

ano 12 - n. 50 | outubro/dezembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Bruno Lopes
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	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. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

As mutações do Direito Administrativo francês¹

Jacqueline Morand-Deville

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.
Docteur en Droit Public. Présidente de l'Association
Internationale de Droit de l'Urbanisme.

Resumo: O Direito Administrativo francês experimentou significativas mudanças em relação à sua configuração inicial desenvolvida no século XIX. Pretende-se neste artigo apresentar algumas das principais transformações ocorridas nesse ramo jurídico na França, conferindo enfoque a questões como a proliferação de fontes do Direito, sua globalização, a constitucionalização, a regulação e o contrato e a democracia administrativa participativa.

Palavras-chave: Mutações do Direito Administrativo francês. Globalização. Constitucionalização. Contratualização. Democracia administrativa participativa.

Sumário: **1** A proliferação de fontes do Direito – O peso das fontes normativas – **2** A globalização das fontes do Direito – O peso das normas internacionais – **3** A constitucionalização do Direito Administrativo – **4** Regulação e contrato – Consensualismo e convivalismo – **5** A democracia administrativa participativa

O Direito Administrativo, que se construiu de forma lenta e prudente, desde o final do século XIX, não pode escapar das mudanças precipitadas que, ao final do século XX, afetam as relações sociais. Pretende-se aqui traçar em linhas gerais alguns aspectos significativos dessas mutações.

¹ Artigo traduzido do francês ("Les mutations du droit administratif français") para o português por Daniel Wunder Hachem (Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UniBrasil. Membro fundador e Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Advogado em Curitiba).

Uma questão preliminar a ser apresentada é saber se o modelo francês de distinção entre um Direito Público e um Direito Privado confiados a *duas ordens de jurisdições independentes* é atingido por esse movimento. A resposta nos parece ser negativa por várias razões.

A primeira é *de ordem teórica*. Assiste-se hoje, seguramente, à forte ascensão de um Direito Público Econômico, renomeado frequentemente de Direito dos Negócios Públicos, o que representa significativamente uma vontade de aproximação aos modos de gestão do Direito Privado e ao pragmatismo do Direito anglo-saxão. Mas assiste-se também, nestes últimos anos, a uma renovação da noção central de interesse público e ao desenvolvimento de grandes princípios fundamentais: a singularidade do Direito Público e sua ética particular em torno do bem comum, da utilidade pública e do interesse público, noções vizinhas, aparece então como uma evidência e uma necessidade.

A segunda razão, *de ordem prática*, é a necessidade de ordenar um Direito cada vez mais complexo, de realizar classificações e de especializar os juizes. A distinção entre duas ordens de jurisdição se encontra de fato em todos os países. Diversos modelos são possíveis: modelo francês de dualismo jurisdicional, modelo anglo-saxão com uma ordem jurisdicional única e modelo alemão misto. Mas essa distinção não pode ser superestimada. Na França, certos litígios concernentes à Administração são confiados ao juiz judiciário.² Na Inglaterra, os *administratives courts* [tribunais administrativos] especializados em litígios administrativos se multiplicaram e no modelo alemão existe também uma jurisdição administrativa suprema especializada, mas que, ao lado de outras jurisdições especializadas, é coroada por uma Corte suprema única. A França possui duas Cortes supremas nacionais: a Corte de Cassação para o Direito Privado e o Conselho de Estado para o Direito Administrativo, além de um Tribunal de Conflitos misto encarregado de resolver os conflitos de competência, que são raros (cerca de trinta por ano). O sistema funciona bem há um século e meio e esse “modelo” de dualismo jurisdicional é o mais difundido na Europa.

Não se pode, portanto, conferir grande importância a algumas vozes isoladas — vindas sobretudo dos juristas do Direito Privado — que se animam a postular a fusão das duas ordens. As mutações do Direito Administrativo francês

² No sistema jurisdicional francês, há uma divisão entre duas ordens de jurisdição, dotadas, cada qual, de competências próprias: a jurisdição administrativa, competente para julgar os litígios sobre Direito Administrativo, e a jurisdição comum ou ordinária, competente para julgar as lides que envolvem o Direito Privado. Quando a autora alude a “juiz judiciário” ao longo do texto, está se referindo ao magistrado que integra a jurisdição comum ou ordinária. [N.T.].

encontram-se, na realidade, em outros aspectos, e aqui serão ordenadas em torno dos seguintes pontos: a proliferação de fontes do Direito (1), sua globalização (2), a constitucionalização (3), a regulação e o contrato (4) e a democracia administrativa participativa (5).

1 A proliferação de fontes do Direito – O peso das fontes normativas

A jurisprudência criativa do Conselho de Estado. Uma das características do Direito Administrativo francês foi durante muito tempo sua *origem pretoriana* e a importância da jurisprudência do Conselho de Estado — e às vezes a do Tribunal de Conflitos — no estabelecimento dos grandes princípios desse ramo jurídico. Tal como a amplamente conhecida indagação “quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha?”, não se sabe dizer se é a existência de uma jurisdição administrativa autônoma que está na origem do Direito Administrativo ou se é o inverso. E, sem evidência de falsa modéstia, há que se reconhecer que a construção paciente à qual se dedicou o Conselho de Estado francês ao longo de todo o século XX consiste em uma fonte de criatividade — ele prefere referir-se a “revelação” — notável.

É preciso recordar a peculiar constituição do Conselho de Estado, que o torna um dos entes mais *prestigiosos* e *importantes* no seio das instituições públicas francesas. Criação de Napoleão, ele aparecia na Constituição do ano VIII (1799) somente como *conselheiro do governo*, um papel que ele continua desempenhando e que lhe imprime sua originalidade em face dos Conselhos de Estado dos outros países. Sua função consultiva é exercida de maneira ora obrigatória (todos os projetos de leis e de *ordonnances*³ e os principais projetos de decretos), ora facultativa, de sorte que ele está associado a toda a vida política do país (2.000 a 2.500 pareceres são emitidos por ano). Pelo fato de ter sabido conservar uma independência e uma superioridade incontestáveis, ele é geralmente respeitado

³ A figura da *ordonnance* no Direito Constitucional francês representa um ato legislativo do Poder Executivo, por meio do qual se exerce função normativa primária a respeito de matérias situadas no domínio reservado à lei, derivando de um processo legislativo delegado. Está prevista no artigo 38 da Constituição francesa de 1958, atualmente em vigor, que assim dispõe: “O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento autorização para, por meio de ‘*ordonnances*’, durante um prazo limitado, adotar medidas que são normalmente situadas no domínio da lei.

As *ordonnances* são adotadas pelo Conselho de ministros após emissão de parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor na data da sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Elas só podem ser ratificadas de maneira expressa.

Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as *ordonnances* só podem ser modificadas pela lei, quando tratarem de matérias que pertencem ao domínio legislativo”. [N.T].

e a neutralidade dos pareceres do seu corpo de grandes conhecedores do Direito e de “sábios” reforça a sua influência. Isso explica a longevidade e a sobrevivência do Conselho de Estado. Ele sempre se reergueu das crises que não deixaram de atingi-lo nos momentos de mudanças de regime e o campo de suas atribuições consultivas não parou de crescer, notadamente no que diz respeito às normativas europeias. Desde a reforma constitucional de 2008, o Parlamento passou a poder consultar o Conselho de Estado sobre as propostas legislativas.

O Conselho de Estado é conhecido principalmente como o *juiz supremo do contencioso administrativo*, mas essa função só lhe foi atribuída após um século de sua criação, em 1872, quando ele se tornou um órgão jurisdicional autônomo (até então a justiça era “retida” pelo governo). O princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias estabelecido em 1790 manifestava uma desconfiança em relação aos juízes e uma confiança no governo para a defesa do interesse público. Na Inglaterra, a tradição é contrária: desconfiança em relação ao Poder Executivo e confiança no que diz respeito aos juízes.

Foi necessário aguardar ainda um século, com as célebres decisões do Conselho Constitucional de 1980 e 1987, para que o seu papel de órgão jurisdicional fosse *constitucionalizado*: anteriormente uma simples lei poderia ter acabado com a sua existência, enquanto que a proteção constitucional de sua missão de conselheiro já estava garantida havia dois séculos.

Desde a consagração de sua autonomia como órgão jurisdicional os primeiros “grandes julgados” foram proferidos. Trata-se da “era de ouro” do Direito Administrativo e da promoção do “serviço público à francesa”, conceito geral e também instrumento estratégico para ampliar sua esfera de competência em detrimento do domínio de atuação do juiz judiciário. O Conselho de Estado sempre buscou ultrapassar a dimensão de técnica jurídica e a especificidade dos casos particulares, construindo uma ordem jurídica fundada sobre grandes princípios norteadores: uma de suas criações mais notáveis é a de “princípios gerais do Direito”.

A explosão de fontes normativas. A importância da jurisprudência do Conselho de Estado entre as fontes do Direito não é mais tão forte quanto antigamente. Como se verá mais adiante, a concorrência com outras jurisdições supremas é dura e sobretudo pelo fato de tais fontes terem se tornado cada vez mais normativas. A França, como a maior parte dos países, sofre uma *inflação legislativa e regulamentar* crescente, fenômeno recorrente que se acelerou nos últimos anos (aumento, em 30 anos, de 35% do número anual de leis e de 25% do número de decretos).

A esse crescimento de documentos normativos se adiciona a mediocridade de sua redação, marcada por excessiva extensão, complexidades e obscuridades, suscitando o problema da segurança jurídica e da igualdade de acesso ao Direito. Aos princípios da *acessibilidade e da inteligibilidade do Direito* já se reconheceu hierarquia constitucional, mas seu respeito é dificilmente assegurado. O papel de censor vigilante desempenhado pelo Conselho de Estado na elaboração de um Direito famoso por sua qualidade de redação se enfraquece. Os projetos de lei ou de decreto que suas comissões consultivas tornam claros e coerentes perdem logo em seguida toda sua legibilidade por conta de emendas parlamentares cada vez mais numerosas e desordenadas.

Em relação ao contencioso, a qualidade redacional de suas decisões sofre também os efeitos dessa explosão textual. A grande arte dos acórdãos do Conselho de Estado francês era sua *estética*: laconismo, senso de refinamento, arte da concisão, palavras cuidadosamente selecionadas (*vide* a importância do “notadamente”). Um “considerando” de algumas linhas onde o essencial estava escrito com firmeza, deixando aberturas às evoluções futuras. Atualmente, os acórdãos devem levar em conta a proliferação desordenada de textos postos a serviço dos meios que os partidos têm prazer de multiplicar e as decisões se tornam prolixas, técnicas. A globalização das fontes do Direito complica ainda mais as coisas.

2 A globalização das fontes do Direito – O peso das normas internacionais

O peso das fontes internacionais. Em numerosos países o fenômeno da globalização e da mundialização afeta a elaboração, o conteúdo e a aplicação das fontes do Direito.

A Constituição francesa de 1958 (art. 55) dispõe que os tratados regularmente ratificados ostentam desde a sua publicação uma autoridade superior à das leis. A *legalidade internacional* ocupa, portanto, um lugar crescente no âmbito do Direito Administrativo francês. Entre as fontes internacionais da legalidade, o Direito Comunitário (os 27 países membros da União Europeia) e o Direito Europeu (os 45 países do Conselho da Europa) desfrutam de uma posição predominante.

O *Direito Comunitário* é composto por dois estratos: os *tratados originários*, consistentes naqueles que ligam os Estados-membros da União Europeia — Tratados de Paris e Roma (1957), Ato Único (1987), Tratado de Maastricht (1992), Tratado de Amsterdam (1997); as *decisões jurisprudenciais da Corte de Justiça das Comunidades Europeias* (CJCE), situada em Luxembourg; e o “Direito derivado”, composto pelos atos praticados pelas instituições comunitárias: Comissão

e Conselho de Ministros, em especial. Além dos pareceres e recomendações, as principais fontes do Direito Comunitário são os *regulamentos* e as *diretivas*.

Os *regulamentos* produzem um *efeito direto* em cada Estado da União Europeia. Eles são obrigatórios “em todos os seus elementos”. Assim, na França, os requerentes podem, por meio de um recurso de anulação contra uma decisão da Administração francesa, invocar as disposições de um regulamento comunitário. Por outro lado, as *diretivas* limitam-se a fixar os *objetivos* e deixam aos Estados a escolha dos meios para atingi-los. A extensão do Direito Comunitário derivado entre as fontes do Direito tornou-se considerável, chegando a 80% das fontes normativas em algumas áreas.

O controle de convencionalidade. Esse reconhecimento da submissão da lei ao tratado teve como consequência a atribuição, ao juiz administrativo, de um papel maior no *controle da convencionalidade da lei*. Doravante, por ocasião de um recurso interposto contra um ato administrativo, ele deverá controlar a compatibilidade da lei com base na qual o ato foi praticado com as normas internacionais. Ele verificará especialmente se a lei respeitou uma diretiva ou um regulamento comunitário.

Essa missão é exercida pelos juízes ordinários da ordem judiciária privada ou da ordem jurisdicional administrativa, porque o Conselho Constitucional, em uma decisão de 1975, recusou-se a desempenhá-la, considerando que a sua função restringe-se ao controle de constitucionalidade (respeito da lei à Constituição) e não se estende ao controle de convencionalidade (respeito da lei a uma convenção internacional).

A missão de assegurar o *respeito às normas internacionais* recai, pois, sobre o juiz administrativo e o juiz judiciário. O juiz administrativo não pode controlar a conformidade da lei com a Constituição, mas deve controlar a *conformidade da lei com as convenções internacionais* para daí extrair suas conclusões quanto à legalidade do ato administrativo. O controle de *convencionalidade da lei* pelo Conselho de Estado se exerce também levando em consideração a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

O Conselho de Estado e a Corte de Cassação desempenham, portanto, um papel determinante para rememorar o governo e o Parlamento sobre suas obrigações no âmbito do Direito Internacional e Comunitário. E um dos grandes problemas atualmente é o de colocar em ordem as diferentes disposições diante de *conflitos de normas inevitáveis*, pois pode ocorrer que, em um mesmo caso, quatro textos estejam em confronto: a Constituição, um acordo internacional, uma lei e um regulamento. A questão não é saber qual deles irá prevalecer e em qual ordem, mas sim conseguir harmonizá-los, eis que vários juízes gozam de competência para fazê-lo.

3 A constitucionalização do Direito Administrativo

A Constituição, norma suprema? Em um artigo célebre dedicado às “Bases constitucionais do Direito Administrativo”,⁴ Georges Vedel, recordando que o juiz administrativo em geral não precisa remontar até as fontes constitucionais para verificar a legalidade de um ato administrativo, porque recorrer à lei seria suficiente, sublinhava que em certas hipóteses a confrontação direta com o texto constitucional era necessária. Em um momento em que isso ainda não era evidente, ele afirmou que a Constituição possuía valor superior às convenções internacionais.

Como norma suprema, a *Constituição* se impõe de maneira imediata tanto às autoridades administrativas como ao legislador. Por conseguinte, embora se recuse a controlar a conformidade de uma lei com a Constituição, função reservada ao Conselho Constitucional, o juiz administrativo censura os atos administrativos praticados em contrariedade a uma regra constitucional cuja eficácia é por ele apreciada.

O lento surgimento de um juiz constitucional. A constitucionalização do Direito foi bastante reforçada nos últimos anos por decorrência da jurisprudência do Conselho Constitucional. Criado pela Constituição de 1958, ele somente começa a exercer um papel importante em 1971, quando ele se reconhece competente para examinar a conformidade da lei com o Preâmbulo da Constituição, vale dizer, com os grandes princípios fundamentais.

O Preâmbulo contém três componentes distintos: a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 — os “direitos de”; o Preâmbulo da Constituição de 1946 sobre os direitos econômicos e sociais — os “direitos a”; e a Carta do Meio Ambiente de 2005 — “direitos para”. A ampliação da legitimação ativa para encaminhar leis para a apreciação do Conselho (para 60 parlamentares)⁵ reforçou seu papel, mas o controle se limitava a um exame, *a priori*, realizado antes da aprovação definitiva da lei.

A Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC). O novo artigo 61-1, decorrente da *revisão constitucional* operada em 23 de julho de 2008 (trata-se da 24ª revisão do texto de 1958), introduziu, finalmente, um controle *a posteriori* que amplia consideravelmente o papel desempenhado pelo Conselho Constitucional.

⁴ VEDEL, Georges. Les bases constitutionnelles du droit administratif. *Études et Documents du Conseil d'État*, n. 8, p. 21-53, 1954.

⁵ A autora refere-se aqui à alteração promovida pela revisão constitucional de 1974 na redação do artigo 60 da Constituição francesa de 1958. Enquanto a redação original do artigo previa que o encaminhamento das leis ordinárias ao controle de constitucionalidade prévio do Conselho Constitucional poderia ser realizado somente pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional ou pelo Presidente do Senado, a nova redação acrescentou, como legitimados para tanto, 60 deputados ou 60 senadores. [N.T.].

Não se chegou a instaurar uma exceção de ilegalidade, mas o procedimento original permite estabelecer uma colaboração entre as três jurisdições supremas.

Ela ocorre em *três etapas*. A primeira é a das *jurisdições de primeira instância*, juiz administrativo ou juiz judiciário que, se forem instados por um cidadão, devem verificar se “a questão não é desprovida de caráter sério”. Trata-se de um exame certamente sumário, mas que constitui um verdadeiro controle de constitucionalidade. É um primeiro “filtro”.

Essa decisão pode ser objeto de recurso interposto perante a *jurisdição suprema* da ordem jurisdicional que estiver em questão: Corte de Cassação no caso da jurisdição ordinária e Conselho de Estado no caso da jurisdição administrativa, os quais possuem, cada qual, competência exclusiva para remeter ou não o caso ao Conselho Constitucional, devendo verificar se “a disposição contestada suscita uma questão nova ou uma dificuldade séria”. É o segundo “filtro”.

E finalmente, na terceira etapa, o *Conselho Constitucional*, provocado pelo Conselho de Estado (ou pela Corte de Cassação), pronuncia-se sobre a constitucionalidade da disposição legislativa. Cuida-se de um controle de conformidade e não de simples compatibilidade. A lei não é somente descartada naquele caso concreto, ela desaparece do ordenamento jurídico.

Essa importante reforma foi implementada sem dificuldade. Desde o primeiro ano de sua aprovação, mais de duas mil Questões Prioritárias de Constitucionalidade foram apresentadas perante os juízes de primeira e segunda instâncias. O Conselho de Estado e a Corte de Cassação proferiram 527 decisões: 124 de envio ao Conselho Constitucional e 403 de não envio. O Conselho Constitucional reconheceu a conformidade da lei com a Constituição em 56% dos casos, constatou a não conformidade (total, parcial ou com reserva) em 34% deles, e negou a admissibilidade da medida em 10% dos casos.

Os meandros do “diálogo dos juízes”. Durante muito tempo, a jurisprudência do Conselho do Estado não sofria qualquer “concorrência”. Já não é mais assim, constatando-se atualmente a necessidade de harmonizar as jurisprudências das jurisdições que, embora *supremas*, não são *soberanas*, resguardando cada uma delas sua liberdade de interpretação. Há a autoridade da *coisa julgada*, mas não da *coisa interpretada*.

Na França, a dualidade Conselho de Estado – Corte de Cassação é hodiernamente acompanhada de uma confrontação com outras jurisdições supremas: de um lado, o Conselho Constitucional; de outro, as jurisdições europeias: Corte de Justiça das Comunidades Europeias (sediada em Luxemburgo) e Corte Europeia dos Direitos do Homem (situada em Strasburgo), bem como, de maneira mais excepcional, as jurisdições internacionais.

Sendo o “ofício do juiz” o de assegurar a equidade e a segurança jurídica, ele deve controlar os riscos de divergências entre as jurisprudências. Mas esse “coro de muitas vozes” pode tornar-se uma força criadora. As situações de divergência são estimulantes para o progresso do Direito, e com o tempo os conflitos jurídicos, entre especialistas geralmente sábios e corteses, apaziguam-se, logrando-se uma harmonização e a unificação enriquecedora das contribuições de cada uma das jurisdições.

4 Regulação e contrato – Consensualismo e convivialismo

O “**tudo contratual**”. O fenômeno da contratualização é um dos aspectos mais significativos do pós-modernismo jurídico. Instrumento do Direito Privado, o contrato tornou-se uma figura da qual o Direito Público se apropriou. Esse livre acordo de vontades se presume apto a regular harmoniosamente as relações econômicas, sociais e políticas: o contrato social de Rousseau, o pacto federativo de Proudhon, economias planificadas e parcerias econômicas. A *boa governança* se desviaria das decisões autoritárias para desenvolver relações consensuais, uma adesão voluntária nascida da negociação. Ela optaria, tanto quanto possível, mais pelo “fazer fazer” do que pelo “fazer”, o que favoreceria o “fazer melhor” sem recair no “deixar fazer” (“laissez faire”).

O emprego do contrato ocorre nos setores mais diversos, tanto nos mais tradicionais — aquisições públicas e delegação de serviços públicos, contratos de uso de bem público, contratos de seleção de agentes públicos — quanto nos mais novos — contratos de relações de trabalho, de ação sanitária, de ação social, no domínio econômico e fiscal, em matéria educacional e mais recentemente em matéria ambiental.

Eles intervêm mais frequentemente entre a Administração e as pessoas privadas, mas os *contratos entre pessoas públicas* são também bastante desenvolvidos: contratos entre o Estado e as coletividades territoriais⁶ (*contrats de ville*,⁷

⁶ As *collectivités territoriales* consistem em divisões administrativas do Estado francês, dotadas de personalidade jurídica própria, competências administrativas específicas e liberdade de administração. A Constituição de 1958 as define em seu artigo 72, alínea 1, da seguinte forma: “As coletividades territoriais da República são as comunas, os departamentos, as regiões, as coletividades com estatuto especial e as coletividades ultramarinas regidas pelo artigo 74”, estabelecendo, ainda, que “Qualquer outra coletividade territorial será criada pela lei”. Na alínea 3 do mesmo artigo, a Constituição prevê que “Nos termos previstos pela lei, tais coletividades se administram livremente pelos conselhos eleitos e dispõem de um poder regulamentar para o exercício de suas competências”. [N.T.].

⁷ Os *contrats de ville* foram definidos por uma circular de 31 de dezembro de 1998 do então Primeiro Ministro Lionel Jospin como o instrumento “pelo qual o Estado, as coletividades locais e seus parceiros

contratos locais de segurança e de prevenção contra o crime, *contrats de pays*⁸) e uma gama cada vez maior de contratos entre as coletividades territoriais, que constituem um emaranhado de convenções, por vezes difíceis de desembaraçar.

Nos dias atuais, o recurso à fórmula contratual está “na moda”. O “tudo contratual” é compreendido como uma maneira consensual de administrar em parceria e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as próprias pessoas públicas. As relações são mais consentidas do que prescritas. Elas estão ligadas mais em rede do que de maneira piramidal. É uma abordagem pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, pela regulação e pela negociação.

O contrato permanece ainda como uma *fonte subsidiária* do Direito Administrativo e ele é *excluído* do exercício de funções de soberania, em que somente os atos unilaterais são concebíveis: exercício do poder regulamentar, da polícia administrativa... São casos em que o unilateral não pode ser substituído nem completado pelo bilateral.

Pós-pós-modernismo – Convivialismo. Contemporaneamente, o pós-modernismo parece ter envelhecido e é estimulante refletir sobre aquele que poderia se tornar um pós-pós-modernismo e um novo modo de organização social. O consensualismo se desabrocharia em um *convivialismo*, vale dizer, um novo contrato social no qual a participação dos cidadãos — que ao se comprometerem por todos comprometem-se também por eles mesmos — será mais efetivo.

Um novo princípio legitimaria as fontes do Direito: o da *solidariedade*. Por aqui e acolá ao redor do mundo se perguntam os economistas, os filósofos, sobre

se comprometem a implementar, de modo concertado, políticas regionalizadas de desenvolvimento solidário e renovação urbana, visando a lutar contra os processos de desvalorização de certas áreas das cidades”. Tal definição objetivava explicar o veículo por meio do qual, até o ano de 2006, visava-se a realização de projetos urbanos, com o escopo de intervir no meio-ambiente, na educação, dos transportes, na segurança, na cultura, nos serviços sociais, entre outras áreas. Para o período de 2007-2013, o governo francês passou a adotar a figura do contrato urbano de coesão social (*contrat urbain de cohésion sociale*). [N.T].

⁸ Um *pays* é composto por comunas ou agrupamentos de comunas dotadas de coesão geográfica, econômica, cultural e social, sendo constituído por força da vontade local para a promoção do desenvolvimento regional. Essa noção foi introduzida pela Lei nº 95-115, de 04 de fevereiro de 1995, que disciplinou o ordenamento do território e o desenvolvimento regional, posteriormente modificada pela Lei nº 99-533, de 25 de junho de 1999. Para determinar a sua estratégia de desenvolvimento, o *pays*: (i) edita uma Carta (*Charte de pays*), estabelecendo suas metas, objetivos, e orientações fundamentais; (ii) constitui um Conselho de desenvolvimento (*Conseil de développement*), que reflete sobre a política de desenvolvimento do território, emite pareceres, apresenta propostas e acompanha os projetos; (iii) celebra um contrato (*contrat de pays*) com a Aglomeração, o Departamento, a Região ou com o Estado francês, a fim de cumprir os seus objetivos de desenvolvimento. [N.T].

a necessidade de romper com a onipresença da ideologia de mercado a fim de promover outros valores, sociais, humanos, culturais. Eles questionam o utilitarismo e o preceito radical segundo o qual a “mão invisível do mercado” (Adam Smith) resolve tudo. Ganhadores do Prêmio Nobel, tal como Amartya Sen, buscam outros indicadores de crescimento para além do PIB e chega-se até a estudar a gratuidade como uma riqueza. Os juristas são demasiadamente alheios a esses debates que, no entanto, lhes dizem respeito diretamente, pois compete ao Direito fornecer as novas ferramentas aptas a fazer progredir esse caminho à convivialidade. Os progressos já existem e estão inseridos nos textos, mas sua implementação deve se tornar mais efetiva. Trata-se do advento de uma democracia administrativa participativa.

5 A democracia administrativa participativa

De “administrado” a “cidadão”. Quais procedimentos e quais métodos devem ser adotados para responder às exigências de uma “boa administração”? As reflexões foram por muito tempo focadas no *administrador* e em sua maneira de se comportar, e, no século passado, o modelo de Max Weber, fundado na racionalidade, na ordem e na hierarquia parecia apto a responder essas preocupações. A reflexão tomou nesses últimos anos outra dimensão. Não se trata mais apenas do comportamento dos administradores públicos, mas sim, sobretudo, do *comportamento dos administrados*. Também não se trata mais de cuidar da organização das “estruturas administrativas”, mas sim de responder à reivindicação da sociedade civil que reclama seu direito de participar da tomada de decisões que lhes dizem respeito. Cuida-se, ainda, de um objetivo de eficácia e de uma cultura do resultado, mas a partir de métodos e de procedimentos transfigurados por uma exigência superior: a da *democracia*.

E essa reivindicação dos administrados de não ser mais somente os *objetos* da ação administrativa, mas sim *sujeitos* plenos, *cidadãos*, teve por consequência o surgimento de uma forma original de democracia: a *democracia participativa*, conhecida também como *democracia deliberativa* — há poucas diferenças.

A Administração transparente. Grandes progressos foram realizados no que concerne ao direito dos cidadãos de obter da Administração — e sem ter que solicitá-las — informações sobre decisões que lhes afetam. As Leis de julho de 1978 e 1979 trouxeram os primeiros golpes nas muralhas da fortaleza administrativa e na sua tradição de sigilo: de um lado, a *comunicação dos documentos administrativos* se torna um direito que uma autoridade administrativa

independente, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), se encarrega de fazer respeitar; de outro lado, a *motivação* da maior parte dos atos da Administração é erigida à condição de princípio, contrariamente ao antigo princípio “pas de motivation sans texte”.⁹

O *direito à transparência e à informação* dos cidadãos é reconhecido, e não cessará de expandir suas fronteiras (ver artigos 1º e 10 do Tratado da União Europeia — consagração suprema). Desde 2005, tal direito foi constitucionalizado no artigo 7 da *Carta do Meio Ambiente*: “Toda pessoa tem o direito, nas condições e nos limites definidos pela lei, de ter acesso às informações relativas ao meio-ambiente detidas pelas autoridades públicas [...]”.

As consequências da recusa ou da insuficiência da informação ensejam a *responsabilidade por ato ilícito da Administração* com repercussões financeiras geralmente graves, notadamente nos grandes processos sobre a segurança ambiental e sanitária. Os numerosos processos em curso sobre as consequências dramáticas da utilização do *amianto*, material amplamente empregado nas construções públicas e privadas, fundam-se na ausência de informação sobre os riscos graves para a saúde que relatórios científicos vieram a revelar anos depois. O desconhecimento dos princípios da prevenção e da precaução, aqui difíceis de distinguir, é sancionado.

A Administração dialógica. O segundo grau da democracia participativa é o do diálogo, isto é, a organização facultativa ou obrigatória de um *debate aberto aos cidadãos*, antes da tomada de decisão. O que deve vir primeiro é, evidentemente, a informação: como debater proveitosamente sem ser anteriormente informado sobre todos os aspectos de um projeto? O diálogo se abre amplamente à sociedade civil e dispõe de uma grande liberdade em sua organização. Ele se distingue da *consulta*, que é limitada a um grupo restrito de especialistas, de profissionais ou de grupos de interesses, e que é institucionalizada.

As práticas das instituições da União Europeia são um ótimo espaço para o diálogo: assim é que Comissão Europeia encontra-se obrigada a submeter suas proposições a um amplo debate de ideias que são registradas em um “Livro verde” e a apresentar diversas opções possíveis que são reunidas em um “Livro branco”.

Na França, certos procedimentos facilitam o espaço para o diálogo: *pesquisa pública chamada “democratizada”* quando um projeto é suscetível de prejudicar o

⁹ O princípio “pas de motivation sans texte” significava que não precisaria haver motivação dos atos administrativos sem que houvesse uma exigência normativa explícita que a determinasse. De tal modo, a regra geral seria a da desnecessidade de motivação, salvo nos casos expressamente previstos textualmente em uma disposição normativa.

meio ambiente, *Comissão nacional do debate público*, qualificada como autoridade administrativa independente, diálogo obrigatório no âmbito das comunas antes de qualquer operação de planejamento.

Um procedimento de diálogo frequentemente citada como modelo é o do vasto debate destinado à adoção de uma *Carta do Meio Ambiente* e de grandes leis ambientais, as quais foram introduzidas em 03 de agosto de 2009 (Lei Grenelle I) e em 12 de julho de 2010 (Lei Grenelle II). O debate se desenrolou entre julho e dezembro de 2007 e consagrou a ideia de uma “governança a cinco”: Estado, coletividades territoriais, empresas, associações e organizações não governamentais. Os cinco setores dialogaram no âmbito de seis grupos de trabalho temáticos, em fóruns, discussões e negociações ao longo de todo o território e 34 comitês foram enfim encarregados de formalizar as proposições que foram submetidas ao Parlamento.

Deve-se também fazer referência aos novos procedimentos de consulta chamados “de consenso”: as “conferências de cidadãos”, que reúnem uma amostra representativa da população e de especialistas para debater sobre temas sensíveis. Foi o que ocorreu, em 1998, em relação aos organismos geneticamente modificados, em 2006 em matéria de nanotecnologias e em 2009 para a revisão das leis sobre a bioética. Ainda mais inovadoras são as “conferências abertas”, envolvendo novas tecnologias e sua retroatividade: a Lei de 17 de maio de 2011, trazendo a simplificação e o melhoramento do Direito, previu que as conferências organizadas na internet podem ser substituídas, se a Administração assim decidir, por consultas obrigatórias.

O problema suscitado pelos procedimentos de diálogo é o de saber como fazer para que as observações e as conclusões desses debates sejam levadas em consideração pela decisão que será tomada. Passa-se então ao grau superior da democracia participativa: o procedimento de participação.

A Administração participativa. Trata-se, como já se disse, do grau superior da Administração deliberativa, porque estabelece procedimentos que permitem a *consideração efetiva*, pelas autoridades públicas, das críticas e proposições feitas no curso do diálogo. Sua progressão é lenta, mas os avanços, ainda modestos, são promissores.

O princípio da participação foi recentemente constitucionalizado no artigo 7 da *Carta do Meio Ambiente*. Sem dúvida a fórmula continua muito genérica e limitada ao meio ambiente, mas é inequívoca quanto ao direito de cada cidadão: “Toda pessoa tem o direito [...] de participar da elaboração das decisões públicas que possuam uma incidência sobre o meio ambiente”.

Além disso, um texto importante que diz respeito também ao direito ao meio ambiente, seguramente veiculador de muitas inovações, a *Convenção de Aarhus*, firmada em 25 de junho de 1998 na Dinamarca e que versa sobre “o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça em matéria de meio-ambiente”, impõe em seu artigo 7 a participação do público no que concerne aos planos, programas e políticas relativos ao meio ambiente, e em seu artigo 8 prevê a promoção da “participação efetiva do público em uma etapa apropriada — e enquanto as opções estejam ainda em aberto — durante o período de elaboração das disposições regulamentares e outras regras juridicamente vinculativas”. Os detalhamentos são fornecidos pela Lei de 12 de julho de 2010.

Os progressos da democracia participativa na França poderiam se inspirar em certos *modelos estrangeiros*: agências especializadas, *notices and comments*, *facilitators* nos Estados Unidos; estudos de impacto com obrigação de levar em consideração as críticas e de explicar as escolhas no Canadá, Conselhos de sábios na Suécia...

Todas as Administrações do mundo se encontram hoje confrontadas com a necessidade de conciliar dois movimentos contrários: a globalização e a mundialização dos problemas de um lado, e a multiplicidade e a dispersão dos centros de poder e de informação de outro lado. Os velhos princípios de verticalidade e de hierarquia na organização dos Poderes são complementados pelos de horizontalidade e de rede. A pirâmide de Kelsen ainda continua de pé, mas, tal como o gigante Gulliver, ela é inserida em uma infinidade de conexões complexas.

O Direito Administrativo francês se encontra em uma fase de profunda mutação. Uma das mais interessantes é a nova abordagem do engajamento cívico que coloca em pé de igualdade os direitos e os deveres. O administrado, promovido a cidadão, ao lado de seus novos direitos tem também novos deveres: o de se informar, o de discutir, o de questionar e o de participar. A “boa administração” exige certamente bons administradores, mas também — e sobretudo — bons cidadãos.

The Mutations of French Administrative Law

Abstract: The French Administrative Law experienced significant changes in relation to its initial configuration developed in the nineteenth century. This article is intended to present some of the main changes in this area of law

in France, giving focus to issues such as the proliferation of sources of law, its globalization, constitutionalization, regulation and contract and participatory administrative democracy.

Key words: Mutations of French Administrative Law. Globalization. Constitutionalization. Contractualization. Participatory administrative democracy.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.

Recebido em: 20.06.2012

Aprovado em: 14.08.2012