está a *integração regional*.[3]

---

1 Quanto ao conteúdo do direito administrativo, a repercussão do direito internacional dos direitos humanos é, em tese, dupla. De um lado, naquilo que se tem chamado de direito administrativo geral, envolvendo a parcela "adjetiva" desse ramo (atos e contratos administrativos, procedimentos administrativos, responsabilidade, etc.), os direitos humanos internacionais cumprem papel conformador impondo limites e condicionamentos genéricos à ação dos Estados. Esse fenômeno é continuação daquele que, a seu tempo, gerou o próprio nascimento do direito administrativo: afirmada, pelas Constituições Nacionais, a existência de direitos subjetivos contra o Estado, a conseqüência foi a paulatina construção de um regime jurídico administrativo viabilizando a convivência da "autoridade" com a "liberdade". De outro lado, têm-se os direitos humanos internacionais positivos (direito à saúde, à educação, etc.) cujo conteúdo vai deitar efeitos no campo do direito administrativo especial, constituindo condicionamentos específicos das diversas políticas públicas nacionais. É bem verdade que, sendo a Constituição brasileira tanto recente como analítica, não sofremos do "déficit" de positivação de direitos subjetivos (negativos e positivos) de que padecem alguns países; por isso, o impacto da emergência do direito internacional dos direitos humanos talvez seja mais marcante na efetivação de direitos pré-existentes do que na introdução de novos conteúdos no direito administrativo. Porém, na medida em que a globalização econômica caminhe, como vem parecendo, para o confronto com os direitos humanos, por pretender uma "desregulação" implicando na negativa de direitos sociais, o direito internacional que os protege pode surgir como barreira às reformas constitucionais destinadas a impor essa "desregulação".

2 A jurisprudência das Cortes Internacionais está fadada a transformar-se em importante fonte dos direitos administrativos nacionais, servindo como fator de unificação mesmo à míngua de normas positivas internacionais voltadas especificamente à ordenação da ação administrativa (em seu aspecto adjetivo). Vale lembrar que o direito administrativo é de origem exclusivamente jurisprudencial, tendo nascido nos arestos do Conselho de Estado francês, os quais pouco a pouco edificaram a teoria dos atos administrativos, dos contratos públicos, etc., sem qualquer auxílio legislativo (curioso fenômeno, aliás: o mais francês dos direitos, o administrativo, haver sido criado pela jurisprudência e não por um Código, quando a França é justamente tida como a mãe do direito codificado — do "civil law" — que se define por oposição ao direito jurisprudencial — da "common law"!).

3 Estudando o caso europeu, Jacques Ziller observa que a divisão de tarefas entre a "Administração comunitária" (os órgãos administrativos da própria comunidade) e as "Administrações nacionais" não observa o modelo do federalismo administrativo, que se caracterizaria pela outorga, à primeira, da aplicação das políticas comunitárias, e, às segundas, das políticas nacionais. O modelo vigente é o descentralizado, com as "Administrações nacionais" cuidando ao mesmo tempo das políticas nacionais e comunitárias,

A União Européia é, hoje, para os países emergentes, um paradigma pelo que acrescenta em termos de fortalecimento econômico (realidade ou utopia, circunstância ou permanência: eis um debate atual!). O Mercosul é nosso projeto de comunidade latino-americana: hoje união aduaneira imperfeita, restrita a Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai; amanhã, talvez .... ninguém sabe. [4]

2. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E REFORMA DO ESTADO

Mas devo chamar atenção para este fato: a emergência de um vasto direito internacional, embora significativa, talvez nem seja a mais marcante das características da "era do direito global". É provável que, por muito tempo ainda, o consultor da remota Prefeitura, o advogado de pequenas causas e o Juiz de Falências possam seguir tranqüilamente em sua rotina, distante dos tratados, das diretivas comunitárias e das Cortes Internacionais. O "mercado doméstico" de produção e aplicação normativa nem foi extinto nem tende a tornar-se desprezível.

Todavia, o conteúdo dessas normas de origem caseira mudou, está mudando... nunca mais será o mesmo. A impelir o Estado a criar novas regulações — algumas surpreendentes — está justamente uma série de pressões de origem externa; não constrangimentos jurídicos, mas essencialmente econômicos. Os mercados de insumo, de consumo e financeiro têm, agora, a *dimensão do mundo*, com bens e capitais girando pelo planeta sem fazer caso das fronteiras; a produção deixou de ser um processo local, tendo se transformado em um complexo de operações sem base territorial fixa

---

o que não supõe a uniformização da organização administrativa dos diferentes países — embora uma tendência possa ser vislumbrada nesse sentido (Administrations comparées, Paris, Montchrestien, 1993, p. 483). Portanto, o mesmo órgão aplica o direito doméstico e um "direito global" (o comunitário), o que propõe dois desafios: o da harmonização de um direito com o outro, e o da adaptação da estrutura administrativa para, ao mesmo tempo, atuar como agente de sistemas distintos, o nacional e o comunitário.

4 Interessante observar, com o eminente jurista argentino Jorge Luis Salomoni, que o processo de integração no Mercosul já produz, por força dos arts. 24 e 28.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relevantes conseqüências para a unificação dos direitos administrativos positivos dos vários países. Diante dos princípios da intangibilidade da proteção dos direitos humanos frente à associação de Estados e da igual proteção da lei — este resultando no direito, em favor dos cidadãos dos Estados-parte, de invocar a norma mais protetiva dos direitos humanos em vigor em qualquer deles — "a norma procedimental mais protetora de um Estado membro se transforma em um princípio geral do direito comunitário, que se translada ao outro Estado membro através da Convenção Americana dos Direitos Humanos" (Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables, em "Actualidad en el Derecho Público", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, vol. 8, pp. 95-130; traduzi). Com base nesse raciocínio, é possível identificar pautas comuns de um Código de Procedimento Administrativo, vigorando no Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, servindo inclusive para suprir a falta, entre nós, de uma Lei Federal de Procedimento Administrativo (sendo de registrar a boa nova do Estado de São Paulo: a promulgação, em 30 de dezembro de 1998, da sua Lei de Procedimento Administrativo, a de n.º 10.177).

(pensem na babélica montagem de automóveis, com autopeças imigradas de toda parte).

Ao conceber e aplicar suas normas — aqui está o ponto — o Estado passa a fazê-lo em função das *necessidades mundiais* de organização da vida econômica, social e política[5]; pior ainda, essas imposições tornam-se determinantes da própria dimensão do Estado, da profundidade de suas intervenções, do limite de seus poderes. Isso vem, nos anos recentes, alterando de modo decisivo o direito administrativo brasileiro, esse mesmo que mexe com a vida do homem da rua, que tira de seu sossego aquele consultor, aquele advogado, aquele juiz, imersos na realidade doméstica.

Cito exemplos, todos envolvidos no que se vem chamando de "Reforma do Estado".

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de "serviço público", se algo ainda diz, diz pouco[6]: admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do "direito da

---

5 Já se observou que o direito internacional geral, objetivando sua neutralidade frente aos diferentes Estados, assentou-se fundamentalmente nos princípios da livre determinação, da soberania e da igualdade (formal) entre Estados, e que esses princípios, em matéria econômica, teriam por conseqüência os direitos de "livre escolha, por cada Estado, de seu sistema econômico", e de "livre e igual participação, para cada Estado, na vida internacional econômica" (Droit international économique, Dominique Carreau, Thiébaut Flory e Patrick Juillard, Paris, LGDJ, 3.ª. ed., 1990, p. 59). O fenômeno da globalização supõe a abdicação, pelos Estados, justamente do direito à livre escolha de seu sistema econômico, pois não devem mais existir "sistemas econômicos nacionais", e sim um único sistema: o mundial, de inspiração neoliberal. Isso evidentemente implica em radical limitação, para o Estado, na escolha do conteúdo de suas normas, as quais passam a ser moldadas em função de políticas que escapam de seu controle e influência.

6 Os hábitos doutrinários brasileiros, conservados de épocas passadas, têm determinado ainda hoje o uso da denominação "serviços públicos" para designar as atividades econômicas definidas, constitucional ou legislativamente, como de titularidade do Estado (servindo como exemplo as atribuídas à União pelo art. 21 da Carta de 1988). Mas, vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um modo novo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão "serviços públicos". Considerando que, na Europa — berço, justamente, do conceito de "serviço público" — o mesmo processo de reforma redundou na adoção de um novo conceito, o de "serviço de interesse econômico geral", e isso por influência da "Carta Européia dos Serviços de Interesse Geral" editada pela Comissão Européia (cf. José María Souvirón Morenilla, La actividad de la administración y el servicio público, Granada: Ed. Comares, 1998, p. 278 e ss.), e levando em conta ainda o fenômeno de globalização do Direito, parece bem adotar a mesma terminologia. Portanto, passo a chamar de "serviços de interesse econômico geral" aqueles, como os de telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento básico, transportes coletivos, etc., titularizados pelo Estado mas abertos à prestação por particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre sob o poder regulador estatal.

concorrência" (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la [7].

Nascem as Agências Reguladoras Independentes, encarregadas de disciplinar setores econômicos por inteiro. Aí estão as recentes Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP. O que têm elas de novo ou de característico? De uma parte, o exercício de um largo poder normativo, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de solução de conflitos, etc.; de outra, o fato de desenvolverem uma tripla regulação: a "regulação dos monopólios", a "regulação para a competição" e a "regulação social", esta última visando à universalização dos serviços[8]; por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a "independência").

Alguém observará, e com razão, que "Reformas do Estado" ocorreram muitas vezes neste século mesmo, e não por força do espírito criativo brasileiro, mas por simples reflexo de tendências mundiais: lembrará o processo de criação das autarquias de "regulação econômica corporativa" (o Instituto Brasileiro do Café, o Instituto do Açúcar e do Álcool), depois a vulgarização das empresas estatais, umas tantas prestando serviços de titularidade do Estado (empresas ferroviárias, de telecomunicação, de energia elétrica), muitas outras assumindo atividade "privada", como a extração mineral (a Companhia do Vale do Rio Doce, p. ex.), a produção industrial (as siderúrgicas reunidas na Siderbrás), a atividade financeira (os Bancos estaduais), etc. Nenhuma dessas mudanças, por significativas que fossem para o direito administrativo da época e por conectadas que estivessem com as modas internacionais, podiam ser associadas à emergência de um "direito global".

O que, então, se passa de distinto, na atualidade?

Não é difícil perceber as diferenças. Basta não confundir a "Reforma do Estado" feita sob pressão de modelos ou de interesses estrangeiros, mas *baseada na construção ou manutenção de uma ordem econômica nacional*, com aquela promovida, sempre por influência externa, para justamente *eliminar as diferenças específicas do mercado nacional, integrando-o sem mais em uma*

---

7 Quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em "desregulação" como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados "serviços de utilidade pública", está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p.ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa "desregulação" não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via "regulação", só que agora com outras técnicas e novos objetivos, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios. Sobre o tema, consultar especialmente Administrative law in a global era, Alfred C. Aman, Jr., Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 42 e ss.; e Economic regulation - cases and materials. Richard J. Pierce, Jr, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1994, p. 213 e ss.

8 Tony Prosser, Law and the regulators, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 268.

ordem econômica mundializada. Não só o Estado emergente dessa "Reforma", como também o novo mercado, têm de colocar-se, por direta coerência lógica, sob a égide do "direito global".[9]

Pela própria circunstância de sua globalidade, esse direito vem sendo construído sem maior preocupação quanto às particularidades nacionais: seja de aspirações próprias de cada País, seja de suas tradições jurídicas.[10] Como o poder político e econômico no mundo atual está em mãos dos Estados Unidos da América, que impõe a todos os seus padrões, um interessante fenômeno se vem verificando: o da rápida absorção, por países cuja ordem jurídica formou-se na tradição do *civil law,* de institutos e soluções específicos da *common law*, daí resultando uma mescla instigante.[11]

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO SOBREVIVERÁ NA ERA DO DIREITO GLOBAL?

Eis, então, o direito global: *a)* variadas cadeias de normas, algumas geradas no "mercado jurídico interno", outras tantas de origem externa (diga-

---

9 O que, como constata José Eduardo Faria em sua introdução à obra coletiva Direito e globalização econômica (S.Paulo, Malheiros, 1.ª ed., 1998, p. 11), lança o Estado, agora esvaziado de sua soberania e de sua autonomia, em profunda crise de identidade: "Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A conseqüência desse processo, como será visto nesta coletânea, é paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização de alguns direitos nacionais, constata-se também a expansão de normas privadas no plano infranacional, na medida em que as organizações empresariais, por causa de sua autonomia frente aos poderes públicos, passam, elas próprias, a criar as regras de que necessitam e jurisdicizar as áreas que mais lhes interessam, segundo suas conveniências."

10 Essa constatação não traz necessariamente embutida a conseqüência de que esse "direito global" estaria envolvido em inconstitucionalidades ou em algum tipo de incompatibilidade com o sistema doméstico. É normal que as instituições jurídicas mudem, abandonando tradições e incorporando novas influências. O espírito humano tem a natural tendência de defender a "velha ordem" e de rejeitar as intrusões — e a rejeição é tanto maior se elas ocorrem no bojo de processos política ou economicamente indesejados — mas a condenação jurídica não pode basear-se no puro e simples preconceito. Em suma: o transformar-se em cosmopolita não nulifica o direito; as nulidades podem decorrer, isto sim, da efetiva violação de valores fundamentais vigentes na ordem jurídica nacional.

11 Por isso, se já não fosse pela crescente internacionalização dos negócios, não se consegue compreender como, em nossas Faculdades, a formação jurídica continue a ignorar, como inexistente ou irrelevante, o direito norte-americano (pressupondo, é óbvio, o conhecimento do "legal english") . Seu estudo é, hoje, tão fundamental quanto o do direito nacional. Os jovens profissionais que não o conhecem estão condenados a um papel periférico na profissão jurídica; os professores que não o dominam são leigos em parte daquilo que deviam ensinar.

se: de diferentes origens externas); *b)* uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando direito; *c)* por fim, a mundialização da economia fazendo valer seus interesses: tanto forçando a reforma dos Estados e criando-lhes uma nova organização, como impondo novas regulações para todo tipo de assunto (das relações trabalhistas às compras estatais; dos mercados financeiros aos serviços públicos; das patentes industriais aos sistemas previdenciários...).

Essa descrição já fornece uma mostra do impacto do direito global na Administração Pública, destacando as transformações que está a operar em seu direito próprio, o administrativo. Mas a pergunta que importa agora encarar, para concluir estas breves observações, diz respeito à sobrevivência, na nova ordem, das características essenciais desse direito.

O direito administrativo atual está fadado a morrer?

A dúvida tem a ver com o mais emocionante dos temas desse ramo do direito: o das *fontes normativas*, que se entrelaça com o do controle jurisdicional.

Em algum dia, as caóticas ordens régias serviram de fonte solitária do direito da Administração; depois, as normas emanadas do Legislativo assumiram esse papel e a *legalidade* passou a ser o grande princípio do direito administrativo, tornado efetivo pelo controle jurisdicional; já mais recentemente, a Constituição veio somar-se e sobrepor-se à lei como fonte direta desse direito — isso por conta, tanto da inflação constituinte (longas declarações de direitos, Constituição econômica, etc.), como da emergência do controle de constitucionalidade.

Assim postas as coisas, a ciência e a prática do direito administrativo tinham de haver-se com o sofisticado problema da relação entre Constituição, leis e regulamentos (estes, os sucessores elegantes das antigas ordens régias). Existem poderes administrativos conferidos diretamente pela Constituição, sem intermediação legislativa? Pode o administrador repudiar a lei que considere inconstitucional? O que a lei precisa conter para conferir legitimamente um poder normativo à Administração? Há poder regulamentar sem base legal?

Por óbvio, a multiplicação das fontes normativas tende a tornar mais complexa, por isso mesmo mais rica e mais problemática, a discussão em torno do direito aplicável a cada situação concreta da vida administrativa. A era do direito global vem incorporar novos blocos a esse universo normativo, introduzindo complexidades ainda maiores no sistema, consequentemente aumentando os conflitos de normas.[12] Nesse particular, o direito comunitário é de relevância não desprezível.[13]

---

12 Põem-se, aqui, questões como a incorporação e hierarquia dos tratados no direito interno, do efeito direto das normas comunitárias, da norma comunitária como base exclusiva do poder regulamentar da Administração, etc. Sobre o problema das alterações, mais antigas e mais recentes, das fontes do direito administrativo, reporto-me ao minucioso trabalho de Tanneguy Larzul, Les mutations des sources du droit administratif, Lyon, L'Hermès, 1994.

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo. Pela legalidade, diz-se, a Administração sujeita-se ao Parlamento; logo, à vontade popular. Na medida em que a lei vai perdendo seu posto de fonte primordial do direito administrativo, em favor das diretivas e de outras normas de origem externa, na medida em que o Legislativo cede passo a órgãos internacionais (despidos de legitimidade popular), fragilizam-se as delicadas teias que sustentavam o direito administrativo: por um lado, a relação Legislativo/Administração, por outro, a relação lei/ato administrativo, justamente as que fazem do administrativo um direito subordinado.[14]

---

13 O jurista italiano Sabino Cassese, pensador do direito administrativo dos novos tempos, em sua conferência quando da fundação da Asociación del Derecho Público del Mercosur, resenhou com precisão as modalidades de incidência do direito comunitário sobre os direitos nacionais:
"Em segundo lugar, o direito administrativo comunitário constitui uma ordem que se superpõe à estatal, estabelecendo princípios aos quais este último deve se ater: indo desde os princípios fixados por meio de normas (por exemplo: "quem polui, paga"), que incidem sobre normas nacionais, até os fixados em sede administrativa, que atuam sobre as Administrações nacionais. Há, portanto, um paralelismo legislação (comunitária-nacional) Administração (comunitária-nacional), junto à união legislação comunitária-administração nacional.
"Em terceiro lugar, o direito administrativo comunitário atua de dois modos sobre os direitos administrativos nacionais. Por um lado, estabelece princípios e modelos de procedimento aos quais estes devem se ater, tanto quando operem cuidando de interesses nacionais, quanto cuidando de interesses comunitários (por exemplo, a necessidade de licitações públicas ou restritas para a escolha de contratados, para que não haja discriminações atingindo sujeitos de ordenamentos estatais diferentes daquele que celebra o contrato). Por outro lado, subordina, como se observou, a Administração Nacional, transformando-a em executora da Administração comunitária, por força do que podem existir Administrações estruturalmente nacionais, mas funcionalmente comunitárias. Nesse sentido, o direito administrativo nacional mobiliza-se na tutela de interesses públicos comunitários.
"Em quarto lugar, o direito administrativo comunitário penetra no corpo do Estado, estabelecendo, por exemplo, os critérios da relação entre empregados públicos e Administração Pública. A liberdade de circulação, que pode encontrar um limite no acesso aos empregos nas administrações públicas, requer, com efeito, que se estabeleça o limite entre a área franqueada e a área reservada. Disso deriva a necessidade de definir em sede comunitária quem pode e quem não pode ser entendido como funcionário público." (Derecho administrativo comunitario y derechos administrativos nacionales, em "Actualidad en el Derecho Público", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, vol. 7, pp. 19-29; traduzi).

14 Cuidando do direito europeu, Marta Cartabia sustenta: "Para resumir, pode-se dizer que as evoluções recentes do efeito direto, que reconhecem às autoridades administrativas o poder e o dever de fundar sua atividade no direito comunitário, deixando de lado as leis nacionais, implicam certamente a violação do princípio de legalidade, enquanto exigência de garantia e enquanto exigência de democracia, no sentido clássico do termo. Mais genericamente, os processos normativos comunitários ameaçam seriamente a centralidade política dos órgãos representativos, em dois níveis: primeiro porque, na Comunidade, o poder real é exercido pelos Governos nacionais no seio do Conselho, ao passo que o único órgão eleito diretamente pelo povo, a saber, o Parlamento Europeu, tem poderes 'limitados, mal orientados e ilusórios'; em segundo lugar, porque as normas produzidas pela Comunidade sem as garantias da democracia clássica, têm, por conta de seu efeito direto, a capacidade e a força de reduzir também o papel dos Parlamentos nacionais." (Le principe de l'effet direct des normes communautaires et le principe de légalité, em "Annuaire International de Justice Constitutionnelle", vol. V-1989, Paris, Economica, 1991, p. 76; traduzi).

Ao escapar do jugo do Parlamento e da lei, não fugirá a Administração também do direito administrativo?

Penso que não. A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração *ao direito*, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional. A substituição, por outras, das relações apontadas (por estas: entes internacionais/Administração Nacional e norma internacional/ato administrativo nacional), se de fato provoca choques importantes, não suprime, ao direito administrativo, o caráter de subordinado.

Mais importante do que a hierarquização entre lei e Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas.

Isso explica porque a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminaram o Estado de Direito: ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não o favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um "catálogo de mandamentos" que excluirá o arbítrio[15].

A essência do Estado de Direito não está em que ele seja um sistema político realmente capaz de produzir apenas leis não-arbitrárias. Seu segredo é: *a)* pressupor que isso seja verdade; e *b)* compreender um sistema de controle da aplicação concreta da lei. As teorias do procedimento administrativo, da motivação, da finalidade, do motivo, etc., traduzem exigências de racionalidade (=não-arbitrariedade) que doutrina e jurisprudência pouco a pouco desenvolveram, e fazem parte desse sistema.

Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma *lei* a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje, é a lei[16]; mas é possível trocá-lo por espécies normativas outras.[17]

---

15 Caso isso não seja de modo algum possível, a norma será então inconstitucional, por incidência do princípio da "razoabilidade das leis".

16 Cf. a respeito, o instigante ensaio de Jacques Chevallier, La dimension symbolique du principe de légalité ("Revue française du droit publique et de la science politique en france et à l'étranger", 1990, pp. 1651/1677).

17 O problema do chamado "déficit democrático" nas organizações internacionais e comunitárias, que se tornaram fonte do direito global, tem duas conseqüências. A primeira é a dificuldade de transpor, para os atos por elas emanados, a "dimensão simbólica" que a lei hoje possui como decisão não-caprichosa — o que de fato poderia comprometer a submissão da

A permanência do direito administrativo depende, isto sim, da efetividade do controle jurisdicional. Se este prosseguir existindo, e se continuar fundando sua análise no pressuposto da proibição da arbitrariedade, as mudanças que ocorrerem, por mais profundas, não destruirão a submissão da Administração ao direito. O direito administrativo permanecerá.

Referência Bibliográfica deste Artigo (ABNT: NBR-6023/2000):

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx (substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente no livro "Direito Global", coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, São Paulo, Max Limonad, 1999, pg. 157/168.

Interatividade

Participe do aperfeiçoamento da Revista Diálogo Jurídico

	Opine sobre o assunto enfocado neste artigo: clique aqui
	Sugira novos temas para a revista eletrônica Diálogo Jurídico: clique aqui
	Imprima o artigo: tecle Ctrl+P
	Cadastre-se e receba diretamente por e-mail informações sobre novos artigos publicados na revista: clique aqui

---

Administração ao direito, se os órgãos incumbidos de controlá-la estivessem dispostos a olhar tais atos fora dessa dimensão. Mas isso não vem ocorrendo, pois o mundo jurídico tem sua cultura fortemente estabelecida, e os órgãos jurisdicionais vêm insistindo em segui-la. A outra conseqüência do “déficit democrático” é esta, com toda sua carga de ingenuidade: para quem acredita, como eu, que a democracia produz normas melhores, porque mais atentas aos interesses do povo, sua ausência necessariamente implica no incremento da injustiça social, o que é ruim (ao menos eu assim penso). Apesar dos pesares, sou obrigado a reconhecer que, se o direito administrativo pode servir à justiça social, não a pressupõe, donde a conclusão, que sustento no texto, no sentido da sobrevivência do direito administrativo na era do direito global.