

COMMON LAW E SISTEMA ROMANÍSTICO – SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

COMMON LAW AND CIVIL LAW – SIMILARITIES AND DIFFERENCES IN ADMINISTRATIVE RIGHT

*Alexandre Sanson
Michelle Asato Junqueira*

RESUMO: A importância do Direito Comparado na contemporaneidade reside na tentativa de unificação do conhecimento, o que decerto exige um grande intercâmbio de informações, sob pena de se incorrer em noções excessivamente fragmentadas, e que possibilita uma análise crítica do Direito interno. No Brasil, o direito administrativo, ao tomar seus contornos atuais na República, sofreu tanto influências européias (França, Itália) quanto norte-americanas, trazendo traços marcantes de aproximação dos sistemas jurídicos no direito pátrio (e.g. agências reguladoras, parcerias público-privadas), o que exige do operador a compreensão adequada de cada família de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo - Sistemas Jurídicos – Direito Romano-Germânico

ABSTRACT: “The importance of Comparative Law in nowadays is the unification of knowledge, which demands a large exchange of informations, notwithstanding the excessive fragmented notions, and the development of an internal law’s critical analysis. In Brazil, the administrative right, with the Republican aspects, suffered both european (France, Italy) and north-american influences, bringing expressive features of the forthcoming of the two occidental systems of law in brazilian’s juridical scenery (e.g. regulatory agencies, public-private partnerships). The consequence is a necessary study of the theme by lawyers, in order to acquire the appropriate comprehension about each system”.

KEYWORDS : Administrative right – Systems of law – Civil Law

A análise das particularidades presentes em instituições estrangeiras, que podem tanto distanciar quanto aproximar os grandes sistemas jurídicos hodiernos, comumente agrupados pela doutrina, para fins didáticos, em famílias da *common law* (matriz anglo-saxônica) e romano-germânica (*civil law* ou do “direito legislado”), formada na Europa Continental, é o objeto do Direito Comparado. Trata-se, pois, de um método de estudo aplicado ao Direito, cujo escopo é facilitar a compreensão dos ordenamentos de outros países, respeitando as suas diferenças e harmonizando-as, do qual pode resultar em reforma e melhora do Direito pátrio, desde que tais mudanças não demonstrem meras adoções irrefletidas de soluções exógenas.

A relevância de um procedimento comparativo sistematizado, que, de forma progressiva e objetiva, tende a ordenar e classificar múltiplos resultados isolados como um todo lógico coerente, decorre, impreterivelmente, da ampliação do horizonte científico e da acelerada transformação do mundo (CONSTANTINESCO, 1998, p. 08). O Direito Administrativo, que

pode ser considerado como ciência relativamente recente, estruturado após as revoluções liberais, eminentemente na França, sob o Estado de Direito, com a sistematização das funções administrativas, as quais existiam, por mais simples e primitivo que fosse o ordenamento, desde que o ser humano passou a viver em comunidades (ARAÚJO, 2009, p. 05); também é sujeito a múltiplas interações e comparações transnacionais. Ademais, frise-se que o Direito Administrativo, em cada ordenamento, é marcado por características próprias e traz consigo, em escala variável, caracteres dos sistemas jurídicos, como no Brasil, cujo regime teve uma evolução heterogênea (Cf. DI PIETRO, 2007, pp. 13-16; ARAÚJO, 2000, pp. 162-166).

O marco originário da formação do *common law* na Inglaterra pode ser apontado como sendo o período entre as conquistas normanda, que aboliu o então direito anglo-saxão, marcado por leis escritas não uniformizadas, centralizando o poder, e o advento da dinastia dos Tudors (1485), com a criação de um ordenamento jurídico comum. A prevalência da jurisprudência como fonte do direito identifica um sistema adaptável, construído caso a caso pelos juízes, torna-se obrigatória tanto ao órgão prolator quanto aos órgãos judiciais, para os futuros julgamentos. Há, paralelamente às decisões das Cortes, o surgimento da *equity*, destinada a fazer justiça além dos precedentes e sua interpretação rígida, para suprir eventuais falhas na satisfação da pretensão dos litigantes, funcionando com base em imperativos morais.

O direito inglês transparece, assim, um ordenamento jurídico que refutou os influxos da Revolução Francesa, como a divisão de poderes, eis que é possível vislumbrar um amálgama de formas judiciárias e parlamentares; comportando um método que possibilita a resolução de questões sem, no entanto, recorrer a regras gerais, aplicadas a todas as circunstâncias.

O direito norte-americano, por sua vez, observadas as suas especificidades, também se encontra atrelado ao *common law* - o que se pode constatar por seus institutos jurídicos, como o art. III, seção 2, da Constituição -, mesmo com aspectos do sistema romanístico, decorrentes da dificuldade de aplicação do molde inglês às condições de vida colonial e, após a declaração de independência, da aproximação com a França; o que faz com que parte da doutrina aponte tal modelo como misto, com diferenciais desconhecidos no cenário britânico: organização judiciária em Estado federal e Constituição rígida e escrita. Assim, se é avassaladora a influência do *jus scriptum*, permanece o *case law* como a espinha dorsal do sistema, tanto em nível federal quanto dos Estados federados (SOARES, 1999, p.64). Há, assim, estrutura análoga e similaridade de concepções do direito com o sistema inglês; ainda que constatada particularidade estrutural, como a sujeição do *statute law* ao controle de constitucionalidade, com análise crítica dos juízes à *policy* do Parlamento, baseada nos *Founding Fathers* (equilíbrio entre poderes). É neste cenário diferente do direito europeu continental, que se

analisa um direito administrativo distante da solução francesa, incompatível, em tese, com o *rule of law* (DICEY, 1893, pp. 306-333). A idéia de supremacia do direito seria, por conseguinte, contrária ao reconhecimento de prerrogativas especiais e áreas de arbítrio, traços marcantes do direito administrativo francês, e implicaria no modelo de jurisdição una, com um único direito e um judiciário para todos. Dentre outros pontos de contraposição, mencionam-se: a) irresponsabilidade civil do Estado, b) não auto-executoriedade dos atos administrativos, c) regime do funcionário público comum aos de particulares, d) relevância da jurisprudência e e) ausência de sistematização doutrinária (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 76); sendo que, paradoxalmente, o *administrative law* tem elementos conformes com o *droit administratif*.

Nesse sentido, verifica-se também a existência de obras específicas sobre *administrative law* publicadas já na primeira metade do século XX, em que se editam preceitos semelhantes ao direito administrativo europeu continental, salientando Medauar que livros atuais, ingleses e norte-americanos permitem: “*verificar a existência de direito administrativo nesses países com características próprias e semelhanças ao europeu*”, pois em ambos é difícil se afirmar a identidade total do direito aplicável às atividades privadas e administrativa (2005, pp. 36-37). Nem tudo que se relaciona à organização administrativa em países de sistema romanístico é estranho ao *administrative law*, até porque tais modelos encontram-se em nítido processo de convergência, havendo, portanto, direito administrativo nos países de *common law*.

O sistema romano-germânico possui uma longa história evolutiva, a qual se inicia no direito da antiga Roma e se dispersa pelo continente europeu, pela América Latina, parte da África e por outros países asiáticos, tratando-se da base do denominado direito ocidental. A difusão desse direito deve-se às universidades, dentre as quais a Escola de Bolonha, entre os séculos XII e XIII, que enfoca os seus estudos não nos aspectos práticos do direito, mas em questões teóricas, atreladas à teologia e à filosofia, preocupando-se, por consequência, com a letra da lei, dedicando-se à reconstrução dos textos de Justiniano. O direito romano, unido ao canônico, expandiu-se na Europa através da formação de classe de juristas que o aplicavam nos tribunais e administrações, o qual, complementado pelas contribuições dos juristas italianos e franceses tornou-se o *ius commune*. O direito passa a se afastar do Direito Justiniano e a se tornar um direito sistemático, fundado sobre a razão, de aplicação universal, com ulterior divisão do público e privado e o reconhecimento de sua aplicação nas relações entre a Administração e os particulares. O sistema do *civil law* é “fechado”, com normas organizadas no sentido de encontrar respostas, ao menos em tese, para todas as questões jurídicas que venham a surgir da realidade fática; tendo sido a França o ambiente favorável ao

surgimento do direito administrativo, cujo marco inicial, seria uma lei de 1800, que pela primeira vez dotou a Administração de uma organização juridicamente garantida e estável, exteriormente obrigatória aos administrados (ARAÚJO, 2009, p.09). Desta forma, criados os tribunais administrativos ao lado dos tribunais judiciários, cuja função era julgar os atos da Administração, passou o contencioso administrativo, através do Conselho de Estado, a elaborar as especificidades do direito administrativo, razão pela qual deveria ter normas próprias, distintas do direito privado que rege relações entre particulares; existindo duas “pedras de toque”: a) supremacia do interesse público sobre o privado e b) indisponibilidade dos interesses públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 27). Fato curioso, entretanto, é constatar que no país precursor do princípio da legalidade, o direito administrativo não é resultante da lei, mas do juiz administrativo que, diferentemente do juiz judiciário, decide se forjará regras próprias ou se aplicará aquelas concernentes ao particular.

O direito administrativo pátrio conta com influxos tanto do sistema romanístico, como as idéias de ato administrativo, prerrogativas da Administração e conceito de serviço público (França); os conceitos de mérito, de autarquia e de interesse público (Itália); conceitos jurídicos indeterminados e princípio da razoabilidade (Alemanha); quanto do *common law*, como as agências reguladoras (Estados Unidos) e a unidade de jurisdição, o devido processo legal e o modelo de privatização (Inglaterra). Assim, não é permitido: “*estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a sociedade humana*” (SOARES, 1999, p. 57).

De uma forma geral, se no *common law* o sistema é aberto, casuístico, baseado na jurisprudência, cujas decisões ganham força de precedentes, o sistema romanístico é fechado, com regras gerais de conduta preestabelecidas, através do qual o juiz não cria o direito, mas interpreta e aplica as normas codificadas ao caso concreto.

Em relação às semelhanças, decorre do fato de que países de direito romano-germânico e de *common law* tiveram, no decorrer dos séculos, numerosos contatos, sendo que, de acordo com René David, em ambos os casos o direito sofreu a influência da moral cristã e das doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos (DAVID, 1993, p. 20). É certo que o *common law* conserva estrutura diferente da dos direitos romanísticos, mas o papel desempenhado pela lei foi aumentando e os métodos usados nos sistemas se aproximaram, sendo que a regra de direito tende a se cada vez mais concebida neste sistema jurídico. Nesta linha, tais sistemas apresentam pontos comuns, como a proteção a direitos subjetivos ou uma

separação de poderes, mas principalmente em aspectos setorizados, como adaptação do texto de lei e adoção de novos conceitos em um determinado ramo do direito. Em relação ao direito administrativo, o regime jurídico-administrativo, no sistema do *common law*, caracteriza-se por alguns traços que o contrapõem aos sistemas de base romanística, a saber: base mais jurisprudencial do que doutrinária; menos doutrina; relação de emprego público equivalente à do direito do trabalho ou do direito comum; prevalecimento do princípio da execução titulada, repelindo-se o princípio da auto-executoriedade; irresponsabilidade estatal; responsabilidade do agente público equiparada ao empregado do direito privado (CRETELLA JUNIOR, 1972, p. 104). Contudo, observadas tais diferenças, é possível também verificar semelhanças, tais como o fato de que ambos asseguram um grau de independência da Administração em relação à política; submetem-se a um ordenamento mais alto, o direito comunitário; acatam o princípio da legalidade; o direito administrativo adquire um conteúdo intrínseco, formado por um corpo de princípios essenciais e comuns; e têm instituições de autoridade independentes ou semi-independentes (HORBACH, 2009, p.28). Assim, o que se verifica é que há novos modelos de direito administrativo, com aspectos dos sistemas do *common law* e romano-germânico, mas que tais experiências são sempre unificadas pelo seu principal elo: a necessidade de controle da Administração pelo direito.

A análise do Direito Estrangeiro tem como objetivo o estudo de institutos presentes em outras realidades nacionais, devendo ser compreendidos através das semelhanças e diferenças de cada sistema que ele integra, buscando-se, assim, a universalização do conhecimento no direito, sendo que os dois principais sistemas de direito ocidental são o *common law* e o romano-germânico. Há, portanto, reflexos claros destes sistemas quando se verifica o ramo autônomo do direito administrativo, cuja matriz residiria, inicialmente, no direito francês (*civil law*), mas admitindo-se também, hodiernamente, as influências do *administrative law* inglês (*common law*), que apresentam divergências estruturais, mas que possibilitam nos últimos tempos um câmbio necessário de conceitos e instituições visando, cada qual, a melhora dos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente no preenchimento de lacunas, cujo objeto, no caso, é a própria Administração Pública. No Brasil, por exemplo, o direito administrativo, ao tomar seus contornos atuais na República, sofreu tanto influências européias (França, Itália) quanto norte-americanas, sendo que Edmir Netto ressalta que na fase atual tais aspectos do direito estrangeiro não são apenas adotados, mas servem de subsídio para se alcançar soluções brasileiras, em relação aos grandes temas do direito administrativo (2000, p.165), exigindo do operador a compreensão do *administrative law* como forma de explorar o máximo da potencialidade de cada família de direito analisada.

BIBLIOGRAFIA

- .ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O Direito Administrativo e sua história*. Revista da Faculdade de Direito USP: São Paulo, v. 95, 2000, pp. 147-166.
- .BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- .CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro, 1998.
- .CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.
- _____. *O Direito administrativo inglês*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 25 n.º 99, jul/set 1988, pp. 69-90.
- .DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- .DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law*. Revista Brasileira de Direito Público: Belo Horizonte, ano 5, n.º 16, jan/mar 2007, pp. 09-30.
- .DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Fourth edition, London: Macmillan and Co., 1893.
- .HORBACH, Carlos Bastide. *O direito administrativo no sistema de Common Law*. Fórum Administrativo – Direito Público: Belo Horizonte, ano 9, n.º 101, jul. 2009, pp. 20-30.
- .LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- .MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- .REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- .RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Tradução de J. Cretella Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- .SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.