

**A INFLUÊNCIA DE FRITZ FLEINER NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO**

THE INFLUENCE OF FRITZ FLEINER ON BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

Guilherme Ricken*

Resumo

O presente artigo tem por escopo averiguar a influência de Fritz Fleiner sobre o direito administrativo brasileiro. Para tanto, empreendeu-se a análise de manuais e tratados de direito administrativo nacionais, identificando-se as citações à obra de Fleiner. A partir disso, verificou-se, em cada tema, a ocorrência ou não de influência por parte do autor suíço, conforme a adoção de suas ideias pelos doutrinadores nacionais. Dessa forma, foi possível identificar a origem, a intensidade e a profundidade do papel intelectual exercido por Fleiner sobre a doutrina brasileira de direito administrativo, revelando maior ou menor ascendência, a depender do conceito ou instituto jurídico.

Palavras-chave: Direito administrativo. História do direito. Fritz Fleiner.

Abstract

The aim of this article is to investigate the influence of Fritz Fleiner on Brazilian administrative law. In order to achieve that goal, we identified the quotations of Fleiner's work in handbooks and treatises of Brazilian administrative law. It was then verified, in each branch, the occurrence or the non-occurrence of influence on the part of the Swiss author, taking as a major aspect the adoption of his ideas by the Brazilian authors. Thus, it was possible to identify the origin, intensity and depth of the intellectual role played by Fleiner on the Brazilian doctrine of administrative law, revealing a greater or lesser ascendancy depending on the concept or legal institute.

Keywords: Administrative law. Legal history. Fritz Fleiner.

Sumário

Introdução. 1. O uso de Fleiner pelos Administrativistas Brasileiros. 1.1. A Origem do Direito Administrativo. 1.2. Conceito e Definição de Administração e de Direito Administrativo. 1.3. Fontes do Direito Administrativo. 1.4. O Regime jurídico-administrativo. 1.5. Serviços Públicos. 1.6. Atos Administrativos. 1.7. Domínio Público. 1.8. Intervenção na Propriedade. 1.9. Administração Indireta. 1.10. Responsabilidade

* Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador-Chefe da Câmara Municipal de Taubaté/SP.

Civil do Estado. 1.11. Infrações Administrativas. 1.12. Contratos Administrativos. 1.13. Poder de Polícia. 1.14. Agentes Públicos. Considerações Finais. Referências.

Introdução

A análise da circulação da doutrina é uma tarefa complexa. Um jurista, ao elaborar sua obra, carrega consigo influências obtidas ao longo de todo o seu itinerário intelectual. Assim, o texto jurídico, não raro, é constituído de uma mescla de concepções de origens diversas – até mesmo contraditórias, resultantes de um sincretismo metodológico –, utilizadas pelo autor na formação de seu pensamento.

Nesse sentido, o presente artigo tem por escopo averiguar a influência da doutrina de Fritz Fleiner sobre os autores do direito administrativo brasileiro. Para tanto, de modo a tornar a pesquisa factível, sabendo que as citações à obra de Fleiner espalham-se por inúmeros trabalhos de autores brasileiros, delimitamos a busca a doutrinadores que elaboram obras de maior fôlego – tratados e manuais –, além de um livro clássico da área¹.

Demos às obras, assim, um tratamento de *fontes*, nesta que não deixa de ser uma pesquisa de história do direito.

Identificamos, então, as citações à obra de Fleiner, e, a partir daí, a ocorrência ou não de influência por parte do autor suíço, conforme a adoção de suas ideias pelos doutrinadores nacionais.

Fritz Fleiner foi um importante administrativista do final do século XIX e início do século XX. Fleiner nasceu em Aarau, na Suíça, em 1867. Ele iniciou seus estudos universitários em Zurique, em 1887. Mudou-se para Leipzig e depois para Berlim, tendo escrito, nessa época, trabalhos de direito eclesiástico. Sua carreira acadêmica levou-o para Basileia (1897), Tübingen (1906) e Heidelberg (1908), retornando, por fim, a Zurique (1915-1936) (STOLLEIS, 2001, p. 395-396; STOLLEIS, 2002, p. 56; 66; 126).

Sua obra de maior envergadura foi “*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*”, publicada em 1911 e traduzida para o francês (“*Les principes généraux du droit administratif allemand*”) e o espanhol (“*Instituciones de derecho*

1 “Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública”, de Bilac Pinto, cuja primeira edição é de 1941.

administrativo”). Nela, Fleiner, por meio de um método comparativo, seguiu as linhas fundamentais extraídas do direito administrativo do *Reich* e dos Estados que o compunham, organizando a legislação e a jurisprudência acerca da matéria. O livro foi considerado o melhor manual de direito administrativo alemão e, especialmente na Suíça, teve por várias décadas praticamente força de lei (STOLLEIS, 2001, p. 395-396; STOLLEIS, 2002, p. 56; 66; 126).

Junto com Otto Mayer, Fleiner contribuiu para que se pudesse falar em uma dogmática do direito administrativo comum a todos os Estados alemães, filtrando, a partir do direito positivo, formas jurídicas universalmente válidas (STOLLEIS, 2001, p. 395-396; STOLLEIS, 2002, p. 56; 66; 126).

Para Stolleis (2001, p. 396), as qualidades que mantêm a obra de Fleiner ainda atraente na atualidade são o foco dedicado aos temas essenciais da disciplina; a perspectiva marcadamente liberal, que dá alta prioridade à proteção jurídica do cidadão; e a circunspeção com que torna os conceitos de Otto Mayer mais elásticos e os moderniza. Fleiner faleceu em 1937.

1 O uso de Fleiner pelos Administrativistas Brasileiros

As menções à obra de Fritz Fleiner pelos autores brasileiros são bastante heterogêneas, sendo invocada para justificar posições em diversos temas de direito administrativo.

1.1 Origem do direito administrativo

O uso do itinerário histórico do direito administrativo, conforme apontado por Fleiner, é empregado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A partir de Mario Losano, ela afirma que Fleiner estaria entre os defensores da tese de que o direito administrativo seria um produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa (DI PIETRO, 2011, p. 2), entendimento do qual ela discorda (DI PIETRO, 2011, p. 3).

A própria autora, então, cita Fleiner para discorrer sobre a evolução do direito administrativo na Alemanha – e aqui ela parece cair em franca contradição, pois na

Alemanha, ao contrário da França revolucionária, não houve uma ruptura brusca do poder político, mas uma mudança paulatina nos diferentes Estados do *Reich*, de modo que cada período viu subsistir reminiscências jurídicas do passado. O direito administrativo alemão, destarte, seria fruto de um lento progresso, a partir da prática das autoridades, da jurisdição administrativa e da doutrina (DI PIETRO, 2011, p. 8-10)².

1.2 Conceito e Definição de Administração e de Direito Administrativo

Ao cuidar dos diversos critérios de definição do direito administrativo, José Cretella Júnior passa pelo das relações jurídicas, colocando Fleiner entre seus partidários (CRETILLA JÚNIOR, 2002a, p. 10)³. Não há que se falar, nesse caso, de influência por parte de Fleiner, pois Cretella afirma que “[s]e bem que não seja errôneo, o critério das relações jurídicas quase nada explica, porque idênticas relações aparecem também em outros ramos do direito” (CRETILLA JÚNIOR, 2002a, p. 10).

Já ao conceituar juridicamente a Administração, Cretella lembra, com Fleiner, que: “administração, no campo do direito público, é sinônimo perfeito de Administração Pública” (CRETILLA JÚNIOR, 2002a, p. 31)⁴.

Cretella, então, usa-se de Fleiner apenas para exemplificar o critério negativista de Administração, o qual não adota para si. Segundo essa óptica, Administração seria “toda atividade do Estado que não se reduz à esfera da legislação, nem à da aplicação da Justiça” (CRETILLA JÚNIOR, 2002A, p. 31)⁵. Uma citação, destarte, sem maiores repercussões na obra do brasileiro.

² A fonte de Di Pietro é o livro “Les principes généraux du droit administratif allemand”, páginas 33, 40 e 44.

³ A fonte de Cretella Júnior é o volume 1 do livro “Derecho administrativo alemán”, página 17. Parece-nos, contudo, que o autor brasileiro se equivocou, mencionando o nome de Fleiner junto à obra de Otto Mayer. Pode ter ocorrido, também, uma citação de Fleiner através de Mayer, porém sem a referência bibliográfica adequada.

⁴ A fonte de Cretella Júnior é o livro “Instituciones de Derecho Administrativo”, página 3. “La actividad que una persona física o jurídica consagra a la gestión de sus negocios se denomina administración. En esta obra no vamos a estudiar la administración de los particulares; sólo a la administración del Estado dedicaremos nuestra atención, y su estudio formará el objeto de las páginas que siguen” (FLEINER, 1933a, p. 3).

⁵ A fonte de Cretella Júnior é o livro “Instituciones de Derecho Administrativo”, página 7. “De acuerdo com lo que acabamos de exponer, entenderemos por Administración toda la actividad que el Estado o cualquier otra Corporación de Derecho público desarrolle, en su propio orden jurídico, para alcanzar

É uma citação que também aparece na obra de Themistocles Brandão Cavalcanti, que afirma estar Fleiner entre aqueles que “consideram como da esfera da administração toda atividade que não ficar compreendida dentro da legislação e da justiça” (CAVALCANTI, 1955, p. 49)⁶.

Cavalcanti, ao tratar da conceituação de direito administrativo, também cita a obra de Fleiner, mas apenas em uma mostra panorâmica junto a outros doutrinadores. Ele contrapõe Fleiner a Otto Mayer, pois, enquanto este expunha que o direito administrativo seria o direito público próprio à Administração, aquele defendia que o direito administrativo, em sentido amplo, compreenderia todas as normas jurídicas reguladoras das atividades das autoridades administrativas, pertencentes ao direito público ou ao direito privado⁷. Em sentido estrito, corresponderia aos preceitos de natureza jurídica pública formativos de um direito especial da Administração (CAVALCANTI, 1955, p. 11)⁸.

A despeito dessa citação apenas superficial, Cavalcanti, posteriormente, lamentando o fato de que “[a]inda nos achamos dominados por ideias civilistas, das quais ainda não nos conseguimos emancipar, infelizmente, para criar um sistema de direito público cuja aplicação na esfera administrativa impõe-se diante das modernas instituições jurídicas” (CAVALCANTI, 1955, p. 61), afirmará que “entre nós, é forçoso reconhecer, que muito boa aplicação podem ter os conceitos de F. Fleiner”

sus fines esenciales, y no pertenezca a la esfera de la Legislación ni de la administración de Justicia” (FLEINER, 1933a, p. 7).

⁶ Ele não aponta a fonte dessa assertiva.

⁷ “Não são, somente, as normas gerais, os princípios doutrinários fundamentais, que regem a solução dos problemas administrativos. É que as relações do Estado não são, apenas, da esfera do direito público” (CAVALCANTI, 1955, p. 97). Sua fonte é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 40.

⁸ Sua fonte é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 44. “*Con la expresión ‘Derecho administrativo’ no se indica en Alemania, al contrario de Francia, una clase especial de Derecho. Considerado en su más amplio sentido, el Derecho administrativo comprende todas las normas jurídicas que regulan la actividad de las autoridades públicas administrativas, importando poco que estes preceptos administrativos pertenezcan al Derecho público o al Derecho privado. Pero la ciencia jurídica no admite este concepto en un sentido tan amplio, ante bien considera que en Alemania el desarrollo de los principios jurídicos especiales para la Administración pública se ha hecho, regularmente, sólo en aquellos casos en que las normas generales de Derecho privado, penal y procesal, en toda su extensión, no puedan proteger, o lo hagan insuficientemente, los intereses especiales de la Administración pública. Basándose en este desarrollo pueden contarse hoy día en Alemania como pertenecientes al Derecho administrativo, en sentido estricto, sólo los preceptos de naturaleza jurídico-pública, que forman, en su conjunto, un Derecho especial de la Administración pública*” (FLEINER, 1933a, p. 50-51).

(CAVALCANTI, 1955, p. 61). Uma demonstração, portanto, de que não era pequena a influência do suíço sobre o brasileiro.

1.3 Fontes do Direito Administrativo

Fritz Fleiner aparenta exercer alguma influência sobre a concepção de fontes do direito administrativo de José Cretella Júnior. Isso é demonstrado, de arranque, a partir de sua afirmação de que ao direito administrativo competiria recepcionar, com as devidas cautelas, as conclusões obtidas pela filosofia do direito e pela teoria do direito a respeito dos órgãos reveladores do ordenamento jurídico (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 298)⁹.

Adiante, em consonância com Fleiner, Cretella Júnior é categórico ao afirmar que, entre as fontes do direito administrativo, a lei se encontraria no ápice (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 304)¹⁰. Sua superioridade hierárquica seria mantida mesmo diante de regulamentos genéricos e abstratos, pois todo regulamento possuiria um fundamento legislativo (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 315)¹¹. E as leis, nas relações de direito público, teriam eficácia sempre prospectiva (CAVALCANTI, 1955, p. 87)¹², além de terem a capacidade de estabelecer diretamente consequências jurídicas a fatos determinados, sem a necessidade de mediação da autoridade administrativa (CAVALCANTI, 1955, p. 198)¹³.

Cretella Júnior diz, ainda, que o estatuto, o estatuto autônomo e a ordenança autárquica representam “[i]nconfundíveis manifestações legítimas do poder normativo, quando passam a regular as relações que se estabelecem entre o Estado e os administrados, no setor restrito que lhes é atribuído por lei, apresentam o valor de fontes

⁹ As fontes de Cretella Júnior são os livros “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 48, e “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 56. “*Los principios del Derecho administrativo proceden de las mismas fuentes que las demás normas jurídicas. La exposición subsiguiente se limitará, pues, a deducir de las reglas generales de las fuentes del Derecho lo que tiene importancia especial en el Derecho administrativo*” (FLEINER, 1933a, p. 56).

¹⁰ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 48. “*La fuente principal del Derecho administrativo es la ley*” (FLEINER, 1933a, p. 56).

¹¹ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 52.

¹² A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 60.

¹³ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 34.

do direito administrativo” (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 325)¹⁴. Encontra-se presente, nessa concepção, a influência de Fleiner, que reconhecia a existência das coletividades da Administração autônoma, dotadas de autonomia e capazes de exercer sobre seus membros um poder corporativo independente.

1.4 O Regime jurídico-administrativo

Ao lidar com o conteúdo do regime jurídico-administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello traça os princípios a ele inerentes, dentre os quais o da legalidade. Enfatizando que ele significa a subordinação da atividade administrativa à lei, cita, de proêmio, trecho de Fleiner, que teria esclarecido o significado de Administração legal, afirmando que esta seria a Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites por ela dispostos (MELLO, 2013, p. 78)¹⁵. Seja pelo momento da citação – inicial ao tratar do assunto –, seja pelo cotejo com o desenvolvimento que Bandeira de Mello dá ao tema, parece haver, aqui, uma clara influência de Fleiner, que se repetirá em outros trechos do manual e demais obras do autor.

Mencione-se, e.g., que essa citação de Fleiner aparece quando Bandeira de Mello (a) dispõe sobre a competência regulamentar, para fortalecer a ideia de que o regulamento subordina-se e depende da lei (MELLO, 2013, p. 351)¹⁶; (b) trata do controle judicial da discricionariedade administrativa, de modo a enfatizar que a liberdade de escolha do agente público confina-se à moldura da lei (MELLO, 2013, p. 976)¹⁷; (c) afirma que a fundação pública não poderia derivar de qualquer ato do Estado, mas somente de um – da lei – que tivesse força para “inaugurar” no sistema, para

¹⁴ As fontes de Cretella Júnior são os livros “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 54-55, e “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 65.

¹⁵ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

¹⁶ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

¹⁷ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

“inovar” (MELLO, 2011, p. 38)¹⁸; e (d) enfatiza que no Estado de Direito impera a *rule of law, not of men* (MELLO, 2011, p. 341)¹⁹.

Ainda sobre o princípio da legalidade, Bandeira de Mello, apoiado em Fleiner, lembra que, quando da prática de atos administrativos individuais, a Administração se encontra vinculada aos atos genéricos que haja produzido para regular seu comportamento futuro (MELLO, 2013, p. 79)²⁰. Para Fleiner, a autoridade administrativa estaria subordinada também ao direito que ela própria cria.

Isso é visto, novamente, quando Bandeira de Mello trata do princípio da segurança jurídica, utilizando Fleiner para reforçar a ideia de que os regulamentos e estatutos autônomos elaborados pela própria Administração vinculam a autoridade administrativa, a qual não se subordina, portanto, somente à lei *stricto sensu* (MELLO, 2011, p. 315)²¹.

Ao tratar de outro princípio vinculado ao regime jurídico-administrativo, o da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, o administrativista brasileiro cataloga, como subprincípio, o da continuidade do serviço público, do qual derivaria a impossibilidade de dissolução *sponte propria* das pessoas administrativas. Lembra o autor, aí, que a Administração desempenha tarefa serviente, em cumprimento à lei. Fleiner é citado aqui no mesmo sentido referido anteriormente, porque “ao conceber administração legal como aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro de seus limites, projetou em fórmula feliz a noção de que é a lei que dá todo o impulso à atividade administrativa” (MELLO, 2013, p. 85)²². Outra pista, portanto, de que Fleiner aparece mais como alicerce do pensamento do autor do que como mera ilustração.

¹⁸ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

¹⁹ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

²⁰ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

²¹ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

²² A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 87.

1.5 Serviços públicos

Na obra de José dos Santos Carvalho Filho, Fleiner surge em uma exposição panorâmica acerca do conceito de serviços públicos em diversos autores. É trazida sua concepção subjetiva de serviços públicos: “conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 339)²³, não muito semelhante ao conceito do próprio Carvalho Filho: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 339). O suíço não parece, aqui, exercer qualquer influência.

Igual tratamento é conferido por Themistocles Cavalcanti, que expõe, sem absorção explícita em sua própria doutrina, as características essenciais que Fleiner enxerga nos serviços públicos: o interesse comum, imponível a todos; e o caráter de direito público, nitidamente constatável nas relações entre os serviços públicos e seus usuários (CAVALCANTI, 1955, p. 202)²⁴.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza-se de Fleiner de maneira mais substancial. Ao recordar que a outorga do serviço público em concessão depende de autorização legal, cita Fleiner, uma vez mais, para esclarecer que a Administração legal significa a Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites legais (MELLO, 2013, p. 730)²⁵. Vê-se aqui, assim, uma importação do conceito de legalidade de Fleiner.

1.6 Atos Administrativos

Na definição de ato administrativo, Cretella Júnior faz um uso enciclopédico de Fleiner, elencando-o junto a outros autores, porém sem adotar sua concepção. Para o suíço, a declaração de vontade da autoridade administrativa daria forma definitiva à

²³ A fonte de Carvalho Filho é o livro “Les principes généraux du droit administratif allemand”, página 198.

²⁴ A fonte de Cavalcanti é o livro “Les principes généraux du droit administratif allemand”, página 119.

²⁵ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “Les principes généraux du droit administratif allemand”, página 87.

maior parte dos direitos e obrigações de direito público. O ato administrativo seria, assim, a ação da autoridade administrativa, em oposição aos julgamentos – atos da Justiça – e aos atos legislativos – próprios do Parlamento (CRETELLA JÚNIOR, 2002b, p. 17)²⁶. Um tratamento, por certo, coerente com o conceito negativo de Administração professado por Fleiner.

A mera exposição do conceito de ato administrativo elaborado por Fleiner também é realizada por Themistocles Cavalcanti, porém citando trecho diverso da obra. Cavalcanti lembra que Fleiner considera a Administração como um poder intermediário entre a lei e o cidadão, definindo o ato administrativo como a disposição tendente a criar, modificar ou suprimir uma relação de direito público entre a autoridade administrativa e o sujeito (CAVALCANTI, 1956a, p. 50-51)²⁷.

Atos administrativos seriam, sobretudo, atos de autoridade, pois o cumprimento das leis e a execução das sentenças teriam sua eficácia atrelada à capacidade da Administração em realizá-los (CAVALCANTI, 1955, p. 247)²⁸.

Em matéria de atos administrativos, Fleiner é invocado diretamente por Hely Lopes Meirelles para corroborar o entendimento do brasileiro a respeito da discricionariedade administrativa, segundo o qual a legislação deve assinalar ao agente os limites de sua liberdade de atuação para a prática do ato (MEIRELLES, 2008, p. 172)²⁹. Um uso, portanto, demonstrativo de alguma influência sobre Meirelles.

Tal traço também é verificável no manual de Celso Antônio Bandeira de Mello, que faz uso do mesmo trecho da obra de Fleiner para, no capítulo sobre o poder de polícia, tecer considerações sobre a discricionariedade administrativa (MELLO, 2013, p. 835)³⁰. Há uma influência, portanto, compartilhada entre os autores nacionais.

²⁶ A fonte de Cretella Júnior é o livro “Les principes généraux du droit administratif allemand”, páginas 117-118.

²⁷ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Droit administratif de L’Empire Allemand*”, página 200. No entanto, não encontramos tal obra na bibliografia de Fleiner, o que nos faz crer que Cavalcanti tenha se equivocado na citação do livro, querendo referir-se a “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”.

²⁸ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 2 e 198.

²⁹ A fonte de Meirelles é o livro “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 117. “*Por el poder discrecional que le ha otorgado el legislador, la autoridad administrativa ha de determinar como pertinente, entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde por el caso concreto a la intención de la ley*” (FLEINER, 1933a, p. 117).

³⁰ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 117.

Fleiner encontra igual prestígio na obra de Cavalcanti, que corrobora o entendimento do suíço a respeito dos limites interiores – à autoridade administrativa é vedado agir arbitrariamente nos limites da esfera de liberdade assinalada pela lei – e exteriores – o excesso de poder discricionário, que ocorre quando não há delimitação clara a respeito de onde começa e/ou termina a discricionariedade – da discricionariedade administrativa (CAVALCANTI, 1955, p. 253)³¹.

A respeito, especificamente, dos regulamentos, Bilac Pinto invoca o magistério de Fleiner para sustentar que a delegação de competências do Poder Legislativo ao Executivo seria uma praxe corrente e geral. Na Alemanha, a legislação decorrente do instituto da delegação legislativa seria até mesmo superior àquela elaborada pelo Parlamento. Após a Primeira Guerra Mundial, tanto no âmbito do *Reich* quanto dos estados particulares, a capacidade regulamentar das autoridades administrativas teria adquirido uma relevância até então inédita, com amplos reflexos na esfera estatal (PINTO, 2002, p. 130-131)³². Há, nessa apropriação de Fleiner, uma clara influência a sustentar os posicionamentos do autor brasileiro.

No mesmo caminho de Bilac Pinto segue Cretella Júnior, citando Fleiner para conceituar os regulamentos delegados, frutos de manifestações unilaterais de vontade do Poder Executivo, criando regras a partir de uma atribuição expressa oriunda do Poder Legislativo (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 313)³³. Não se diga, com isso, que o regulamento alcançaria o mesmo patamar hierárquico da lei. Sendo modo derivado de criação do direito, ele supriria a lei, a qual manteria sua superioridade constitucional (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 315)³⁴.

No que tange à retirada do ato administrativo, Cretella Júnior adota a posição de Fleiner a respeito da revogação por mudança ou divergência de opinião. Assim, para ambos, se a autoridade administrativa passa a interpretar os fatos ou as regras jurídicas de maneira diversa em relação ao momento de manifestação do ato, ela possuiria o direito de alterar ou revogar sua decisão (CRETELLA JÚNIOR, 2002b, p. 276)³⁵.

³¹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 96.

³² A fonte de Bilac Pinto é o livro “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 59.

³³ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 58.

³⁴ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 52.

³⁵ As fontes de Cretella Júnior são os livros “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 126, e “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 159.

1.7 Domínio Público

Acerca da temática do domínio público, a alusão a Fleiner feita por Hely Lopes Meirelles é meramente exemplificativa, junto a um amplo rol de autores estrangeiros. Aponta-se, ali, que Fleiner conceituava o domínio público a partir da teoria do patrimônio fiscal (MEIRELLES, 2008, p. 523). Tal teoria não é vista em detalhes, posto que o administrativista brasileiro desenvolve sua doutrina do domínio público sem o auxílio de Fleiner. Não se constata, assim, influência relevante do suíço nesse campo.

De outro lado, Themistocles Cavalcanti demonstra maior apreço pela teoria do patrimônio fiscal, conceituando-a e utilizando seus conceitos para lecionar sobre a temática do domínio público (CAVALCANTI, 1956b, p. 200)³⁶.

Ele também faz uso substancial da doutrina de Fleiner, notadamente, para discorrer sobre o regime das águas. O suíço aparece, nessa temática, quando Cavalcanti discorre sobre (a) os critérios que tornariam as águas públicas (CAVALCANTI, 1956b, p. 389)³⁷; e (b) os efeitos jurídicos da mudança do curso de rio pela atividade estatal, não cabendo indenização ao ribeirão, salvo existência de lei específica em sentido contrário (CAVALCANTI, 1956b, p. 244)³⁸.

Ainda acerca do domínio público, Fleiner é citado quando Cavalcanti trata (a) da classificação dos bens públicos (CAVALCANTI, 1956b, p. 329-330; 333)³⁹; (b) do uso dos bens públicos, atribuindo a Fleiner o desenvolvimento da teoria que “prevalece entre nós” (CAVALCANTI, 1956b, p. 374), segundo a qual o uso da coisa pública pelo povo decorre da destinação que lhe foi atribuída por lei, sem prejuízo de alguma concessão especial e privativa para determinado indivíduo (CAVALCANTI, 1956b, p. 374-375)⁴⁰; (c) da necessidade de ato expresso do poder público para que determinada via seja considerada logradouro e aberta ao público (CAVALCANTI, 1956b, p. 379)⁴¹; (d) da não incorporação à coisa pública – praias, logradouros – de materiais ali utilizados por particulares, destacáveis a qualquer tempo (CAVALCANTI, 1956b, p.

³⁶ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 228.

³⁷ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 216.

³⁸ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 231.

³⁹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 216.

⁴⁰ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 229.

⁴¹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 223 e 232.

392)⁴²; e (e) das estradas de ferro, especialmente da distinção, na Alemanha, entre bens de uso comum e bens destinados à Administração (CAVALCANTI, 1956b, p. 395)⁴³.

1.8 Intervenção na Propriedade

Em seu manual, no tópico sobre a intervenção na propriedade, especificamente acerca da limitação administrativa, Hely Lopes Meirelles utiliza a doutrina de Fleiner – junto à de outros autores – para contrapor-se à ideia de que ao poder público seria vedado impor obrigações de fazer aos particulares – própria de “autores menos atualizados com o Direito Administrativo” (MEIRELLES, 2008, p. 639-640)⁴⁴.

A despeito da confluência entre os pensamentos de Fleiner e Meirelles, parece-me que a influência do primeiro sobre o segundo é, quando muito, limitada, pois a invocação se deu apenas para corroborar uma ideia de há muito assentada entre os administrativistas, sobrevivendo apenas por conta da necessidade de manutenção, no manual constantemente atualizado, das ideias do autor original, falecido há quase três décadas.

1.9 Administração Indireta

Acerca da Administração indireta, especialmente sobre o tema das empresas públicas e sociedades de economia mista, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o pensamento de Fleiner para apontar um equívoco nele contido. O administrativista brasileiro frisa que tais entidades possuem um regime jurídico diferenciado em relação ao que rege a generalidade das empresas privadas. Fleiner, por outro lado, apontava que “suas existências [das empresas públicas e sociedades de economia mista] não apresentariam qualquer ressonância nova na esfera do Direito, mas tão só no campo

⁴² A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 225.

⁴³ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 216.

⁴⁴ A fonte de Meirelles é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 239 e 245.

próprio da Ciência da Administração ou na seara econômica” (MELLO, 2013, p. 202)⁴⁵. O uso de Fleiner feito por Bandeira de Mello, destarte, ocorreu em sentido de contraposição, não se podendo, assim, falar em influência do suíço sobre o brasileiro.

Essa leitura de Fleiner é compartilhada por Cretella Júnior, para quem as diversas nomenclaturas detidas pela sociedade de economia mista “designam uma noção que não é jurídica, mas que significa apenas a reunião do capital privado e público para a exploração dum empreendimento econômico” (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 88)⁴⁶. A convergência de pensamentos denota, neste caso, influência do suíço sobre o doutrinador brasileiro.

Tal citação é reproduzida por Bandeira de Mello, novamente explicitando que a existência das empresas públicas e sociedades de economia de mista como categorias jurídicas autônomas afastaria a ideia de que elas se submeteriam a regime idêntico ao das pessoas de direito privado (MELLO, 2011, p. 263)⁴⁷. Aqui, no entanto, Bandeira de Mello faz uso da citação como se Fleiner compartilhasse desse pensamento, contrariando a conotação dada em seu “Curso de Direito Administrativo”.

De maneira oposta, utilizando-o para justificar sua posição, Bandeira de Mello emprega Fleiner na defesa da existência tipológica denominada “fundação pública”. Ainda que a doutrina nacional fosse recalcitrante em reconhecê-la, “[e]ntre os administrativistas alienígenas nenhuma dúvida existe a respeito desta espécie jurídica” (MELLO, 2011, p. 15)⁴⁸. Fleiner aparece entre os citados, como um dos alicerces teóricos do brasileiro.

Fleiner foi aproveitado, ainda, para esboçar o tema do controle administrativo e financeiro do Estado sobre determinados organismos – e.g., as empresas públicas – que atuam no setor privado (CRETELLA JÚNIOR, 2002a, p. 176)⁴⁹. Cretella Júnior,

⁴⁵ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 82-83.

⁴⁶ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 82-83.

⁴⁷ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 82-83.

⁴⁸ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 72.

⁴⁹ A fonte de Cretella Júnior é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 78.

todavia, frisa que essa temática ainda era pouco estudada no Brasil⁵⁰, apresentando Fleiner apenas para mostrar a existência do problema, mas não para solucioná-lo. É o mesmo tratamento dado ao assunto por Themistocles Cavalcanti (CAVALCANTI, 1956a, p. 173)⁵¹.

Cavalcanti, por sua vez, demonstra conhecimento acerca da doutrina de Fleiner sobre os corpos de administração autônoma, encarregados de executar serviços públicos por delegação, com subvenção e auxílio do Estado (CAVALCANTI, 1956a, p. 94)⁵². Não parece haver, contudo, qualquer tentativa de transposição desse *modus operandi* para o direito brasileiro.

Ademais, Cavalcanti lembra que esses estabelecimentos autônomos de direito público, criados por vontade do Estado, preenchem funções que a este originalmente pertenciam. A administração do Estado e a administração autônoma, então, se completariam (CAVALCANTI, 1956a, p. 248)⁵³.

Ainda sobre as sociedades de economia mista, Cavalcanti ilustra sua exposição a partir de exemplos coletados por Fleiner. Este menciona algumas corporações que, por conta da participação de particulares, poderiam ser tomadas como simples empresas privadas. Não obstante, elas estariam tão integradas à vida do Estado e sujeitas ao seu controle que daí adviria sua classificação como serviço descentralizado (CAVALCANTI, 1956a, p. 318-320)⁵⁴. O propósito de Cavalcanti, aqui, é mais o de fazer uma análise comparada do que o de beber da doutrina de Fleiner para compor a sua própria.

1.10. Responsabilidade Civil do Estado

Em seu magistério sobre a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello emprega a doutrina de Fleiner a partir de uma

⁵⁰ Embora tenhamos consultado a segunda edição da obra de Cretella Júnior, de 2002, lembramos que sua primeira edição foi publicada em 1966.

⁵¹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 78.

⁵² A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 70.

⁵³ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 72.

⁵⁴ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, páginas 50 e 82

perspectiva histórica. O autor brasileiro menciona que, nos albores do direito administrativo, ainda que houvesse algum debate sobre a responsabilidade da pessoa jurídica estatal por danos causados por seus agentes, estes, era certo, não poderiam fugir à responsabilização. Cita, como exemplo desse entendimento, a obra de Fleiner (MELLO, 2013, p. 1.051-1.052)⁵⁵. Não há, portanto, influência do suíço nesse campo, mas tão somente uma notícia histórica.

1.11 Infrações Administrativas

Themistocles Cavalcanti, com base em Fleiner, a respeito das sanções no direito administrativo, negará a existência de um direito penal administrativo com caráter autônomo, criado para uso da Administração. Sanções administrativas e penas criminais seriam, então, inconfundíveis. Haveria uma nítida distinção entre suas finalidades e os procedimentos de imposição (CAVALCANTI, 1955, p. 101)⁵⁶. Segundo Cavalcanti, “Fritz Fleiner coloca, no entanto, a nosso ver, o problema em termos mais claros” (CAVALCANTI, 1955, p. 100). Verifica-se, portanto, uma comunhão de pensamentos entre Fleiner e Cavalcanti nessa área.

1.12 Contratos Administrativos

Lidando com o tema dos contratos administrativos, e contrapondo-se à ideia de que eles teriam natureza jurídica privada, Themistocles Cavalcanti não esconde a influência obtida de Fleiner, afirmando que este “coloca a questão com uma precisão perfeita, atendendo à realidade atual, sem a pretensão de fixar o sentido de expressões que só na técnica tradicional podem significar alguma coisa” (CAVALCANTI, 1955, p. 312)⁵⁷. O ponto fulcral, para Cavalcanti, era a superioridade do Estado sobre o particular nos contratos firmados para a prestação de serviços públicos.

⁵⁵ A fonte de Bandeira de Mello é o livro “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, página 222.

⁵⁶ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 136.

⁵⁷ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 132.

Esse mesmo raciocínio seria aplicável quando a avença fosse realizada com outra entidade de direito público, como as comunas e demais coletividades da Administração autônoma (CAVALCANTI, 1955, p. 323).

Nos contratos de concessão, a primazia do Estado apareceria na competência discricionária para decidir sobre a concessão de um dado serviço. A concessão, assim, seria um ato de soberania estatal unilateral (CAVALCANTI, 1956a, p. 351)⁵⁸. Ao particular até seria facultado renunciar à concessão, porém tal atitude poderia acarretar-lhe consequências jurídicas, ônus passível de recair sobre qualquer cidadão, não podendo a Administração dele isentá-lo, sob pena de ferir o princípio da igualdade (CAVALCANTI, 1956a, p. 442)⁵⁹.

1.13 Poder de Polícia

Fleiner aparece na obra de Themistocles Cavalcanti quando este trata do poder de polícia, mas apenas para noticiar a realidade alemã. No trecho acerca da polícia de associações, liberdade de pensamento e censura – um campo que hoje mais interessaria à história do direito do que à dogmática do direito administrativo –, Fleiner é empregado como um expositor do tratamento conferido à censura pela Constituição de Weimar (CAVALCANTI, 1956b, p. 159-160)⁶⁰. Não há que se falar, portanto, de influência de Fleiner sobre Cavalcanti nesse específico aspecto.

1.14 Agentes Públicos

Tratando dos agentes públicos, especialmente para efeito de responsabilização civil, Themistocles Cavalcanti evoca a doutrina de Fleiner a respeito da situação na dogmática alemã. Somos informados, então, que o Tribunal do *Reich* decidiu, nos termos da Constituição de Weimar, que funcionário público é toda pessoa investida pelo

⁵⁸ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Droit administratif de L’Empire Allemand*”, página 213, sobre o qual remetemos o leitor à nota nº 28.

⁵⁹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 91.

⁶⁰ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 248.

Estado de uma autoridade pública (CAVALCANTI, 1956c, p. 62)⁶¹. Cavalcanti não adota tal conceito automaticamente, trazendo-o mais como uma ilustração do direito comparado. Não há, assim, influência de Fleiner nessa temática.

Considerações Finais

Realizado o mapeamento da presença de Fleiner na obra dos administrativistas nacionais, pudemos alcançar as seguintes conclusões gerais:

a) a recepção da doutrina de Fleiner no Brasil se deu a partir das traduções francesa e espanhola de sua obra, notadamente da primeira. Esta é a fonte de Bandeira de Mello, Di Pietro, Cavalcanti e Carvalho Filho. A edição espanhola é empregada por Meirelles e Bilac Pinto. Cretella Júnior faz uso de ambas. O original alemão, por sua vez, não é citado pelos brasileiros.

b) as menções ao pensamento de Fleiner variam muito em intensidade, indo das poucas citações realizadas por Di Pietro, Bilac Pinto, Meirelles e Carvalho Filho às muitas de Bandeira de Mello, Cretella Júnior e Cavalcanti.

c) algumas referências a Fleiner são meramente panorâmicas – demonstrativas do *état de l'art* ou da familiaridade com um autor clássico –, enquanto outras aprofundam a obra do suíço, apropriando-a à dogmática administrativista brasileira.

Especificamente em relação à influência de Fleiner sobre o direito administrativo brasileiro, a pesquisa indicou que:

a) embora lembrado em temas como a origem do direito administrativo, intervenção na propriedade, responsabilidade civil do Estado, poder de polícia e agentes públicos, Fleiner foi ali invocado a título meramente ilustrativo ou como informação histórica, sem contribuir substancialmente para a formação dos doutrinadores brasileiros ora estudados;

b) é possível enxergar uma influência de Fleiner sobre:

b.1) Themistocles Cavalcanti, seja por conta do entusiasmo do brasileiro com as ideias do suíço sobre a criação de um sistema de direito público para a Administração, seja em razão da adoção das teses sobre os limites interiores e exteriores

⁶¹ A fonte de Cavalcanti é o livro “*Les principes généraux du droit administratif allemand*”, página 177.

da discricionariedade administrativa, o domínio público, a inexistência de um direito penal administrativo autônomo e a prevalência do Estado nos contratos administrativos;

b.2) Celso Antônio Bandeira de Mello, a quem demonstrou ser cara a concepção de Fleiner de Administração legal, posta em movimento pela lei e exercida nos limites por ela dispostos, colaborando para as noções do brasileiro a respeito do regime jurídico-administrativo e das fundações públicas;

b.3) José Cretella Júnior, quando defende a superioridade da lei como fonte do direito administrativo, porém sem renegar o poder normativo de estatutos autônomos e ordenanças autárquicas, bem como quando adota as posições de Fleiner sobre a revogação do ato administrativo e sobre a natureza das sociedades de economia mista;

b.4) Hely Lopes Meirelles, notadamente acerca de seu entendimento sobre os marcos da discricionariedade administrativa; e

b.5) Bilac Pinto, na defesa da ampliação da capacidade normativa do Poder Executivo em relação ao Legislativo.

Constata-se, assim, a partir da pequena mostra de fontes analisadas, que o percurso histórico do direito administrativo brasileiro é, em alguma medida, tributário da obra elaborada por Fritz Fleiner no começo do século XX.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956a.

_____. *Tratado de direito administrativo*. V. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956b.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956c.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. v. I: teoria do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. II: teoria do ato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Labor, 1933a.

_____. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. 3. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1913.

_____. *Les principes généraux du droit administratif allemand*. Paris: Delagrave, 1933b.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Weimarer Republik und Nationalsozialismus*. München: C.H. Beck, 2002.

_____. *Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte*. München: C.H. Beck, 2014.

_____. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

Submetido em 03 de agosto de 2018.
Aprovado para publicação em 17 de julho de 2019.

