



HAL
open science

Os discipulos administrativistas de MAURICE HAURIOU

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Os discipulos administrativistas de MAURICE HAURIOU. Revista Opinião jurídica, 2005, 3 (6), pp.353-372. halshs-00125708

HAL Id: halshs-00125708

<https://shs.hal.science/halshs-00125708>

Submitted on 22 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

OS DISCÍPULOS ADMINISTRATIVISTAS DE MAURICE HAURIU

Eric Millard

(traduit par Valeschka Braga e Silva)

Revista Opinião Jurídica Ano III-nº 6 2005.2 (353-372)

Uma preocupação elementar de realismo e de honestidade leva, inicialmente, a prevenir os leitores de que não será possível tratar a totalidade das questões que um título talvez um pouco rapidamente escolhido impõe. Tentar-se-á falar *Sobre os discípulos administrativistas de Hauriou*, indagando-se mais precisamente se eles perpetuam uma Escola da qual Hauriou seria o fundador e da qual seu pensamento seria o alicerce.

Pensando bem, tal reformulação não é necessariamente ilegítima: chega-se sempre tarde e o estado atual do direito administrativo já foi longamente e pacientemente relatado, sobretudo por Lucien Sfez que, em uma tese clássica analisando a *Contribuição do decano Hauriou ao direito administrativo francês*, dedica um longo capítulo (mais de 130 páginas) à difusão do pensamento administrativo de Hauriou na doutrina.¹ Tema após tema, sem deixar de lado qualquer autor importante que seja, Lucien Sfez mostra e mede as relações entre doutrinas, questiona os discípulos para ver o grau de fidelidade e as eventuais distâncias, em síntese, ele delimita as questões.

É verdade que a tese de Lucien Sfez tem agora mais de trinta anos. Mas se ela deve ser completada, se há eventualmente uma renovação do interesse administrativista para Hauriou, é provável que os ensinamentos gerais que Lucien Sfez pôde tirar sobre estes pontos da influência doutrinal não devem ser radicalmente modificados.

A primeira constatação que deve ser feita abordando este tema é a de sua amplitude: nada escapa a Hauriou em direito administrativo. Se não for a globalidade da análise, cada um encontrará, que em tal desenvolvimento de seu compêndio, que em tal comentário de jurisprudência, matéria para enriquecer sua reflexão, e cada um deve reconhecer quem, sobre uma ou outra questão, é ou pode ser discípulo de Hauriou.

Mas a segunda observação se refere à apreensão deste pensamento: ele é evolutivo, às vezes contraditório, em todo caso *a priori* renitente em ater-se em uma doutrina, que seria a de uma Escola claramente identificável. Lembramo-nos, por exemplo, da dialética entre o poder público e o serviço público: dialética no tempo, para saber qual dos dois elementos caracteriza o direito administrativo; mas dialética também na estrutura, pois a prioridade dada a um (o poder) só se concebe em uma relação dialética à outra (o serviço). Em que então se apoiar? Jean Rivero já constatava que na unidade subjacente do pensamento preferia seu movimento.²

Não podendo retomar aqui todos os temas, todos os autores, todos os escritos, pareceu possível tentar esclarecer apenas algumas pistas: falar sobre os discípulos, interrogar-se sobre a própria Escola, esclarecer as relações entre Hauriou e o direito administrativo.

¹

SFEZ, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 333-478.

²

RIVERO, Jean. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann Toulouse*, 1968, p. 140 et seq.

Se nós estamos estivesmos reunidos sob a égide da Sociedade Francesa para a Teoria e a Filosofia Políticas e Jurídicas, foi para debater essencialmente a sobre a teoria e sobre a filosofia jurídicas de Hauriou. Poderia parecer, então, surpreendente que uma comunicação se atenha ao Direito Administrativo.

É, portanto, à primeira vista, a matéria que Hauriou mais destacou com sua marca (ao ponto de ele ser muitas vezes apresentado como um de seus fundadores³), e a quantidade de documentos que ele dedicou ao assunto (as 11 edições do compêndio de direito administrativo, os 3 volumes de comentários de jurisprudência) são o testemunho.

Obra de técnico do direito? Obra de filósofo do direito?

Vê-se aí uma ambigüidade a considerar: o Direito Administrativo concebido por Hauriou é, para retomar a expressão de Jean Rivero, “um direito sem fronteira, disciplina de síntese que se alimenta de todos os ramos do conhecimento jurídico e não jurídico”.⁴

E se se pretende ater a seguir os discípulos administrativistas de Hauriou, é na intenção de compreender o Direito Administrativo como uma matéria não separada da construção de um sistema jurídico e explicativo global.

Para avaliar se há Escola, se há discípulos – isto é, se há uma vontade por parte dos administrativistas de incorporar uma parte significativa do pensamento de Hauriou - é preciso definir um elemento de coesão e de referência, parece que o que caracteriza evidentemente a atitude daquele fundador, real ou hipotética, não é menos fundado que uma outra.

Espera-se que avançando na comunicação os ensinamentos que uma tal grade desvendará lhe darão uma legitimidade que talvez lhe falte à simples afirmação, mas não posso aqui, buscar mais adiante, sem correr o risco de tratar uma outra comunicação: aquela sobre a noção de Escola.

Esta dificuldade levantada a efeito faz surgir logo outras. Elas podem se concentrar em torno de uma questão de legitimidade/verdade teóricas.

O exercício ao qual lhes convido tende, finalmente, a aproximar teorias ou doutrinas as mais diversas – já que, por definição, a recepção em Direito positivo, notadamente em jurisprudência, é excluída da análise – cujos únicos pontos comuns são, talvez, os de se ligar de uma maneira em que o essencial reste ainda a ser desvendado, no pensamento de Hauriou, e de versar mais ou menos sobre o Direito Administrativo.

Seria preciso comparar estas doutrinas entre si a fim de apreciar seus pontos comuns, o que permitirá falar de “Escola”.

Seria preciso julgar seu grau de parentesco com o pensamento de Hauriou – ou, talvez, os pensamentos, pois o plural justificaria o caráter evolutivo e atento do mesmo – a fim de verificar se há motivo para se falar de discípulos.

Eis uma interpretação a ser feita, medidas a serem efetuadas, de julgamentos a serem feitos...

³ BERTHÉLÉMY. Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse. *Plaque Sirey*, Paris, 22 avr. 1931.

⁴ RIVERO, Jean. Maurice Hauriou et le droit administratif., *op. cit.*, p. 146.

E isto deve ser feito – em um tempo reduzido – abstendo-se, finalmente (ou tentando se abster) de levar em consideração o valor intrínseco destas teorias e doutrinas. A análise que nos retém não se atém sobre o valor das teorias estudadas como tal, mas sobre seu nível de parentesco ou de relação com uma outra teoria, a de Hauriou da qual há de se convir, sua pertinência permanece em debate.

Ora os discípulos eventuais de Hauriou não tentaram reproduzir de qualquer maneira uma verdade revelada: o pensamento de Hauriou. Eles quiseram fazer sua própria reflexão, nos termos que julgavam pertinentes, e retendo de Hauriou, como de outros, o que lhes parecia justo e útil.

Apareceram evidentemente dificuldades desde que nos propomos, como já foi dito, a fazer no campo do Direito Administrativo uma investigação tomando seus fundamentos da filosofia jurídica de Hauriou. Aqui as filiações nem sempre serão reveladas; como as investigações de paternidade nem sempre serão admissíveis; será preciso eventualmente revirar os textos, ligar-se ao que pode parecer uma questão de detalhe (as citações, as referências, etc.).

A revelação destas dificuldades não depende da simples polidez retórica. Quer-se assim informar claramente que não se trata de questão de construções definitivas, nem de julgamentos de valor. A reflexão – em todos os sentidos da palavra - sobre os discípulos administrativistas de Hauriou só parece ter interesse para nos remeter às concepções, sem dúvida diversas, talvez contraditórias, em todos os casos imprecisas, que fazemos de seu pensamento.

Dito isto, resta a detalhar como apreender estas questões, desvendar a grade proposta.

Parece, inicialmente, que só se pode constatar, como um fato objetivo, que uma parte da doutrina se julga bastante consciente das idéias de Hauriou e faz uso de alguns de seus conceitos – como outra parte se declara abertamente hostil.

A análise mostra que estes discípulos se encontram essencialmente para tentar defender, no campo do Direito Administrativo, conceitos que eles utilizam de maneira diferenciada em suas análises, sem ligá-las sempre ao sistema jurídico global de Hauriou, introduzindo assim uma distorsão.

Esta dupla caracterização (discípulos/defensores – discípulos/administrativistas) exige que se procure saber se a abordagem fragmentada (limitada ao Direito Administrativo) da obra de Hauriou permite realmente relatar uma fidelidade de sua atitude e, leva a duvidar que possam existir, assim definidos, discípulos administrativistas de Hauriou.

I – Um fato : a existência em Direito Administrativo de uma Escola defensora de Hauriou

Além dos empréstimos esparsos das análises técnicas propostas por Hauriou, pode-se destacar, a partir dos últimos escritos de Hauriou, e ainda no âmbito da literatura de Direito Administrativo que lhe é posterior, uma corrente relativamente homogênea, embora minoritária, que parece poder constituir uma Escola.

Esta Escola se caracteriza mais pela reação, que pela construção: ela pretende defender a validade dos conceitos propostos por Hauriou, que são constatados pela doutrina administrativa dominante, sem buscar necessariamente resgatar uma abordagem comum a diversos juristas que recorreriam, identicamente, a Hauriou.

O ângulo da defesa, assim caracterizado, constitui o único elemento de homogeneidade que reúne autores tendo um pensamento que lhes é próprio. Estes fatos e motivações não são sem conseqüências sobre a imagem que é forjada do pensamento de Hauriou, que foi desta forma difundida e retomada.

Que nos coloquemos inicialmente sobre o terreno da defesa quando se aborda Hauriou, não deve causar admiração: as propostas que ele formula, seu sistema, bem como seu vocabulário e seus conceitos provocaram fortes críticas, a ponto de Jean Rivero ver na violência das hostilidades que ele suscitava o último «sinal da sobrevida de Hauriou».⁵

Podemos acreditar que a amplitude destas críticas serviu de alicerce para uma *Escola Hauriou* no Direito Administrativo.

Dois conceitos chaves do pensamento de Hauriou podem nos dar uma idéia do mecanismo federativo assim proposto.

O primeiro é o do poder público.

Hauriou é para os administrativistas franceses, o fundador de uma Escola, a do poder público, que se oporia a uma outra Escola, a de Bordeaux, a do serviço público. Que Hauriou se tenha oposto à Escola do serviço público é perfeitamente admissível, e basta lê-lo sobre este ponto: ele não é sensível sobretudo em relação a um Jèze⁶ ainda que ele não dirija as mesmas críticas a Duguit.

Portanto, esta oposição é negada, ou mais exatamente, ela é marginalizada por Jèze, que a considera sem influência, qualificando o poder público de velha teoria cujos adeptos desaparecem um a um. Foi preciso, então, que Hauriou se defendesse.⁷ Georges Vedel registra e substitui esta resistência quando, alguns anos mais tarde, ele insiste no fato de « só o Decano Hauriou havia mantido fortemente a idéia do poder público».⁸

Eis uma defesa que decorre da existência do pensamento de Hauriou: face ao imperialismo da Escola de Bordeaux, dizer e lembrar que um outro pensamento se tinha manifestado, que não se pode ignorar.

A Escola do poder público (autoridade pública) insiste em que ela conteste o monopólio da Escola do Serviço Público; mais, nós diremos que a uma adesão dos discípulos, a uma teoria positiva do poder (autoridade?) público.

Uma segunda ilustração pode ser tirada do conceito de decisão auto-executória.

De acordo com Hauriou, trata-se de « *toda declaração de vontade para produzir um efeito de direito, em face aos administrados, emitida por uma autoridade*

⁵ RIVERO, Jean. Maurice Hauriou et le droit administratif. , *op. cit.*

⁶ HAURIOU, Maurice Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 1927 (Préface)

⁷ *Ibid.*

⁸ VEDEL Georges *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris : EDCE, 1954, p. 21 e seq.

*administrativa em uma forma executória, isto é, em uma forma que ocasiona a execução de ofício».*⁹

Este conceito-chave do pensamento de Hauriou, que procede de uma declinação dogmático-doutrinal (em Direito Administrativo) de uma Teoria Global do Direito (a Instituição), foi muito criticado, sobretudo por Prosper Weil¹⁰ & Charles Eisenmann.¹¹

Esta última crítica é feita a Hauriou, seja por ter confundido na terminologia (*auto-executória, execução de ofício*) o caráter *obrigatório* do ato unilateral (normatividade do ato: sua força jurídica) com sua execução (regime do ato), seja por ter generalizado a hipótese extrema da execução forçada no conjunto dos atos unilaterais. Hauriou cometera, então, um erro teórico (a unilateralidade confundida com o executório) ou um erro sobre o direito positivo (privilégio geral de execução forçada reconhecida na administração). No final, e com uma certa ironia, Eisenmann considera que as opiniões de Hauriou são densas e surpreendentes e conclui pela recusa da noção.

Aqui ainda a análise da doutrina mostra os discípulos Hauriou que o defendem.

Alguns (Georges Vedel¹², Jean Rivero¹³, etc.) o fazem simplesmente, apesar destas grandes críticas, a utilizar o termo, e precisando claramente o sentido que lhe dão (e é em geral o sentido de Hauriou: o privilégio da auto-executoriedade, a decisão sendo normativa e devendo ser executada previamente ao recurso ao juiz).

Outros atacam diretamente à crítica de Eisenmann para fazer justiça a Hauriou e tentar restabelecer a boa essência de seu pensamento. Sobretudo Lucien Sfez¹⁴ e Roger Gérard Schwartzberg¹⁵, que demonstram que a censura acerca da confusão entre a auto-executoriedade e a execução forçada é inaceitável, tendo Hauriou separado claramente em seus estudos as duas questões – o que não seria o caso de autores posteriores como Rolland, que as teriam confundido com o termo de *auto-executória*, obscurecendo ainda mais, contrariamente, o pensamento de Hauriou.

Assim, uma unidade se faz em torno de Hauriou. Identificam-se ataques violentos e mal fundados contra seu pensamento e une-se uma parte da doutrina administrativista em sua defesa: surge, então, uma Escola.

O vocabulário utilizado, na proporção dos ataques sofridos, permite, sem dúvida, pôr em evidência esta modalidade constitutiva de uma Escola, composta de certos autores. O próprio Hauriou, respondendo a Jèze, escrevia: «a defesa é fácil, sobretudo se passamos ao contra-ataque»¹⁶. Lucien Sfez, referindo-se à decisão auto-executória fala da «hostilidade de Charles Eisenmann»¹⁷ e Roger Gérard

⁹ HAURIUO, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 356.

¹⁰ WEIL, Prosper. *AJDA*, 1956, p. 267.

¹¹ EISENMANN, Charles. *Cours de doctorat*. T. II Paris : LGDJ, 1982, p. 743 e seq.

¹² VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris : PUF, 1992, p.243 et s

¹³ RIVERO Jean. *Droit administratif*. Paris, Dalloz, 1983

¹⁴ SFEZ, op. cit., p. 406-428.

¹⁵ SCHWARTZENBERG, Roger Gérard. *L'autorité de chose décidée*. Paris: LGDJ, 1969, p. 104 et s..

¹⁶ HAURIUO. *Précis...*, op. cit., préface.

¹⁷ EISENMANN, op. cit., p. 410.

Schwartzberg, sobre o mesmo tema, evoca os «censores de Hauriou»¹⁸, constatando que há «erro de alvo» e «balas perdidas».¹⁹

Se Hauriou foi assim o primeiro a se defender, não nos parece, entretanto, que seus «discípulos» procedam sempre a uma defesa do mesmo tipo.

Hauriou fala claramente em seu prefácio da 11ª edição do *Compêndio de Direito Administrativo (Poder Público e Serviço Público)*²⁰ de «contra-ataque». Face ao exposto das teses jézianas, ele responde por uma perspectiva dialética de seu pensamento. Lá onde Jèze anuncia o lado exclusivo do serviço público e critica a análise do poder público, Hauriou retoma os dois termos para definir a relação dialética que se institui entre eles e que obriga a ver um termo primeiro (o poder público) e um segundo termo (o serviço público). E ele se ocupa em precisar porque o poder deve prevalecer (pois o próprio do direito são os meios), e porque o serviço público, embora segundo, deve ser levado em consideração de modo essencial (auto-limitação objetiva do poder). A defesa aqui é construtiva do pensamento do autor no sentido de que ela recusa uma mera síntese, mesmo se simultaneamente ela a simplifique, associando, pelo menos na aparência, o poder público aos únicos meios.

Encontraríamos antes deste célebre exemplo, outros textos de Hauriou nos quais, face às críticas que lhe são dirigidas – ou que ele dirige a si mesmo —, ele reformula seus pensamentos, abandona seus elementos que não lhe satisfazem mais, revê suas articulações... O método não é novo, e quando muito se pode dizer que em 1927, neste prefácio, Hauriou se defende talvez mais que antes, que os ataques se tornaram mais intensos ou que seu pensamento tenha atingido o equilíbrio que ele procurava.

Mas seus discípulos nem sempre podem praticar esta defesa construtiva salvo para adotar completamente e reproduzir o conjunto do pensamento de Hauriou. E porque eles têm sua própria temática, a defesa que eles fazem dos conceitos de Hauriou só pode ser uma defesa imóvel e imobilizante, o que não ocorre sem alguns inconvenientes.

Quando nos defendemos não somos totalmente senhores do discurso. E é com razão que Hauriou, em 1927, falava de contra-ataque: para não se deixar envolver pelos adeptos da Escola do Serviço público em uma alternativa *serviço público* contra *poder público*, fim contra meio, mas para deslocar o debate sobre o campo da relação entre os dois elementos, tão indispensáveis um quanto o outro, mas em uma necessária subordinação intelectual.

Os defensores administrativistas de Hauriou não fizeram, creio eu, tal tentativa e foram obrigados a intervir, conscientemente ou não, sobre um terreno e com relação a temáticas que eles não tinham escolhidos.

E se sobre a questão do poder público, finalmente, Hauriou próprio se tinha defendido e tinha precisado seu pensamento com relação às teorias a ele anteriores ou contemporâneas, oferecendo uma referência às análises futuras, o mesmo não aconteceu quanto à decisão auto-executória. Portanto, é sobre esta questão que ele foi claramente atacado após sua morte, sobretudo como foi dito por Charles

¹⁸ HAURIUO, *op. cit.* p. 110.

¹⁹ *Ibid.*, p. 113.

²⁰ *Ibid.*, préface.

Eisenmann, em referência a uma análise do Direito, o Normativismo, sobre a qual aparentemente Hauriou não tinha efetivamente entendido.²¹

Os que defenderam Hauriou desta oposição doutrinária tiveram de fazê-lo sobre o terreno balizado por Charles Eisenmann, segundo os ataques e os argumentos que este tinha adiantado, sem se referir a alguma argumentação não desenvolvida por Hauriou sobre estas críticas.

Gostaria de ilustrar, para depois me deter sobre as conseqüências que delas resultam.

Eisenmann havia contestado que se possa falar de *executório* de maneira geral para os atos normativos. Segundo ele, o recurso a uma tal terminologia procederia de uma análise que ligaria a sanção a qualquer decisão, e desprezaria uma distinção fundamental entre os atos imperativos e os atos permissivos.

Lucien Sfez se opõe à crítica de Eisenmann e pretende defender Hauriou.²² Ele afirma que, para Hauriou, a decisão auto-executória não seria confundida com o ato unilateral: existiriam atos unilaterais permissivos e atos unilaterais imperativos (somente estes últimos constituindo a categoria da decisão auto-executória).

Esta afirmação de Lucien Sfez contém dois elementos :

a - a *decisão executória não é confundida com o ato unilateral*. Lucien Sfez tira este argumento mais dos escritos dos discípulos de Hauriou (que esclarece seu pensamento) que daqueles de Hauriou. Ele se baseia nas distinções propostas por Jean Rivero e Georges Vedel segundo os quais a decisão auto-executória é uma categoria de atos unilaterais que se opõem aos atos unilaterais não normativos.

b - a *decisão auto-executória seria o ato unilateral imperativo*. Ora, isto procede de uma confusão entre *normativo e imperativo*: um ato normativo pode ser imperativo ou permissivo. Um ato não normativo não pode sê-lo. Imperatividade e permissividade são duas características que se ligam à noção de obrigatório. Se em Hauriou, como em Georges Vedel e em Jean Rivero, *decisão auto-executória* significa *decisão obrigatória* ou normativa, a decisão auto-executória é tanto a decisão imperativa quanto a normativa.

Lucien Sfez defende claramente Hauriou no terreno balizado por Eisenmann: ele não o defende com os argumentos de Hauriou mas com os argumentos do próprio Eisenmann. Melhor dizendo, ele defende um Hauriou como Eisenmann o imagina. Este, criticando de maneira não muito clara, duas coisas totalmente diferentes e contraditórias a Hauriou (*executório* = execução forçada; *executório* = obrigatória), mostram assim um Hauriou que misturaria estes dois sentidos e que se não reteve pura e simplesmente ao sentido de execução forçada atrás da auto-executória, teria pelo menos reservado o sentido de auto-executória para atos normativos sancionados (submetidos à obrigação de execução).

É uma leitura criticável àquela que faz Eisenmann: um ato permissivo é obrigatório porque ele é normativo, isto é, simplesmente porque ele modifica o direito (criando direitos como se criam obrigações) e porque se deve respeitar a modificação intervinda; e não porque haveria uma sanção particular.

²¹ V., por exemplo, as páginas que ele dedica a Kelsen no seu Compêndio de Direito Constitucional, publicado em 1929 (Paris:

Sirey).

²² SFEZ, *op. cit.*

Tomada na lógica do ataque eisenmaniano, a defesa de Sfez se afasta consideravelmente do pensamento de Hauriou: ela tende mais a validar a leitura de seu contraditor.

Ora, por tabela, e não é a menor das conseqüências, esta defesa da decisão auto-executória feita por Sfez comporta os pressupostos que Eisenmann descobre e critica em Hauriou. Lucien Sfez tem consciência disto quando ele indica que Charles Eisenmann «quis considerar *a priori* que a imagem que Hauriou se fazia da administração era uma imagem de administração-poder público, e somente poder público, imperativo e susceptível de reprovação».²³

O poder público ocupa seguramente um lugar central em Hauriou, menos, sem dúvida, e voltarei ao assunto, que em alguns de seus discípulos. Mas menos igualmente do que pretende Eisenmann. Porque o poder público não está sozinho.

Para se defender contra a Escola do Serviço público – mas podia ele agir de outro modo? - Hauriou correu o risco de ver seu pensamento contido na idéia de *poder público*, e suas análises reconduzidas a este *único* conceito. A ponto de seus discípulos (Jean Rivero²⁴, Paul Couzinet²⁵, etc.) lembrarem, periodicamente, que a idéia de serviço público está longe de lhe ser estranha e que ele foi possivelmente seu «inventor».

Portanto, Eisenmann, como a maior parte da doutrina e mesmo alguns discípulos de Hauriou (Georges Vedel, notadamente), têm a convicção de que o que caracteriza Hauriou, é o único poder público.

Jean Rivero, a quem esta crítica pode ser dirigida, o afirma como «doutor oficial do poder público».²⁶ E, quando Eisenmann compara o sistema das *bases constitucionais* de Georges Vedel ao pensamento de Hauriou, ele descreve que este último pensava que, comparado ao serviço público, «o poder público era a noção verdadeiramente fundamental das duas»: contra-senso ou redução, que se explica pela posição adotada de uma análise simplesmente administrativista. Mas a referida posição que imobiliza o pensamento de Hauriou em torno da figura que seus contraditores desenharam desliza e reconstrói o pensamento de Hauriou sobre bases que não são mais exatamente as suas.

E é claro que este deslize tende a desvalorizar este pensamento, simplificando-o e caricaturando-o.

Aí ainda o vocabulário é revelador. É um “lugar comum”, doravante, dizer que Hauriou empregava uma terminologia confusa e que não se precisa fazer muita censura a seus contraditores por não tê-lo compreendido. E são seus discípulos, isto é, aqueles que o defenderam, os primeiros a dizer. Lucien Sfez fala do desdenho de Hauriou pelo rigor na escolha das palavras²⁷. Roger Gérard Schwartzenberg coloca a virtude da etimologia e do rigor da língua do lado de Charles Eisenmann, lamentando «desvios de linguagem de Hauriou».²⁸

Não direi para contradizê-los que Hauriou era um lingüista perfeitamente rigoroso.

²³ *Ibid.*, p. 415.

²⁴ RIVERO, Jean. Hauriou et l'avènement de la notion de service public Hauriou. In: *Mélanges Mestre*. Paris, Sirey, 1956.

²⁵ Couzinet, Paul, Ann. Toulouse 1968, p. 157 et s.

²⁶ RIVERO Jean, *ibid*

²⁷ SFEZ, *op. cit.*, p. 428-429.

²⁸ SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 110.

Mas a escolha que ele tinha das palavras não era, como veremos, totalmente aleatória.

E creio que ceder diante da terminologia eisenmaniana significa, implicitamente, ceder diante de sua análise, isto é, a não mais defender o pensamento de Hauriou, mas a tentar simplesmente desculpar seus eventuais erros diante de um normativismo eisenmaniano triunfante, que fixa os termos do debate.

Pierre Delvolvé recomenda, assim, a fim de levantar a ambigüidade sobre a noção de auto-executória, de renunciar em recorrer à expressão *decisão executória*, preferindo-a àquela de *ato unilateral*.²⁹ Roger Gérard Schwartzberg parece querer, com Charles Eisenmann, reservar o emprego do conceito auto-executória no caso de execução forçada.³⁰ De maneira geral, percebe-se que os termos auto-executória³¹ e, sobretudo, *execução de ofício* são tomados e utilizados mais pela doutrina³² nos sentidos propostos por Eisenmann, que naqueles dados pelos discípulos de Hauriou.

Dizer que de maneira absoluta o debate Eisenmann-Hauriou sobre a questão do ato administrativo possa se resolver em se dando vantagem ao primeiro – contanto que haja realmente lugar para debate — eis uma coisa possível, ainda que Eisenmann nunca a tenha colocado nos termos de Hauriou, sem proceder antes a uma reconstrução do discurso sobre a decisão auto-executória.

Mas não defender o vocabulário de Hauriou significa, pura e simplesmente, não defender seu pensamento, pois finalmente, o conceito proposto por Hauriou é, pelo fato desta reconstrução e deste posicionamento com relação à leitura de Eisenmann, totalmente vazio de sua substância.

Hauriou está assim condenado, inclusive por alguns de seus discípulos, sem que seu pensamento seja justificado e realmente confrontado à crítica eisenmaniana. A este respeito, a escolha teórica que fizeram, por exemplo, Georges Vedel e Jean Rivero, de continuar a falar de decisão auto-executória, sem dever necessariamente se justificar, senão por uma explicação do sentido e por um uso lógico e rigoroso com relação a uma análise global, em todo caso, sem se referir à «falsa disputa»³³ de Eisenmann, constitui a melhor resposta.

Tais debates persistem, tendo sido forjada por seus detratores e confortada por alguns de seus discípulos a imagem de um Hauriou pouco rigoroso, que teria confundido em palavras confusas a natureza e o regime do ato.

A defesa mostra que o erro seria só semântico e não conceitual: mas só temos a desculpá-lo reconhecendo que houve erro. Não se restabelece seu pensamento que o exoneraria do erro, estabelecendo as conexões que desvendariam sua lógica.

Hauriou é então fechado, imobilizado, sobre um terreno de onde seus discípulos não procuram verdadeiramente libertá-lo e que não é o seu mas o de seus contraditores.

Hauriou est alors enfermé, figé, sur un terrain d'où ses disciples ne cherchent pas vraiment à le dégager, et qui n'est pas le sien mais celui de ses contradicteurs.

²⁹ DELVOLVÉ, Pierre. *V° L'acte administratif*. Paris, Répertoire Dalloz

³⁰ SCHWARTZBERG, *op. cit.*, p. 110.

³¹ V. notadamente CHAPUS, René. *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, n° 557.

³² Pode-se dizer assim que a ação de ofício é a execução forçada (DE LAUBADERE; VENEZIA ; GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. T. 1. Paris: LGDJ, 1999, n° 977).

³³ A expressão é de SCHWARTZBERG, *op. cit.*, p. 106.

Este terreno é aquele da dogmática do Direito Administrativo. E é então a possibilidade de permanecer fiel a Hauriou sobre o único terreno do Direito Administrativo que está em questão.

II – Uma interrogação: pode-se ser discípulo « administrativista » de Hauriou ?

A interrogação que surge é a seguinte: é possível considerar que se possa ser fiel ao modo de ser de Hauriou em um grau suficientemente elevado para desencadear a qualificação de discípulo, e permitindo de isolar uma Escola fundada por Hauriou? A resposta parece positiva desde que a filiação se faça sobre o único terreno dogmático-doutrinal do Direito Administrativo, e que o pensamento farto de Hauriou:

a – de um lado se manifesta pelo menos nos campos da Filosofia do Direito, da Teoria do Direito, da Sociologia do Direito.

b – de outro lado é totalmente fundado na idéia de conexão entre diversas abordagens e nunca separa a técnica do Direito Administrativo de outras considerações e, sobretudo, da Teoria da Instituição.

De outro modo, a atitude dogmático-doutrinal de Hauriou defendida pelos administrativistas, e à qual eles se ligam, é isolável no âmbito do pensamento de nosso autor: ela existe em seus escritos como corpo separado, beneficiando de sua própria lógica e se bastando a ela mesma? Ou é ela uma reconstrução do pensamento de Hauriou, fruto de uma ruptura artificial, objeto de um reducionismo?

A resposta só pode ser atenuada.

Caso se tratasse de excluir pura e completamente a dogmática jurídica herdada por Hauriou em benefício da única abordagem institucional, a interrogação levaria evidentemente a um contra-senso. Muitas considerações de Direito Administrativo de Hauriou permanecem válidas e podem ser compreendidas sem referência sujeita ao sistema de análise que as inspira. Daí vem a continuidade da influência do comentarista. E o próprio Charles Eisenmann afirmava, desde 1930, que os aspectos técnicos da obra de Hauriou — como de Duguit — permaneceriam « a contribuição mais duradoura e mais preciosa no progresso das ciências jurídicas ».³⁴

Mas desde que a evidência das abordagens dogmática e teórica permite esclarecer conceitos que utiliza a primeira (a análise do Direito Administrativo) por construções que propõe a segunda (a Teoria da Instituição), não há necessidade de forçar a leitura para efetuar esta relação já que o próprio Hauriou transcende esta separação. Pode-se, então, senão contestar *a priori* àqueles que negligenciam nestas conexões a qualidade de discípulo de Hauriou, pelo menos questionar esta qualidade.

Devo esclarecer mais do que aqui se trata: é certo que os discípulos de Hauriou só raramente se atêm ao Direito Administrativo *stricto sensu*, e se

preocupam muito com outras disciplinas jurídicas (Direito Constitucional, liberdades públicas, etc.). Poder-se-ia pensar, então, que este Direito Administrativo sem fronteira, como o concebia Hauriou, finalmente, é o Direito Público no sentido amplo e mesmo mais simplesmente o Direito. Pode-se, ainda, dizer que os discípulos administrativistas de Hauriou procedem, como ele, de uma visão ampla do Direito Administrativo.

Entretanto, não se deve parar neste alargamento sem levar mais longe a investigação.

Por que? Porque o que caracteriza a abordagem de Hauriou não é somente a totalidade de uma abordagem jurídica que transcende as fronteiras das disciplinas técnicas: é também a conexão que ele estabelece entre o Direito e o que se considera geralmente como não sendo do âmbito do Direito - a conexão entre uma teoria que leva em consideração a Sociologia e outros dados não jurídicos, e o direito: a conexão entre a Teoria da Instituição e o Direito Administrativo.

Saber se esta conexão depende da Ciência do Direito ou, ao contrário, se exclui uma tal abordagem - porque ela faz intervir o *metajurídico*-, é um debate que não depende do propósito desta intervenção. Constatar, entretanto, que Hauriou procede a esta conexão é uma evidência elementar.

Desde então, quando dizemos que os discípulos administrativistas procedem a uma redução de Hauriou, é na medida em que eles reivindicam a herança puramente jurídica sem reivindicar ao mesmo tempo, os elementos da teoria institucional a ela conectados e que o explicam.

A primeira providência consiste em mostrar que não se trata de conexão nos discípulos administrativistas de Hauriou. São muitas as provas. Contentar-se-á, por uma questão puramente material, de tempo e de lugar, com exemplos e indícios.

As referências bibliográficas são, muitas vezes, esclarecedoras.

E constatamos que a Teoria da Instituição, sob suas diversas formas, está geralmente ausente. Quando ela está presente é apenas como citação da definição de 1925³⁵, o texto de 1906 sobre o direito estatutário sendo ignorado³⁶. O mesmo acontece com outras obras-chaves, sobretudo em "*Princípios de Direito Público*", cuja 1ª edição³⁷ é pouco consultada enquanto que ela contém passagens fundamentais para a compreensão da idéia institucional.

A obra de referência para os administrativistas permanece — além da compilação dos comentários de jurisprudência — o *Compêndio de Direito Administrativo*, sobretudo em sua 11ª³⁸ ou 12ª edição (revista por André Hauriou), supostamente apresentadora dos «termos»³⁹ do pensamento de Hauriou.

Eis os indícios: Georges Vedel, em seus escritos sobre as bases constitucionais, Lucien Sfez e Roger Gérard Schwartzberg, sobre a decisão auto-executória, não se referem nunca aos escritos diretamente dedicados à instituição.

Quanto aos exemplos, é preciso procurá-los diretamente nos discursos. E aí, nas demonstrações, nos argumentos em defesa contra aqueles que atacam

³⁵ HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (reimpresso Université de Caen, 1990).

³⁶ *Id.* L'institution et le droit statutaire. *Cahier de législation*, 1906, p. 134 e seq.

³⁷ *Id.* *Princípios de direito público*. Paris: Sirey, 1910.

³⁸ HAURIOU. *Précis...*, *loc. cit.*

³⁹ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif ? *RDP*, Paris, 1953, p. 285.

Hauriou, nas construções que ele inspira – sobretudo na Teoria das Bases Constitucionais do Direito Administrativo – a existência ou a influência da Teoria da Instituição não é levada em consideração, materialmente, nem evocada formalmente. Ainda aí, a advertência de Lucien Sfez é esclarecedora: « o Direito Administrativo nos interessa somente aqui »⁴⁰ ; tudo procede de uma crença que os escritos de Direito Administrativo de Hauriou se bastam por si mesmos.

Isto não depende do acaso, mas reflete perfeitamente a ruptura que os administrativistas introduziram no pensamento de Hauriou.

O fato de não levar em consideração a conexão feita por Hauriou não constitui um elemento de validade ou de invalidade objetiva dos argumentos apresentados – pelo menos quando elas não pretendam reproduzir o pensamento de Hauriou —, que devem ser julgados e defendidos por eles mesmos, é um fato evidente. Mas desde que se tende a medir a distância que existe entre Hauriou e seus discípulos, esta ruptura é essencial.

Pois a segunda diligência obriga a lembrar que Hauriou, procedia a esta conexão.

Ainda aí, pode-se voltar aos dois primeiros exemplos que já utilizamos: o poder público e a decisão auto-executória.

A decisão auto-executória é um termo onipresente na Teoria da Instituição, e isto é o ponto de partida. É, pois, um tema central.

Não é o caso aqui de se levar em consideração toda sua construção institucional, mas gostaríamos de insistir sobre vários pontos.

Hauriou parte de uma separação que ele propõe entre o ato e o fato jurídico; ele introduz a dimensão temporal, a qual sabemos que é essencial para sua apreensão da instituição, e distingue assim o *fato* (o que aconteceu) do *ato* (o que ainda não aconteceu, o que está em ato).⁴¹

Ele prossegue sobre a decisão auto-executória: «em Direito Administrativo, a manifestação de vontade deve ser auto-executória[...] O ato jurídico é a decisão auto-executória[...] Isto significa que a decisão vai começar a se auto-executar, que ela tem tudo o que é necessário para se auto-executar (ela se opõe aos projetos preparatórios)[...] Isto significa também que ela ainda não é executada, que ela cessa de ser auto-executória quando ela é executada».⁴²

A noção de auto-executória não remete pois à execução mas ao privilégio da auto-executoriedade recusado na duração: a decisão obrigatória que ainda não foi executada.

Hauriou integra em seguida esta noção em sua concepção da separação dos poderes. Sabe-se que ele distingue os poderes em uma linha temporal.

a – um poder executivo que tem a competência intuitiva da idéia de obra e que começa sua realização pela decisão auto-executória.

b - o poder deliberante que tem a competência discursiva da deliberação.

c – o poder de sufrágio que tem a competência do assentimento.

⁴⁰ SFEZ, *op. Cit.*

⁴¹ HAURIU, *L'institution...*, *op. cit.*, p. 142.

⁴² *Ibid.*, p. 143.

Em um sistema onde a idéia coesiva é central, onde a representação é a da idéia de obra e onde o poder se organiza para servir esta idéia, a decisão auto-executória é claramente isolada por Hauriou do lado do Poder Executivo, ligada à realização da idéia. Ela une não a Administração a um terceiro, mas o grupo a seus membros, dando lugar a uma forma de consentimento que a unilateralidade não pode alcançar.

Quando Hauriou fala de decisão auto-executória em Direito Administrativo, nem sempre ele lembra esta construção, mas ele a declina do Direito Positivo, onde a decisão auto-executória (procedimento exorbitante que a administração retira do poder público) é o ato administrativo por excelência, meio a serviço do fim (o serviço público).

Pode-se contestar a construção de Hauriou. É até desejável que ela seja debatida. Mas se recusar a perceber sua coerência não é fazer justiça a Hauriou. A este respeito, os discípulos de Hauriou o defendem mal e Eisenmann conseguiu «o hold-up perfeito» impondo sua leitura, sua censura:

a – *Primeiro tempo* : A Teoria da Instituição é voltada para um elemento de doutrina social que não é «característica do pensamento propriamente jurídico de Hauriou». ⁴³ É a lógica positivista de Eisenmann; não aquela de Hauriou. Mas uma ruptura é posta, a que separa o social do jurídico. E esta ruptura não serve para invalidar totalmente Hauriou (para discutir SEU pensamento global sobre o direito), mas para fazer a partição entre seus escritos juridicamente discutíveis e discutidos, e suas teorias *metajurídicas*, rejeitadas fora do debate de direito. Aliás, Eisenmann acrescenta, para ser totalmente claro: « esta filosofia geral uma vez posta, Hauriou não a utiliza mais para a explicação de nenhuma regra concreta » ⁴⁴ e conclui que « é indispensável excluir do estudo da solução dos problemas da teoria jurídica, toda doutrina política ou social ». ⁴⁵

b – *Segundo tempo*: estuda-se então o pensamento propriamente jurídico – entendamos bem: a dogmática de Direito Administrativo, aquela que se encontra nos escritos dedicados ao Direito Administrativo e que versa sobre as únicas questões de Direito Administrativo – com relação a ela mesma, logo sem esclarece-la pela Teoria da Instituição. Estes escritos são então amplamente inexplicáveis, pouco claros, pois parciais (de fato) e incoerentes (segundo Eisenmann). Podemos salientar os erros, lamentar o vocabulário; e os discípulos de Hauriou em reconhecer o rigor eisenmaniano e desvalorizar aquele que eles defendem.

Que Eisenmann tome estas providências, isto deve ser denunciado para colocar o debate sobre o que é o Direito. Mas que os discípulos de Hauriou façam o mesmo enquanto que ele deveria defender a integridade do pensamento de Hauriou é mais problemático e suscita questões, mostrando especialmente a impossibilidade de ser discípulo administrativista de Hauriou (isto é, de ater-se ao campo do Direito Administrativo sobre o qual Eisenmann confere a Hauriou).

Uma análise comparável poderia ser feita sobre o poder público, e particularmente sobre o uso que dele faz Georges Vedel.

⁴³ EISENMANN, *Deux théoriciens...*, op. cit., p. 256, note 1.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 259.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 278.

A idéia de poder é toda ela ligada à Teoria da Instituição, onde ela representa o elemento dinâmico, o poder que anima a instituição, e que se organiza para a realização da idéia.

Ora, quando se reteve de Hauriou a noção de poder, parece que o vínculo dialético entre poder e serviço público, entre o poder e a idéia, tenha sido esquecido, pelo menos de vez em quando. E que se tenha reduzido o poder público aos procedimentos do poder público.

É ainda verdade para os adversários de Hauriou (Escola do Serviço Público, etc.). Mas isto o é igualmente para alguns de seus discípulos, entre os quais Georges Vedel.

A demonstração deveria ser feita longa e minuciosamente. Aqui só é possível dizer algumas rápidas palavras.

Construindo sobre a única noção de *Poder Executivo* (no sentido sintético: manutenção da ordem jurídica, funcionamento dos serviços públicos, etc.) as bases constitucionais do Direito Administrativo, o decano Vedel se afasta consideravelmente, creio eu, de Hauriou. Com efeito, ele indica que “a administração é o exercício do poder público pelo Poder Executivo”. Mais precisamente: « o poder público é a detenção de competências exorbitantes do direito comum » « o corolário do poder executivo », ou ainda « um regime jurídico caracterizado, ao mesmo tempo, pelas prerrogativas e pelas sujeições exorbitantes do direito comum reconhecidas ou impostas àqueles que agem no exercício da soberania nacional ». ⁴⁶

Charles Eisenmann tinha, com muita precisão, constatado que havia sido posta adiante uma lógica remetendo na realidade a Jèze: a lógica dos procedimentos de Direito Público. ⁴⁷

Dois outros elementos, pelo menos, devem ser avançados para situar a utilização por Georges Vedel do poder público :

a – o principal é que o *poder público* em Hauriou, *não é somente o Poder Executivo*, mas o Poder no Estado : o poder é uma dominação, a serviço da idéia, é verdade, que constitui sua auto-limitação objetiva: um poder que se organiza, que se disciplina, que se equilibra com obstáculos jurídicos para fazer durar a instituição e, logo, que é limitado pela idéia de obra...

Mas é, mesmo assim, a problemática do poder nas instituições e da juridicidade que está em jogo, não somente a do Poder Executivo.

E é uma relação da Administração com o Poder e a Instituição que é construída em torno da competência intuitiva (a insistência sobre o poder minoritário), e da decisão executória. É ainda uma visão do coletivo que se incarna: como ele se funda? Como ele dura? Qual é o lugar da dominação e do consentimento?

E em Direito Administrativo como já mostrou Paul Couzinet ⁴⁸, isto remete a uma abordagem « voluntarista e orgânica » : a um órgão que age *a título de poder público*, na dinâmica do poder institucional — e notemos a este respeito que pouco importa que o órgão, seja público ou privado: o que importa é a relação no poder de Estado e na idéia de obra, no vitalismo institucional.

⁴⁶ Id. *Droit administratif*. 2. ed. Paris : PUF, 1992, p. 36

⁴⁷ Eisenmann, Charles. La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif. *RDP*, Paris, 1972, p. 1345 et seq.

⁴⁸ COUZINET, loc. cit.

b – Desde então, o segundo elemento é evidente: *o poder público não pode ser reduzido aos procedimentos exorbitantes do direito comum* (estes famosos procedimentos de Direito Público: o exercício do poder público pelo Poder Executivo) ou confundidos com eles. É um poder de vontade, o elemento político da instituição e não os simples procedimentos jurídicos que são estáticos pois só podem constituir limites.

É claro que a ênfase dada sobre os meios em 1927 pelo próprio Hauriou (para se defender, lembremos, contra o imperialismo do fim que levaria à análise de Jèze) gerou, sem dúvida, uma confusão e abriu a porta a este reducionismo.⁴⁹

O texto se abria com estas frases: «Poder público e serviço público são duas noções mestras do Direito Administrativo francês. O serviço público é a obra a ser realizada pela administração pública, o poder público, o meio de realização». Mais adiante «a idéia de serviço leva à autolimitação objetiva do poder».

Mas acontece que este reducionismo — que faz do poder um meio, um simples regime jurídico — amplamente difundido, não mostra o essencial: que os meios exorbitantes do direito comum, a Administração os herda do poder público e que eles não são confundidos com ela; que o poder é uma força de ação, não de reação.

No geral, se existe uma influência de Hauriou em Direito Administrativo, se há discípulos, vê-se que é difícil falar de uma Escola, no sentido de reagrupamento de administrativistas dividindo uma doutrina que seja inicialmente fiel a Hauriou, e que lhes seja comum.

O essencial do que caracteriza o pensamento de Hauriou não é redutível ao Direito Administrativo: é em tese um método de análise, e uma Escola «Hauriou» só poderia ser uma Escola Institucionalista; seria então, necessariamente, não uma Escola Administrativista, mas uma Escola de Teoria do Direito e do Estado.

Esta deveria aplicar em Direito Administrativo uma reflexão institucionalista: de um certo modo, é o que soube fazer e fazer compreender aqueles que trabalham com ele, Jean-Arnaud Mazères.

Poderíamos falar de discípulos, de Escola? Não cabe a mim dizê-lo. Mas a ruptura com Hauriou poderia ser menos importante por outras razões, é claro, que aquela que acabamos de encontrar entre Hauriou e seus discípulos administrativistas.

Isto é grave? É importante?

Sem dúvida não. E a força de um pensamento como o de Hauriou, que garante sua posteridade como já o notaram todos aqueles que se debruçaram sobre ela, de modo especial Jean Rivero⁵⁰, é de estimular a reflexão, não de impor enquadramentos.

Tanto em Direito Administrativo como em outros casos.

⁴⁹

Ibid.

⁵⁰

RIVERO, Maurice Hauriou et le droit administratif, *op. cit.*