



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 0101-1480

Revista da **PGE**

Procuradoria-Geral do Estado RS

v. 29 n. 62
julho/dezembro 2005

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	v. 29	n. 62	p. 1-224	jul./dez. 2005
------	-----------------	-------	-------	----------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) – . – Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1979 – v.; 21 cm. Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n 1 - 23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13º Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 3288.1656 – 3288.1652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO
Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT
Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO
Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA
Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein
Gabriel Pithan Daudt
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva

Editoração, impressão e acabamento:



Fone: (51) 3245-7222 - www.calabria.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	07
DOCTRINA	
El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Comun. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello Francisco Fernandez Segado	09
A Responsabilidade Civil da Administração Pública entre o Modelo de Estado Liberal e o Estado Social: Quebra de Paradigma na Legislação e na Jurisprudência Luciano Timm	39
Direitos Humanos e Constituição: o “novo” da E.C. 45/04 Jose Luis Bolzan de Morais	53
O Princípio da Boa-Fé e a Relação Administrativa Funcional: a Concessão de Vantagens Indevidas e o Poder-Dever de Invalidação do Ato Concessório e ou de seus Efeitos Elder Boschi da Cruz	89
Democracia a Ser Realizada Fabiana Azevedo da Cunha	113
A Duração das Férias nas Relações de Trabalho no Brasil após a Incorporação da Convenção n. 132 da OIT no Ordenamento Jurídico Nacional Roberto Padilha Guimarães	129
Breves Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Adriana Krieger de Mello	143
Hiperconstitucionalização do Direito Administrativo Sabrina Hübner Bergmann	175
TRABALHOS FORENSES	
Informações – ADIN n. 70015121841 Helena Maria Silva Coelho Karla Luiz Schirmer	195
PARECERES	
Parecer 14531 Cristiano Xavier Bayne	207

EDITORIAL

Eis o volume 62 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

O presente volume, diverso de seus imediatamente anteriores, não enfocou uma determinada área do Direito, mas abrangeu vários temas jurídicos que ordinariamente são enfrentados pelos Procuradores do Estado no desempenho de suas funções.

A Revista tem quatro artigos da autoria de Procuradores do Estado (Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Dr. Elder Boschi da Cruz, Dra. Fabiana Azevedo da Cunha e Dra. Adriana Krieger de Mello), o que bem espelha a qualidade dos quadros da PGE e a constante preocupação destes, não obstante a grande carga de trabalho que detêm, de se manterem atualizados e em intensa produção científica, o que se reflete diretamente na qualidade dos serviços prestados à sociedade gaúcha.

Dentre as demais contribuições enviadas, merece destaque o artigo do ilustre Professor Francisco Fernández Segado, jurista espanhol de muitas luzes, que trouxe à PGE seus ensinamentos na área do Direito Comunitário Europeu.

Também há que se registrar a contribuição dos assessores jurídicos da PGE, com os artigos “A duração das férias nas relações de trabalho no Brasil após a incorporação da Convenção nº 132 da OIT no ordenamento jurídico nacional”, de Roberto Padilha Guimarães, e “Hiperconstitucionalização do Direito Administrativo”, de Sabrina Hübner Bergmann, demonstrando a qualidade do quadro de servidores da instituição.

Por fim, registramos o artigo do advogado Luciano Timm sobre tema de extrema relevância, a responsabilidade civil da Administração Pública.

Resta, ainda, agradecer às inúmeras manifestações elogiosas recebidas dos diversos leitores da Revista, o que nos estimula a dar continuidade ao trabalho que estamos desenvolvendo, buscando cada vez mais atingir níveis elevados de qualidade.

Boa leitura a todos.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ COMUNITARIO EUROPEO DE DERECHO COMUN. LAS TRANSFORMACIONES CONSTITUCIONALES DIMANANTES DE ELLO*

Francisco Fernández Segado**

RESUMEN: A qué norma deberá hacer caso el juez español cuando se encuentre ante una norma nacional y una comunitaria que se contrapongan? Los jueces de los países miembros de la Unión Europea tienen la obligación de cuidar que en sus resoluciones no se contravengan normas comunitarias. Pero el juez deberá aplicar la comunitaria para lograr con ello un “control de comunitariedad” o “constitucional”, auxiliándose también de la cuestión prejudicial en cuanto consulta que pueden someter al Tribunal de Luxemburgo.

Palabras clave: cuestión prejudicial, Unión Europea, derecho comunitario, juez comunitario

ABSTRACT: When the spanish judge is about to apply a national norm facing of a comunit norm which one have to chose? The judges of the European Union rmembers countries have the obligation to take care that their resolutions not infringe the community norms. But the judge should have to apply the community norm to obtain a “community or constitutionalist control”, helping himself with the prejudicial matter as a consultation to the Luxembourg Court.

Descriptors: prejudiciary matter, European Union, community law, community judge.

I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO. SUS PRINCÍPIOS ESTRUCTURALES

1. En su célebre Sentencia Van Gend & Loos,¹ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que la Comunidad constituía “un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional... cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”, consecuentemente con lo cual, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, “al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos

*Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor *honoris causa* por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004.

**Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

10

que se incorporan a su patrimonio jurídico”. Esto suponía el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico comunitario estaba llamado a establecer relaciones jurídicas no sólo entre el Estado y sus ciudadanos, sino también de éstos entre sí.

En otra no menos conocida sentencia, la dictada en el Caso Flaminio Costa contra ENEE,² el tribunal señalaba que, “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros... que vincula a sus órganos jurisdiccionales”.

Al reemplazar con la calificación “ordenamiento jurídico propio” la expresión “nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional”, que utilizara inicialmente el tribunal, éste, como significara Guy Isaac, quería marcar especialmente la autonomía del ordenamiento comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y subrayar el avanzado grado de centralización en la creación de normas, y también, muy probablemente, como dijera Paul Craig, posibilitar la diferente posición jurídica de los individuos ante el derecho comunitario, pues en el ámbito del derecho internacional público, hace años al menos, los individuos no adquirirían derechos ni tan siquiera cuando eran claramente los beneficiarios de las normas establecidas en un tratado internacional, situación bien dispar a la dimanante del derecho comunitario.

En definitiva, el derecho comunitario, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en los dos principios que vertebran las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: 1) El principio de eficacia directa o de aplicabilidad inmediata, y 2) El principio de primacía.

2. El tribunal consagró por vez primera la eficacia directa en la ya citada Sentencia Van Gend & Loos, y lo hizo objetivando al máximo la voluntad de las partes contratantes, que consideró pretendieron involucrar no sólo a los respectivos gobiernos sino también a los ciudadanos mediante la búsqueda de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos. En su fundamentación, la sentencia recurre al artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957, que contempla la “cuestión prejudicial”, “cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales”, lo que venía a confirmar que “los Estados han reconocido al derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos”.

En su Sentencia Franz Grad,³ el tribunal extendería la eficacia directa a las decisiones, pues “si bien los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de un reglamento, esta diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo que el de un reglamento directamente aplicable: la posibilidad de que los justiciables los invoquen ante sus propios órganos jurisdiccionales”.

² Ente Nazionale de Energia Elettrica, 15 de julio de 1964.

³ Sentencia de 6 de octubre de 1970. (colocar en nota de rodapé)

Cuatro años después, en la Sentencia Van Duyn,⁴ el tribunal admitió que las directivas, la más peculiar fuente del derecho comunitario, podían contener preceptos que confirieran a los particulares derechos alegables ante los tribunales de un Estado miembro, y que éstos debían tutelar. Bien es verdad que el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo que las directivas sólo tienen efecto directo vertical. Dicho de otro modo, mientras las normas de los tratados y los reglamentos otorgan a los individuos derechos que pueden utilizarse tanto frente al Estado (efecto vertical directo) como frente a los particulares (efecto horizontal directo o efecto directo *inter privados*), las directivas sólo tienen efecto directo vertical, como el tribunal dijera, entre otros, en el Caso Marshall *versus* Southampton,⁵ lo que no deja de ser una doctrina ciertamente discutible.

En su jurisprudencia ulterior, el tribunal vino a exigir a las directivas un conjunto de criterios a los cuales atender, con el propósito de que la norma comunitaria tuviera tal efecto directo; entre aquéllos: que las disposiciones, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas,⁶ que sean claras y precisas,⁷ y que sean completas y jurídicamente perfectas.⁸

Parece evidente, pues, por todo lo dicho, que la eficacia directa del derecho comunitario es la consecuencia inexcusable de su pretensión de uniformidad en todo el ámbito territorial de la Comunidad (hoy Unión) y de su misma finalidad integradora.

3. En cuanto a la primacía del derecho comunitario, significa, como es obvio, que sus normas tienen preferencia sobre las del derecho nacional, de modo tal que, en caso de colisión o conflicto entre unas y otras, han de prevalecer las normas comunitarias, cualquiera que fuere el rango de las normas internas, y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad, es decir, a margen de cualquier criterio de rango o temporal.

La primacía del derecho comunitario dimana de modo inmediato de su propio efecto directo; es obvio que éste quedaría seriamente afectado si las normas comunitarias pudiesen verse desplazadas por otras de derecho interno contrarias a aquéllas. Consecuentemente, la primacía es la resultante lógica de la eficacia directa.

Ya en su Sentencia Flaminio Costa de 1964, el tribunal vino a establecer este principio con base, entre otros, a dos argumentos incontrastables:

a) Que al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía en materias específicas, no pudiendo prevalecer contra tal limitación un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad, y b) Que la fuerza vinculante del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del tratado y sin causar una discriminación contraria al mismo.

⁴ Sentencia de 4 de diciembre de 1974.

⁵ Sentencia de 26 de febrero de 1986.

⁶ Sentencia Becker, de 19 de enero de 1982.

⁷ Sentencia Lück, de 4 de abril de 1968.

⁸ Sentencia Molkerei Zentrale, de 3 de abril de 1968.

En virtud del principio de primacía, como dijera el tribunal en el Caso Simmenthal:⁹

Las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias.

4. Problema distinto es el que plantea el ordenamiento constitucional de los Estados miembros, cuyo valor normativo superior sigue siendo defendido por los tribunales constitucionales o por los supremos órganos jurisdiccionales nacionales. Y es que, como dijera Alonso García, una cosa es que el parámetro de validez del derecho comunitario derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico comunitario —y no los ordenamientos jurídicos nacionales—, con los tratados constitutivos en la cúspide, y otra muy distinta que éstos se impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía operada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones. Esto, en todo caso, exige de una interpretación integradora al más alto nivel jurisdiccional, es decir, de una interpretación *pro constitutione* de los tratados por el Tribunal de Luxemburgo y de una interpretación *pro communitate* de las Constituciones nacionales por parte de los respectivos tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

II. EL CONTROL DE LA “COMUNITARIEDAD” DEL ORDENAMIENTO INTERNO LLEVADO A CABO POR LOS JUECES NACIONALES. SUS CONSECUENCIAS

1. La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del derecho comunitario tiene como destinatarios primigenios a los jueces nacionales. Esto, sin embargo, no se hará patente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sino hasta la segunda sentencia dictada en el Caso Simmenthal, en marzo de 1978.

Ciertamente no faltan autores, como es el caso de Ferreres en España, que entienden que, en paridad, el principio de primacía no predeterminaba por sí mismo cuál debía ser el mecanismo jurisdiccional para hacer frente a la ley nacional contraria al derecho comunitario.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, el hecho de que la Comunidad, hoy Unión, esté circunscrita básicamente a la creación jurídica, en el sentido de la elaboración de normas generales y abstractas, unido, en perfecta coherencia con esto, al carácter esencialmente descentralizado de la ejecución administrativa del derecho comunitario y de su control jurisdiccional, convertía en poco menos que inexcusable la colaboración de los jueces nacionales, con su subsiguiente protagonismo en el que bien podríamos denominar “control de comunitariedad”, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal

⁹ Sentencia de 9 de marzo de 1978.

de Justicia sólo dispone de una competencia limitada al conocimiento de las materias que, de modo expreso, le confieren los tratados constitutivos.

Si a todo esto se añade que el derecho comunitario — como ya dijimos y es, por lo demás, reiterada doctrina del tribunal, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, crea derechos que entran a formar parte del patrimonio jurídico de los particulares, con la lógica consecuencia de que tal derecho pueda ser invocado por los ciudadanos europeos, la conclusión es patente: el juez comunitario de derecho común es el juez nacional.

Ya en sus primeras sentencias, el Tribunal de Justicia puso de relieve, de modo implícito al menos, cuál debía ser la función del juez nacional como juez comunitario al subrayar¹⁰ que las autoridades internas venían obligadas a proteger los derechos engendrados por el ordenamiento comunitario en favor de los ciudadanos.

Sería no obstante en la ya referida Sentencia del Caso Simmenthal donde el tribunal iba a extraer del juego combinado del principio de primacía y del efecto directo, unas consecuencias que, como dice Ruiz-Jarabo, van mucho más lejos que las que dimanarían tan sólo del primero de esos principios; en efecto, tras la Sentencia Simmenthal, las normas comunitarias reciben *ipso iure* el estatuto de derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros. En razón de su superioridad en la jerarquía normativa, deben ser aplicadas por el juez nacional, no obstante la existencia de cualquier otra norma interna contraria. Esta doctrina sería de una enorme trascendencia.

2. Recordemos los supuestos de hecho del caso. Desde 1973, la sociedad italiana Simmenthal venía importando carne bovina de Francia y pagando unos derechos de inspección sanitaria que la administración italiana le exigía en virtud de una Ley de 1934, modificada en 1970. La sociedad recurrió ante el *Pretore* de Susa, al entender que no venía obligada al pago de tales derechos por cuanto los mismos suponían un obstáculo a la libre circulación de mercancías, contrario al derecho comunitario.

La cuestión prejudicial planteada por el *Pretore* de Susa dio lugar a la Sentencia de 15 de diciembre de 1976, en la que el tribunal consideró que los derechos de inspección sanitaria percibidos en la frontera por la administración italiana eran medidas equivalentes a “restricciones cuantitativas a la importación”, prohibidas por el artículo 30 del Tratado de Roma. Como consecuencia, el *Pretore* dictó una resolución conminatoria ordenando a la *Amministrazione delle Finanze dello Stato* que reembolsara los derechos indebidamente percibidos, más los intereses.

La *Amministrazione delle Finanze dello Stato* se opuso, y a la vista de los argumentos aducidos por las partes en el curso del procedimiento que siguió a dicha oposición, el *Pretore* constató la existencia de una contradicción entre determinadas normas comunitarias y una ley nacional posterior, la mencionada ley núm. 1239-1970. Y aunque en ese momento una reiterada jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*¹¹ se inclinaba por una solución de tales problemas, basada, con apoyo

¹⁰ En la Sentencia Comisión contra Francia, de 4 de abril de 1974.

¹¹ Así, las sentencias 205-1975 y 232-1975.

en el artículo 11 de la Constitución, en el planteamiento ante la propia *Corte Costituzionale* de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley controvertida, doctrina que, como más tarde veremos, quebró con la importantísima sentencia núm. 170-1984 (Caso Granital) de la propia corte, el *Pretore* optó por plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, si al artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y la jurisprudencia sobre el efecto directo y la primacía del derecho comunitario que de él se derivan, significaban que las eventuales disposiciones nacionales posteriores contrarias debían ser consideradas de pleno derecho como inaplicables.

La respuesta del Tribunal de Justicia, en su segunda sentencia del Caso Simmenthal,¹² fue rotunda e inequívoca:

El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

La inaplicación es, pues, la solución que ha de adoptar el juez nacional frente a las normas internas contrarias al derecho comunitario. En principio, esta solución se aplica independientemente de que la norma estatal sea anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma europea a la que se opone. Sin embargo, siendo esto así, en la misma sentencia, como en un momento anterior señaláramos, el Tribunal de Justicia parece sugerir una solución más drástica respecto de las normas internas posteriores, al señalar que la primacía produce el efecto de “impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”, obviamente anteriores. Esta precisión parece estar apuntando hacia una radical ausencia de eficacia jurídica por parte de estas normas del derecho interno.

3. El enorme impacto de esta doctrina en el orden constitucional de los Estados miembros ha sido unánimemente subrayado por todos aquellos autores que se han aproximado al tema. Se puede hablar así de una modificación de hecho de los sistemas constitucionales nacionales, que vendría dada por la que Theo Ohlinger denomina: “americanización estructural del derecho europeo continental”, que es la resultante del cambio del rol de los tribunales, que de órganos de aplicación del derecho creado por el Parlamento, del derecho legal, se convierten en órganos de revisión y fiscalización del mismo. Con esto, la tradicional equiparación euro-continental entre derecho y ley, siendo ya discutible desde una óptica teórico-jurídica, deja de ser válida también desde el punto de vista pragmático.

Por lo demás, esta concepción del “control de comunitariedad” impacta fuertemente sobre los presupuestos mismos en que se asienta el “control de constitucionalidad” en aquellos sistemas en que tal control se concentra en un único órgano, en Europa, normalmente un Tribunal Constitucional, aunque no en muchos países de América Latina. Encontramos aquí un nuevo argumento en qué apoyar la

¹² Sentencia de 9 de marzo de 1978.

tesis que en otro lugar hemos sustentado de la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición paradigmática que desde decenios atrás se ha venido utilizando para el estudio comparado de los distintos sistemas de justicia constitucional, que se asienta, como es sabido, en la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano, o, con más impropiedad, en la contraposición sistema difuso-sistema concentrado.

Ciertamente, podría defenderse la tesis de que el “control de comunitariedad” es también, en gran medida, un control concentrado, en tanto que en el derecho comunitario existe un instrumento análogo al instituto procesal de la *pregiudizialità*, conocido en España como cuestión de inconstitucionalidad, y que, con una u otra denominación, hallamos, entre otros países, en Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Polonia, República Checa, República Eslovaca o España. Dicho instrumento procesal comunitario sería lógicamente la “cuestión prejudicial”, inicialmente contemplada por el artículo 177 del Tratado de Roma, más tarde por el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, con las modificaciones introducidas en él por el Tratado de Amsterdam, y, con vistas al futuro, por el artículo III-274 de la Constitución Europea.

Como nos vamos a ocupar más adelante de la “cuestión prejudicial”, nos limitaremos ahora a señalar al respecto que aunque es evidente que la cuestión prejudicial es una técnica centralizadora que tiende a concentrar en el Tribunal de Justicia el “control de comunitariedad”, las diferencias que tal técnica nos muestra respecto de la cuestión de inconstitucionalidad son más que notables. Pensemos solamente en una de las varias divergencias que pueden apreciarse: mientras los tribunales constitucionales; por lo general, se pronuncian acerca de si la ley estatal es contraria a la Constitución, excepción hecha de algunos tipos peculiares de sentencias como, por ejemplo, las interpretativas, el Tribunal de Luxemburgo se limita a pronunciarse acerca de cómo debe interpretarse el derecho comunitario, al haber entendido, a lo largo de una dilatada jurisprudencia, que verificar la compatibilidad de una legislación nacional con el derecho comunitario supondría tanto como una aplicación de este último, tarea reservada al juez nacional, razón por la que el Tribunal de Justicia considera que ha de limitarse a proporcionar los elementos de apreciación necesarios para aclararle el sentido y el alcance de las normas que lo integran. Esto se traduce, como dice Ruiz-Jarabo, en que los jueces nacionales son soberanos en su orden jurídico en cuanto a la realización del derecho comunitario. De lo expuesto, creemos que se desprende una más que notable diferencia entre los dos institutos procesales a que venimos refiriéndonos.

Por lo demás, el “control de comunitariedad” que llevan a cabo los jueces nacionales, puede ser aportado como un argumento adicional a otros varios que revelan el progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control llevado a cabo con ocasión de su aplicación, rasgo tendencial que a su vez se conecta estrechamente con el protagonismo cada vez mayor de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo.

4. El “control de comunitariedad” encomendado a los jueces nacionales ha provocado, por otra parte, como recuerda el propio Ruiz-Jarabo, lo que se ha dado en

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

llamar “la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores”, porque, conciente de que las decisiones de los tribunales de última instancia no permitirían asegurar plenamente la aplicación íntegra del derecho comunitario en el orden jurídico interno, el Tribunal de Justicia invita a “todo juez nacional competente” a inaplicar “por su propia autoridad” cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el derecho comunitario.

Esto ha ido unido al progresivo fortalecimiento del carácter comunitario del título habilitante del ejercicio de competencias jurisdiccionales por los jueces nacionales. Tal circunstancia encuentra su razón de ser en el hecho de que los jueces nacionales vienen obligados lógicamente a ejercer su función jurisdiccional en el marco regulado por la legislación procesal del propio Estado, lo que en ocasiones puede llegar a condicionar la plenitud de eficacia del derecho comunitario. En tal situación, el acentuamiento de la “comunitariedad” del título puede contribuir a superar los mencionados condicionamientos. Buen ejemplo de esto lo constituye la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en el Caso Marguerite Johnston *versus* Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.¹³ A juicio del tribunal, la Directiva 76-207, cuyo artículo 1º. contempla la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación “pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional”. Interpretada esta norma a la luz de ese principio de control jurisdiccional, principio básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia entiende que “todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente frente a aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres”, prevista por la citada directiva. Puede hablarse, pues, a nuestro juicio, de un derecho comunitario a la tutela judicial efectiva, que se nos presentaría como la expresión de un principio general del derecho comunitario dimanante de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Esta doctrina resultaría notablemente fortalecida por la importante sentencia dictada en el Caso Factortame,¹⁵ en la que el Tribunal de Luxemburgo interpretaría que “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 5º. del tratado, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables, del efecto directo de las disposiciones del derecho comunitario”.

En definitiva, la doctrina expuesta corrobora cumplidamente cuanto hasta aquí se ha dicho: los tribunales nacionales tienen jurisdicción general sobre los asuntos de derecho comunitario. Más aún, como significa Paul Craig, se ha demostrado que el rol jugado por los tribunales nacionales ha sido inestimable para el Tribunal de Luxemburgo. La aplicación de los precedentes existentes por parte de los tribunales nacionales no sólo ha aliviado la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, sino, lo que aún importa

¹³ Autoridad competente para el nombramiento de los miembros auxiliares de las fuerzas de Policía de Irlanda del Norte. Sentencia de 15 de mayo de 1986.

¹⁴ Artículo 6º. de la directiva.

¹⁵ Sentencia de 19 de junio de 1990.

más, ha mejorado la ejecución del derecho comunitario. Por todo esto, no es aventurado decir que el sistema global de justicia dentro de la Unión Europea podría no haber funcionado como lo ha hecho, si no se hubiese concedido a los jueces nacionales este rol de aplicadores del ordenamiento comunitario por derecho propio.

El desdoblamiento del juez nacional, que es, al unísono, juez interno y juez comunitario de derecho común, no deja de suscitar una paradoja, que proviene del hecho de que cualquier ciudadano puede dirigirse al juez, en cuanto integrante del complejo orgánico del Poder Judicial del Estado, con la pretensión de que inaplique normas de ese mismo Estado del que recibe su propia potestad jurisdiccional, lo que plantea dificultades que sólo cabe superar desde la vocación integradora que el derecho comunitario presenta.

III. LA “CUESTIÓN PREJUDICIAL”. SU FUNCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

La aplicación ampliamente descentralizada del derecho comunitario es la última *ratio* a la que responde el instituto procesal de la “cuestión prejudicial” que consagrara el artículo 177 del Tratado de Roma, a cuyo tenor, el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación del presente tratado; b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, y c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

En una Comunidad esencialmente legislativa como era la Comunidad Económica Europea, con un sistema de aplicación de su ordenamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales nacionales, y por lo mismo notablemente descentralizado, la importancia de salvaguardar un derecho uniforme en todo su ámbito territorial, se convertía en consustancial a la propia existencia de la Comunidad. Como significara quien fuera presidente del Tribunal de Justicia entre 1967 y 1976, Robert Lecourt, la piedra angular de la Comunidad no era tan sólo una misma norma común, sino que esa norma fuera interpretada y aplicada de igual manera en toda su extensión territorial por los tribunales de los Estados miembros. De aquí la relevancia del instituto procesal instituido por el artículo 177, cuya función primigenia era garantizar la unidad del derecho comunitario en su aplicación por los jueces nacionales, propiciando de esta forma una “aplicación uniforme” que, como dijera Pierre Pescatore, se refiere no sólo al contenido material de las disposiciones del derecho comunitario, sino también, e incluso de modo especial, a la determinación uniforme de su alcance, de sus efectos y de su eficacia.

El artículo 177 fue, en cierto modo, una fórmula de compromiso que, soslayando la configuración del Tribunal de Justicia como un órgano jurisdiccional de casación europeo — diseño que probablemente no hubieran aceptado los Estados miembros—, y con base en una sutil distinción entre aplicación e interpretación del derecho comunitario, vino a establecer el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. Mientras a los primeros corresponde

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

la aplicación de tal ordenamiento, al segundo se confía su interpretación, que ciertamente viene condicionada tanto por los límites que al Tribunal de Justicia le impone la cuestión que le formula el juez nacional como por el carácter general objetivo que el Tribunal de Luxemburgo ha de dar a su interpretación, de modo tal que ésta no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que se planteó la cuestión.

El principio de cooperación entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia que posibilitó el artículo 177, se iba a convertir de esta forma en la clave de arco de la preservación de la “comunitariedad”, o dicho de otro modo, de la uniformidad del derecho instituido por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del posterior derecho derivado.

Ya en el Caso *Schwarze*¹⁶, primera sentencia en la que el tribunal se pronunció sobre este punto, se atribuyó a la cuestión prejudicial la función de “garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”. En el Caso *Rheinmühlen-Düsseldorf*,¹⁷ el tribunal consideró que el artículo 177 tiene por finalidad garantizar al derecho comunitario, en cualquier circunstancia, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad, otorgando al juez nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda plantear la exigencia de dar al derecho comunitario su pleno efecto en el marco de los respectivos sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

Por otro lado, no cabe olvidar que, como ha subrayado un sector de la doctrina (*Pescatore*, *Everling*, etcétera), la cuestión prejudicial tiene otra función específica de particularísima relevancia: la de protección jurídica y judicial. En efecto, a través de este instituto procesal comunitario se proporciona a los justiciables una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad, ofreciéndoles la posibilidad de someter sus litigios al examen del Tribunal de Justicia a través del juez nacional.

En coherencia con todo esto, el Tribunal de Luxemburgo ha defendido una interpretación antiformalista, con el fin de propiciar la cooperación judicial establecida por el artículo 177, y lógicamente para posibilitar la más eficaz protección jurídica de los ciudadanos europeos.

La praxis revela la enorme trascendencia que en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario ha adquirido la cuestión prejudicial. La notable judicialización del derecho comunitario se ha encauzado a través de este instituto procesal, y ha tenido por virtud el notabilísimo protagonismo que el Tribunal de Justicia ha adquirido en dicha construcción.

IV. LA DOBLE VERTIENTE DE LA “CUESTIÓN PREJUDICIAL”

1. A tenor del artículo 177, la cuestión prejudicial presenta una doble vertiente, de interpretación y de apreciación de validez del ordenamiento comunitario. La importancia de la distinción es notable no sólo porque el objeto de la misma es en cada caso diferente, sino porque también lo es el alcance o los efectos de la sentencia.

¹⁶ Sentencia de 1º de diciembre de 1965.

¹⁷ Sentencia de 16 de enero de 1974.

La divergencia en cuanto a su ámbito normativo es nítida: la cuestión de interpretación puede tener por objeto tanto el derecho originario como el derivado; por contra, la cuestión de apreciación de validez, por su propia naturaleza, sólo cabe respecto al derecho derivado.

Bien es verdad que ambas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas, no sólo porque pueden plantearse simultáneamente, sino porque, por lo general, la solución a toda cuestión de apreciación de la validez implica un problema previo de interpretación que en ocasiones condiciona la existencia jurídica del acto controvertido. El Tribunal de Justicia, al igual que los tribunales constitucionales, recurre en ciertos casos a la técnica hermenéutica de la “interpretación conforme”, salvando la validez del acto jurídico controvertido, en tanto se interprete de un determinado modo.

Por otro lado, el tribunal ha entrelazado en ocasiones ambas cuestiones, declarándose competente para pronunciarse sobre la validez de un texto, aun cuando la cuestión suscitada por el juez nacional viniera referida tan sólo a su interpretación; así sucedería, por ejemplo, en el Caso *Schwarze*.¹⁸

Conviene, por lo demás, señalar, con *Pescatore*, que el concepto de interpretación se ha de entender no sólo en el sentido de aclaración del contenido material de las disposiciones comunitarias, sino también en el de determinación de su alcance y definición de todo aquello que caracteriza su modo de operar y sus efectos, tarea hermenéutica, ésta, de gran relevancia, con el propósito de regular, a través del procedimiento prejudicial, las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional.

2. También los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia se pueden matizar en función del tipo de cuestión de que se trate. La sentencia dictada en una cuestión de interpretación, lejos de tener un carácter consultivo, vincula al juez nacional que ha planteado la cuestión, como dijera el tribunal en el Caso *Benedetti*.¹⁹ Aun cuando este tipo de sentencias tienen efectos inter partes, vienen a adquirir de hecho el valor de un precedente, al precisar el significado auténtico de una norma comunitaria, lo que, de hecho, otorga a la misma unos efectos generales.

El tribunal nunca se ha pronunciado de manera concluyente acerca del carácter vinculante general, esto es respecto de todas las jurisdicciones nacionales, más allá por tanto del órgano judicial que planteó la cuestión, de sus sentencias de interpretación, pero como advierte *Alonso Garcia*, cabe extraer tal conclusión a través de una aproximación teleológica a su jurisprudencia. Así, en el Caso *Molkerei-Zentrale*,²⁰ el tribunal significó que “la utilización del artículo 177 por las jurisdicciones nacionales, permitiendo al tribunal asegurar la interpretación uniforme del tratado, es susceptible de facilitar una aplicación idéntica del mismo”, que no podría derivar más que de la autoridad vinculante de la interpretación realizada con relación a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

¹⁸ Sentencia de lo. de diciembre de 1965

¹⁹ Sentencia de 3 de febrero de 1977.

²⁰ Sentencia de 3 de abril de 1968.

En las sentencias dictadas en una cuestión de validez, es preciso diferenciar entre el supuesto más habitual de que el tribunal no acoja las dudas que se le han planteado acerca de la validez de un acto institucional, supuesto que deja abierta la posibilidad de posteriores impugnaciones basadas en otros motivos, y el caso en el que el tribunal declare la invalidez, en el que los efectos generales de la sentencia no parecen admitir duda. Formalmente, la sentencia sólo obliga al juez nacional a inaplicar el acto declarado inválido; sin embargo, en la práctica, como el propio tribunal admitiera en el Caso Internacional Chemical Corporation, “constituye una razón suficiente para que cualquier otro juez considere el acto igualmente inválido, a los efectos de una decisión que deba dictar”. Puede hablarse aquí, consiguientemente, de un efecto *erga omnes* derivado de la propia naturaleza de la cuestión sobre apreciación de validez.

V. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FACULTADOS PARA PLANTEAR UNA “CUESTIÓN PREJUDICIAL”

El artículo 177 introdujo una importante innovación respecto del artículo 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que sirvió de inspiración. Mientras, con arreglo a este último, la cuestión prejudicial resultaba obligatoria para cualquier órgano jurisdiccional al que se le planteara un litigio relativo a la validez de un acto de la alta autoridad o del consejo, el artículo 177 introdujo una distinción entre la prejudicial facultativa, que puede plantear cualquier órgano jurisdiccional, y la cuestión prejudicial obligatoria, que se impone a los órganos jurisdiccionales que se pronuncien en última instancia. Ahora nos referiremos a la cuestión facultativa.

La facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia corresponde, a tenor del párrafo segundo del artículo 177, a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. La delimitación de qué se entiende por “órgano jurisdiccional” ha planteado numerosos problemas. Lo primero que ha de señalarse al respecto, es que poco importa la denominación que el órgano tenga en el derecho interno, pues si se dejara a los Estados miembros la calificación, se correría el riesgo de que sectores enteros de la vida económica y social pudieran escapar al control del Tribunal de Luxemburgo. Consecuentemente, puede hablarse a nuestro juicio de un concepto comunitario de “órgano jurisdiccional”.

Para la delimitación de tal concepto, la jurisprudencia del tribunal ha atendido fundamentalmente a dos rasgos: de una parte, a la independencia y obligación de pronunciarse con arreglo a derecho, como criterio distintivo del “órgano jurisdiccional”; de otra, al carácter de órgano público, vinculado orgánicamente al Estado.

El primer pronunciamiento en el cual el tribunal abordó el problema fue el Caso Vaassen-Gübbels,²² fruto de una cuestión prejudicial planteada por un colegio arbitral de la seguridad social de los Países Bajos, cuyo estatuto jurídico fue definido por el tribunal como el de un órgano permanente constituido conforme a la legislación nacional, al que se ha atribuido una competencia vinculante, sometido a normas de

²¹ Sentencia de 13 de mayo de 1981.

²² Sentencia de 30 de julio de 1966.

procedimiento contradictorio análogas a las que rigen el funcionamiento de los tribunales ordinarios, y que debe aplicar normas jurídicas.

Bien es verdad que el tribunal no ha considerado necesaria la concurrencia de todos los rasgos mencionados para que pueda calificarse a un órgano de jurisdiccional. Por el contrario, como señala Ruiz-Jarabo, en su ulterior jurisprudencia el tribunal ha seguido un criterio muy elástico y en realidad bien poco científico. Un ejemplo de esto lo encontramos en el Caso *Pretoire di Saló*,²³ en donde pese a la ambigüedad de las funciones ejercidas por el *Pretoire* en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial, que se asemejaban, de un lado, a las del Ministerio Fiscal, y de otro, a las del juez de instrucción, el tribunal admitió la cuestión en la medida en que:

Procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar, con independencia y conforme a derecho, en asuntos sobre los cuales la ley le confiere competencia, incluso si alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tienen carácter estrictamente jurisdiccional.

En definitiva, el concepto comunitario de “órgano jurisdiccional” no incluye tan sólo a los órganos jurisdiccionales ordinarios sino también a los especializados como los contencioso-administrativos, los económicos, los laborales y los de la seguridad social. Incluso se ha de incluir entre tales órganos a los tribunales constitucionales.

Aunque del texto del artículo 177 podría deducirse que la iniciativa del planteamiento de la cuestión corresponde tan sólo a las partes del proceso *a quo*, el Tribunal de Luxemburgo ha admitido en todo momento las cuestiones prejudiciales planteadas de oficio por el juez, incluso contra las objeciones formuladas por una u otra parte. Más aún, en el Caso *CILFIT*²⁴ el tribunal consideró que el artículo 177 no constituye un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un juez nacional.

También es competencia exclusiva del juez nacional decidir acerca de la pertinencia de la cuestión planteada, esto es, acerca de si requiere para la emisión de su fallo que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre un determinado aspecto del derecho comunitario. La apreciación acerca de la pertinencia es una prerrogativa exclusiva del juez en la que no pueden inmiscuirse ni las partes de la *litis* ni los gobiernos de los Estados miembros, ni tampoco, desde luego, el propio Tribunal de Justicia. Éste se manifestó claramente en tal sentido en el Caso *Pigs Marketing Board*,²⁵ dando respuesta así a una objeción suscitada por el gobierno del Reino Unido, molesto por las cuestiones formuladas por un juez de primera instancia de Irlanda del Norte.

De idéntica libertad goza el juez nacional en lo que se refiere al ámbito material de la cuestión.

²³ Sentencia de 11 de junio de 1987.

²⁴ Sentencia de 6 de octubre de 1982.

²⁵ Sentencia de 29 de noviembre de 1978.

VI. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES OBLIGADOS A PLANTEAR UNA “CUESTIÓN PREJUDICIAL” Y LAS CONSECUENCIAS DE SU NO PLANTEAMIENTO

1. En virtud del artículo 177, se halla obligado a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cualquier “órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno”. Como ha señalado Pescatore, la expresión “recurso judicial” debe interpretarse en el sentido de que incluye los recursos ordinarios, dicho de otro modo, aquellos que pueden ser interpuestos sin requisitos especiales por todos los justiciables, a excepción por tanto de los recursos extraordinarios tales como los constitucionales o el *recours en révision* del derecho francés.

Esta obligatoriedad en el planteamiento de la cuestión prejudicial se explica por la trascendencia de las sentencias de los órganos mencionados, que no sólo al adquirir firmeza, ya no pueden ser revisadas, sino que, además, crean jurisprudencia a nivel nacional con lo que ello podría suponer de grave impacto sobre la unidad de aplicación en toda la Comunidad del derecho comunitario. La cláusula normativa que nos ocupa trata, pues, muy particularmente, de evitar que se establezcan divergencias jurisprudenciales en el interior de la Unión acerca de cuestiones de derecho comunitario.

El alcance de esta obligación planteó problemas delicados como consecuencia de la resistencia de algunos tribunales nacionales a someterse a los criterios interpretativos del Tribunal de Luxemburgo, aduciendo, la llamada doctrina del “acto claro” o del “sentido claro”, o también la exigencia de una “duda razonable”, de conformidad con la cual es necesario que concurra una dificultad real que por su naturaleza pueda propiciar una duda en un espíritu ilustrado, para que el órgano nacional que decide en última instancia se pueda considerar obligado a suscitar la cuestión prejudicial.

La praxis revela que, mediante la invocación de esta doctrina, cualquiera que fuere la denominación que a la misma se dé, se ha sustituido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia respecto de un buen número de cuestiones interpretativas mediante apreciaciones apriorísticas de diversos órganos jurisdiccionales supremos.

La doctrina del “acto claro” surgió en una antigua sentencia de la *Cour de Cassation* francesa,²⁶ siendo posteriormente desarrollada por Laferriere en 1896. El nacimiento de esta doctrina se vincula estrechamente con el reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial en orden a la interpretación de tratados internacionales. En Francia, como recuerda Charles Rousseau, con base en la idea de que el Ejecutivo es el único competente para la dirección de las relaciones internacionales, se entendió que los tribunales debían mostrar una gran reserva en todo lo concerniente a la interpretación de tratados; así, salvo en los litigios de interés privado, se entendió que los tribunales administrativos debían suspender todo pronunciamiento hasta que les fuera aportada una “interpretación oficial” del tratado, dada por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Con la finalidad de limitar la función del Ejecutivo en este campo, con la influencia que

²⁶Sentencia de 13 de mayo de 1824.

esto le permitía ejercer sobre la misma jurisprudencia, los tribunales desarrollaron la doctrina del “acto claro”, reservándose el control de la existencia o no de verdaderas dificultades interpretativas, y por lo mismo, una amplia facultad de apreciación.

La proyección de esta doctrina a la interpretación del derecho comunitario por algunos órganos jurisdiccionales supremos de los Estados miembros — de lo que constituye ejemplo paradigmático la Sentencia del *Conseil d'État* francés de 19 de junio de 1964 llevó al Tribunal de Justicia a intervenir, lo que se produjo con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la *Corte di Cassazione* italiana sobre la interpretación del párrafo tercero del artículo 177, que fue resuelta en el llamado Caso CILFIT.²⁷ El tribunal aborda el problema razonando que “la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna la solución de la cuestión suscitada”. Sin embargo, antes de arribar a tal situación, “el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”. Sólo dándose estas condiciones, podrá abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

La necesidad de alcanzar esta suerte de certeza intersubjetiva, que exige al tribunal nacional que consulte la jurisprudencia relevante de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, parece más bien académica, pues en realidad, como la mayor parte de la doctrina cree, lo que la Sentencia CILFIT entraña es que el Tribunal de Justicia ha hecho suya la doctrina del “acto claro” quizá rodeándola de alguna mayor garantía.

La realidad, sin embargo, revela que bajo la doctrina del “acto claro” se esconde un problema que atañe a la eficacia del derecho comunitario. De hecho, como advierte Pescatore, los órganos jurisdiccionales nacionales raras veces han hecho uso de la doctrina del “acto claro” o de la inexistencia de una “duda razonable” para evitar remisiones inútiles; en la mayoría de los casos se ha empleado el argumento con un fin por entero diferente: para resolver de manera unilateral, en beneficio de los Estados miembros, discusiones sobre el alcance de sus compromisos comunitarios. Significativo es el caso francés, en donde la doctrina del “sentido claro” se transformó en un mecanismo nacional de defensa contra la eficacia legítima del derecho comunitario.

Bien reveladora de tal finalidad sería la Sentencia del *Conseil d'Etat* francés de 22 de diciembre de 1978, dictada en el conocido Caso Cohn-Bendit,²⁸ en la que afirmaría que las autoridades nacionales, si bien están obligadas a adaptar la legislación y las normas reglamentarias de los Estados miembros a las directivas comunitarias, “son las únicas competentes para decidir la forma en que se han de ejecutar las directivas y para fijar por sí mismas, bajo el control de las jurisdicciones nacionales, los medios apropiados para hacerles surtir efectos en derecho interno”, no pudiendo tales directivas, cualesquiera que fueren las precisiones que contengan hacia los Estados miembros, ser invocadas por los ciudadanos de estos Estados en apoyo de un recurso dirigido contra un acto

²⁷ Sentencia de 6 de octubre de 1982.

²⁸ *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 60, abril de 1986, pp. 506-508.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

administrativo individual. Esta doctrina implicaba el establecimiento, a propósito de la no ejecución de una directiva comunitaria, de una distinción ciertamente arbitraria, como con toda razón la consideraría *Pescatore*, entre decisiones individuales y actos reglamentarios, distinción que aunque posibilitaba enfrentar el problema de una adaptación incorrecta del derecho interno a una directiva, impedía, por el contrario, resolver el problema, ciertamente más grave por la afectación de derechos individuales, de la no ejecución de una directiva, como acontecería en el caso en cuestión, en el que el *Conseil d'État* rechazaría la petición del señor Daniel Cohn-Bendit, de anulación de una resolución sancionadora adoptada contra él por el ministro del interior, por su papel en los sucesos universitarios de mayo de 1968, con base en que dicha resolución administrativa desconocía las disposiciones de la Directiva núm. 64-221, dictada por el consejo el 25 de febrero de 1964, cuyo artículo 6º. preveía la comunicación al interesado de las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública que justifican la decisión que le afecte.

La interpretación del *Conseil d'État* aún resultaría más chocante con el derecho comunitario si se recuerda que el Tribunal de Justicia, en el Caso *Roland Rutili*,²⁹ había otorgado efecto directo a las normas de la mencionada directiva que, por lo mismo, imponían obligaciones a los Estados miembros, correspondiendo a sus respectivas jurisdicciones, en la hipótesis de actos legislativos o reglamentarios no conformes, hacer prevalecer, sobre las disposiciones de derecho interno, las reglas de derecho comunitario susceptibles de ser invocadas. Bien es verdad que desde 1989, por virtud en gran parte del cambio jurisprudencial del *Conseil d'État*, se ha producido un giro notable respecto de la precedente doctrina.

En último término, la doctrina del “acto claro” dista mucho de poder ser considerada como expresión de una voluntad de cooperación leal, exigida por el artículo 5º. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que requiere de los Estados miembros, y ello, obviamente, concierne también a sus órganos jurisdiccionales, que se abstengan de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del tratado.

Innecesario es señalar que la obligación de planteamiento de la “cuestión prejudicial” se acentúa aún más, si cabe cuando el ámbito material de la cuestión se refiere a la validez del acto de una institución comunitaria. En el Caso *Foto-Frost*,³⁰ el tribunal declaró rotundamente que los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. La unidad del ordenamiento comunitario y la exigencia fundamental de la seguridad jurídica así lo exigen de modo imperioso. Consecuentemente, el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar los motivos de invalidez de un acto comunitario aducidos por las partes, concluyendo que el acto es plenamente válido, pero lo que no puede hacer es declarar su invalidez sin obtener con anterioridad el previo pronunciamiento en tal sentido por parte del Tribunal de Justicia.

²⁹ Sentencia de 28 de octubre de 1975.

³⁰ Sentencia de 22 de octubre de 1987.

2. Particular interés tiene hacer una referencia a la posición de los tribunales constitucionales en relación a la “cuestión prejudicial”, posición que podría compendiarse en la abstención, no obstante no caber duda alguna de que, como entre otros muchos señalan Rodríguez Iglesias y Pescatore, los tribunales constitucionales deben ser calificados como “órganos jurisdiccionales” en el sentido del artículo 177, norma en la que habrían de ser ubicados en su párrafo tercero, esto es dentro de la categoría de los órganos que vendrían obligados al planteamiento de la cuestión. La realidad, sin embargo, revela que durante mucho tiempo los tribunales constitucionales han tratado cuestiones de derecho comunitario sin hacer uso de la posibilidad de diálogo con el Tribunal de Justicia que el artículo 177 ofrece.

Así, por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha rechazado en distintas ocasiones la posibilidad de que sea considerado órgano jurisdiccional comunitario, con el fin de poder plantear ante el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial, posición que fundamenta en que el derecho comunitario no es canon directo de constitucionalidad, y en que su misión es la salvaguarda de la Constitución, no la de garantizar el respeto del derecho comunitario.

En los últimos años, sin embargo, los tribunales constitucionales han venido matizando sus posiciones, en lo que constituye un significativo cambio de rumbo, bien al margen del marco de cooperación judicial establecido por el artículo 177, bien dentro de dicho ámbito de cooperación.

A) Las sentencias dictadas en el Caso Kloppenburg, por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*),³¹ y en el Caso Granital, por la *Corte Costituzionale* italiana,³² constituyen un buen ejemplo de tal cambio de orientación, aun cuando el mismo se produzca al margen del artículo 177. Aludiremos brevemente a la doctrina fijada en el Caso Granital para referirnos en un momento ulterior a la mencionada Sentencia de 1987 del *Bundesverfassungsgericht*.

Para su mejor comprensión, conviene recordar de modo sumario la evolución jurisprudencial de la corte italiana a lo largo de veinte años.

En su Sentencia núm. 14-1964, de 7 de marzo,³³ la corte se pronunció sobre las tachas de legitimidad constitucional realizadas respecto de la Ley de 6 de diciembre de 1962, creadora del Ente Nacional para la Energía Eléctrica, por violación, entre otras, de algunas normas del Tratado de Roma de 1957, y por reflejo, por violación del artículo 11 de la Constitución en el que se fundamentan las limitaciones a la soberanía del Estado italiano. La corte rechazaría la tesis según la cual la violación por parte del Estado de las limitaciones impuestas a la propia soberanía determinaba un vicio de inconstitucionalidad por violación del artículo 11. La lesión del tratado desencadenaba una responsabilidad estatal en el ámbito internacional, pero para nada afectaba a la plena eficacia de la ley interna.

³¹ Sentencia de 8 de abril de 1987.

³² Sentencia núm. 170-1984, de 8 de junio.

³³ *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, pp. 144 y ss.

En su Sentencia núm. 98-1965 de 27 de diciembre,³⁴ refiriéndose al ordenamiento de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, la corte, aun no modificando su anterior doctrina —de conformidad con la cual, la ley de ejecución de un tratado, incluso en el caso de que halle su fundamento en el artículo 11 de la Constitución, no posee eficacia superior alguna a la de las leyes ordinarias posteriores—, introdujo un matiz importante en la misma: el principio de la radical distinción entre el ordenamiento comunitario y el interno, el cual no lo habría *inserito nel suo sistema* sino sólo *ricosciuto* con el fin de hacer operativa la cooperación internacional que se encuentra entre los fines de la Comunidad, lo que traería consigo la intangibilidad del ordenamiento comunitario por parte del derecho interno, rígida separación que Mazziotti de Celso consideraría insatisfactoria.

Ocho años después, en la Sentencia núm. 183-1973 de 27 de diciembre,³⁵ la corte abordaba de nuevo la cuestión, en esta ocasión respecto del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tras confirmar que el fundamento constitucional de esta norma se hallaba en el artículo 11 de la Constitución, la corte admitía que los reglamentos emanados de los órganos de la Comunidad pertenecían al ordenamiento comunitario, tras lo cual, reiterando la doctrina establecida en 1965, precisaba que el derecho comunitario y el de los Estados miembros podían configurarse *“come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato”*, por lo que afirma la corte que:

Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie — non qualificabili come fonte di diritto internazionale, nè di diritto straniero, nè di diritto interno dei singoli Stati — debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità.

Con esta sentencia, diría Barile, la corte avanzaba notablemente en su discurso comunitario.

En la sucesiva jurisprudencia³⁶ la corte abordaría el delicado problema que se planteaba con el reconocimiento de la eficacia directa del ordenamiento comunitario: el problema de la sucesión temporal de las leyes en las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno. Para la corte, es claro que cuando existe contradicción entre el derecho comunitario y el derecho interno, es el primero el que debe prevalecer. La supremacía del ordenamiento comunitario se había de materializar a través de dos modos diferentes, dependiendo de que la norma interna fuera anterior o posterior en el tiempo a la comunitaria. En el primer caso, la norma interna había de entenderse derogada por el efecto de una norma comunitaria posterior y contradictoria con ella.

³⁴ *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 1322 y ss.

³⁵ *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, pp. 2401 y ss.

³⁶ Sentencias núm. 232-1975, de 30 de octubre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, pp. 2211 y ss.), y núm. 163-1977, de 29 de diciembre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, pp. 1524 y ss.).

En el segundo caso, por el contrario, se había de entender que la norma interna había vulnerado el artículo 11 de la Constitución, y en consecuencia, requería para su declaración de nulidad del planteamiento ante la corte de una cuestión de ilegitimidad constitucional.

Esta última tesis sería rechazada por la corte en su importantísima Sentencia núm. 170-1 9B4, de 8 de junio (Caso Granital).³⁷ A partir del principio de que los ordenamientos comunitario e interno son distintos, pero al mismo tiempo se hallan coordinados, la corte entiende que las normas que derivan del sistema de fuentes comunitario “*vengono, in forza dell’art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne; e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento*”.

La conclusión final de la corte es que:

Il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che siga, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell’ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell’art. 177 del Trattato.

Insomma, il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, è lasciato alla cognizione del giudice ordinario. L’effetto della diretta applicazione delle norme comunitarie non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte del giudice nazionale caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario.

B) Dentro del ámbito de la cooperación judicial del artículo 177, encontramos en los últimos años ciertas matizaciones en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos. Algunos ejemplos pueden recordarse al respecto.

La *Cour d’Arbitrage* belga planteó la primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en lo que antaño a éstos órganos constitucionales, propiciando la Sentencia de 16 de julio de 1996, dictada en el Caso *Fédération des chambres syndicales de médecins*. Le seguiría el *Verfassungsgerichtshof* austriaco.³⁸ El Tribunal Constitucional portugués ha admitido la posibilidad de plantear una cuestión de este tipo en términos obligatorios en su Sentencia núm. 163-1990, de 23 de mayo. Y la propia *Corte Costituzionale* italiana dejó abierta igual posibilidad en su Sentencia núm. 168-1991 de 18 de abril, Caso *Industria dolciaria Giampaoli*³⁹ en el *obiter dictum* del punto 6 de la *motivazione in diritto*, “*circa la facoltà piuttosto il diere — della Corte di sollevare le questioni pregiudiziali di cui all’art. 177 del Trattato di Roma*”.

³⁷ *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pp. 1098 y ss.

³⁸ Caso *Adria-Wien Pipeline*, resuelto por la Sentencia de 8 noviembre de 2001.

³⁹ *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 1, pp. 1409 y 88.

3. El incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial constituye un incumplimiento del Estado miembro contra el que puede interponerse el recurso por incumplimiento del artículo 169 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea,⁴⁰ no obstante lo cual, la comisión, durante largo tiempo, se ha abstenido de recurrir a dicho recurso.

En 1983, la comisión justificaría su posición al afirmar que el proceso por incumplimiento “no constituye la base más apropiada para una cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia”, y dado que este proceso no está concebido como un medio de revisión de sentencias de las jurisdicciones supremas nacionales, sólo procedería en el caso de una negativa sistemática y deliberada a cumplir con el (enton-ces) artículo 177 del tratado.

Recientemente se ha producido una Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia resolviendo un recurso de incumplimiento, en el Caso Comisión contra Italia⁴¹ que, como advierte Cobreros, puede anunciar o significar un cambio de actitud de la comisión.

La comisión demandó a la república italiana ante el Tribunal de Justicia para que éste declarara el incumplimiento de las obligaciones comunitarias por mantener en vigor, en su ordenamiento, un determinado precepto legal que, tal como lo interpretan y aplican la administración y los órganos jurisdiccionales, resulta contrario al derecho comunitario. El tribunal estimaría este recurso, considerando que la república italiana había incumplido sus obligaciones comunitarias al no modificar una norma legal que era interpretada y aplicada por la administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la *Corte suprema di cassazione*, “de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias”.

La sentencia formula un reproche bastante claro a la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales italianos, y de modo muy particular, por la *Corte suprema di cassazione*, bien que el incumplimiento derive no sólo de la actuación jurisdiccional sino también de la práctica administrativa y de la propia inhibición del legislador.

Por lo demás, conviene no olvidar que en el Caso Brasserie du Pêcheur,⁴² desarrollando la doctrina fijada en el Caso Francovich y Bonifaci, el tribunal pudo rotundamente afirmar que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares “es válido para cualquier supuesto de violación del derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”. Y más recientemente aún, en el Caso Kübler,⁴⁴ avanzando en la misma dirección, el tribunal ha reconocido la responsabilidad estatal cuando el incumplimiento del derecho comunitario se impute a un órgano judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

⁴⁰ Artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea.

⁴¹ Sentencia de 9 de diciembre de 2003.

⁴² Sentencia de 5 de marzo de 1996.

⁴³ Sentencia de 19 de noviembre de 1991.

⁴⁴ Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

4. Con anterioridad aludimos al cambio de rumbo que vino a significar en la jurisprudencia constitucional alemana la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 8 de abril de 1987 y a ella nos referiremos ahora.

Tal resolución tuvo un precedente importante en la Sentencia de 22 de octubre de 1986 (Caso Solange II), en la que el tribunal consideró que “entretanto”⁴⁵ la Comunidad cuente con un *standard* de protección de los derechos equiparables a la *Grundgesetz*, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del derecho comunitario con el derecho alemán. Sin embargo, en lo que ahora interesa, la decisión más relevante de esta sentencia fue la de incluir al Tribunal de Justicia en la categoría constitucional interna de “juez legal” a los efectos del artículo 101.1, inciso segundo de la *Grundgesetz*, circunstancia de enorme trascendencia por cuanto suponía, como dice López Castillo, establecer un ensamblaje funcional entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria encargada de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del derecho comunitario, y a partir de ello se abría paso la vía del *Verfassungsbeschwerde* (recurso de queja constitucional) en aquellos supuestos en que no se respetara la obligación de plantear dicha cuestión prejudicial. Los ciudadanos alemanes veían de esta forma consagrada una garantía de acceso, a través del juez nacional, al Tribunal de Luxemburgo.

Una primera aplicación de la anterior garantía se encuentra en la Sentencia de 8 de abril de 1987. Recordemos los hechos que le sirven de presupuesto brevemente. El *Bundesfinanzhof* (Tribunal Federal de lo Contencioso-Tributario), apoyándose en la Sentencia Cohn-Bendit del *Conseil d'État*, se negaba, mediante una Sentencia de 25 de abril de 1985, a seguir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la eficacia, en favor de los particulares, de directivas no ejecutadas por los Estados miembros. Tal Sentencia del *Bundesfinanzhof* venía precedida de la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el Caso Kloppenburg,⁴⁶ previo planteamiento en el mismo proceso de una cuestión prejudicial por el juez de instancia alemán.

Ante esta situación, el recurrente planteó un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) por violación del artículo 101 de la *Grundgesetz*, con base en que el *Bundesfinanzhof* había tenido sólo en cuenta la legislación alemana, haciendo caso omiso a la interpretación fijada por el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial que el juez de instancia había planteado en un momento anterior.

El Tribunal Constitucional alemán estimó el recurso con base en un doble argumento: a) De un lado, el *Bundesfinanzhof* venía obligado a seguir la interpretación sostenida por el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia; b) De otro lado, si el *Bundesfinanzhof* estimaba impropio seguir la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo, estaba obligado a formular una nueva cuestión prejudicial ante éste. Al no hacerlo así, el *Bundesfinanzhof* incumplió de un modo objetivamente arbitrario esa obligación, vulnerando por lo mismo el derecho al juez legal reconocido por el artículo 101 de la *Grundgesetz*.

⁴⁵ De aquí el término *Solange* que identifica a esta sentencia.

⁴⁶ Sentencia de 22 de febrero de 1984.

En esta misma dirección jurisprudencial, que tiene como eje vertebrador el criterio de la arbitrariedad, se situaría la importante resolución de 11 de noviembre de 1987 del *Bundesverfassungsgericht*. En ella, el tribunal precisará con una mayor concreción los casos característicos de un desconocimiento arbitrario de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, casos que pueden, sin embargo, reconducirse a los dos supuestos que contemplara el propio tribunal en su Sentencia de 8 de abril del mismo año, esto es: a) Cuando, existiendo dudas manifiestas acerca de la interpretación de una norma comunitaria, el juez nacional no plantee la cuestión ante el Tribunal de Justicia; y b) Cuando el juez nacional se separe de la interpretación fijada por el Tribunal de Luxemburgo, sin formular una nueva cuestión prejudicial. Un sector de la doctrina⁴⁷ añade a ese doble supuesto un tercero, quizá más difícilmente precisable: el caso en que pueda discutirse la oportunidad de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, supuesto en el que, como es lógico, el juez nacional goza de un ámbito discrecional que sólo será constitucionalmente rechazable cuando exista un "error manifiesto de apreciación".

Esta doctrina ha sido también admitida por el *Verfassungsgerichtshof* austriaco desde su resolución de 26 de junio de 1997, en la que consideró violado el párrafo segundo del artículo 83 de la Constitución⁴⁸ por parte del *Bundesvergabeamt*, autoridad federal competente para conocer de recursos interpuestos en materia de adjudicación de contratos públicos, que ya en una resolución de 1995 del propio Tribunal Constitucional austriaco, había sido considerada "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 177.3.

5. Entre la doctrina española, la posición es absolutamente clara y mayoritaria en relación a la necesaria conexión entre el artículo 24.2 de la Constitución, que contempla el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, y el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hoy artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. La norma comunitaria ha de ser considerada como un precepto por el que se determina, con toda precisión, la competencia judicial para la interpretación del derecho comunitario, competencia que es atribuida, con carácter exclusivo, al Tribunal de Justicia, de modo que todos los órganos judiciales que deciden en última instancia vienen obligados a someter al Tribunal de Luxemburgo la interpretación de las normas comunitarias que hayan de aplicar a la *litis* de la que estén conociendo. Ciertamente, como ya se dijo, el propio Tribunal de Justicia ha matizado el alcance de esa obligación, que ha de excluirse en aquellos supuestos en que exista una jurisprudencia consolidada y en aquellos otros en que los términos claros de la norma se impongan, con tal evidencia, que conviertan en inútil, por superflua, la cuestión prejudicial.

De esta forma, ignorar las consecuencias dimanantes del encadenamiento entre la norma comunitaria y el artículo 24 de la Constitución, sería atacable por la vía del recurso de amparo constitucional del que es competente para conocer el Tribunal Constitucional, y esto tanto por violación del derecho al juez ordinario predeterminado

⁴⁷ Alonso García, así como Bailo León.

⁴⁸ Que dispone: "Nadie puede ser privado de su juez legal".

por la ley, contemplado por el artículo 24.2, como por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24.1 de la norma suprema, pues parece claro que la inaplicación de una norma comunitaria vigente supondría una contravención del sistema de fuentes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, que también resultaría violado cuando el juez nacional resolviera en contra de la interpretación sostenida por el Tribunal de Luxemburgo.

No ha faltado quien,⁴⁹ atendiendo a que la obligación de sometimiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia presupone que el órgano judicial abrigue una duda razonable acerca de la interpretación de la norma comunitaria, cree necesario reconducir el problema a una cuestión de mera delimitación competencial entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia, en cuyo caso el Tribunal Constitucional no podría entrar a revisar el mayor o menor acierto de la decisión competencial adoptada, tesis que no podemos compartir.

El Tribunal Constitucional, en la primera ocasión en que se le planteó un problema de este tipo,⁵⁰ tomando como punto de partida su reiterada doctrina⁵ de que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el derecho de éstas constituye *per se* canon de constitucionalidad, entendió que ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que ha de dar a una norma comunitaria o sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuicables en el litigio. A semejanza de lo que ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad, la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevocable al órgano judicial, si bien no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Esta doctrina ya parecía poner el acento en la “razonabilidad” del no planteamiento por el juez español de la cuestión prejudicial. Tal doctrina vendría desarrollada ampliamente por otra sentencia del mismo año.⁵² En ésta, el tribunal, a partir de la consideración de que la selección de la norma aplicable y su interpretación corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, entiende que esto no significa que tal determinación de la norma aplicable carezca en todos los casos de relevancia constitucional. Por el contrario, el tribunal reclama para sí la realización de un control cuando la selección sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, o sea fruto de un error patente, o cuando de dicha selección se haya seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo constitucional. Quiere esto decir que el recurso de amparo sería pertinente no tanto contra el incumplimiento de la supuesta obligación de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, sino contra la irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente de la resolución judicial en cuanto al fondo del asunto. Así, la ausencia de motivación del no planteamiento de la cuestión prejudicial, existiendo

⁴⁹ Como el autor Córdoba Castroverde.

⁵⁰ Sentencia 111-1993, de 25 de marzo.

⁵¹ Fijada ya en la Sentencia 28-1991, de 14 de febrero.

⁵² STC 180-1993, de 31 de mayo.

una obligación en tal sentido, vulneraría los derechos del artículo 24 en cuanto se trataría de una decisión judicial voluntarista y, por lo mismo, arbitraria.

En esta misma dirección se pronunciaría el Tribunal Constitucional en su Sentencia 35-2002, de 11 de febrero, bien que en relación a la cuestión de inconstitucionalidad, aunque la interpretación que realiza el tribunal es perfectamente válida para la cuestión prejudicial. Tras recordar que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, el tribunal precisa que el hecho de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se configure como una potestad exclusiva de los jueces y tribunales “no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las sentencias tiene rango constitucional (artículo 120 de la Constitución)”. Al no exteriorizar el juez a *quo*, en el caso en cuestión, razonamiento alguno para justificar su decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad instada por la parte demandante en el proceso a *quo*, el Tribunal Constitucional considera violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1. *Mutatis mutandis*, creemos que esta doctrina es perfectamente aplicable a la cuestión prejudicial del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea.

6. A la vista de todo lo expuesto, bien puede concluirse que no sólo los jueces nacionales se han convertido en los jueces ordinarios o “de derecho común” del derecho comunitario en su aplicación en los distintos ámbitos nacionales, canalizándose su relación con el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, sino que más allá de esto, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha configurado un “derecho al juez” universal, sin zonas exentas, respecto a la totalidad de las decisiones de las autoridades nacionales en materia de derecho comunitario. Este derecho al juez se ha constituido en un verdadero principio general del derecho comunitario que se ha hecho derivar de las tradiciones comunes a los Estados miembros. La importancia de este derecho al juez comunitario que, en determinados supuestos, puede exigir de la propia intervención del Tribunal de Luxemburgo, se advierte fácilmente si se recuerda que el ordenamiento comunitario genera derechos que se incorporan al patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos cuya violación por las autoridades estatales genera la obligación de reparación de los daños causados. Es coherente, con todo esto, que en los Estados que disponen de instrumentos procesales de garantía de los derechos de naturaleza constitucional, como el *Verfassungsbeschwerde* alemán o el recurso de amparo español, tales instrumentos progresivamente se estén utilizando también para garantizar este derecho al juez comunitario.

Esta tendencia ha de acentuarse notablemente en el futuro. El proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, remitido al Consejo Europeo de Roma el 18 de julio de 2003, mantiene lógicamente el instituto de la cuestión prejudicial,⁵³ encomendándose la competencia para conocer de la misma al

⁵³ Artículo III-274.

Tribunal de Gran Instancia,⁵⁴ reproduciéndose así en lo sustancial la modificación introducida en el artículo 225.3 del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Niza, siendo no obstante de reseñar que su ejercicio resulta disponible para el Tribunal de Gran Instancia, pues cuando éste considere “que el asunto requiere una resolución de principio que puede afectar a la unidad o a la coherencia del derecho de la Unión”, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia Europeo para que éste resuelva, todo esto al margen ya de la posibilidad en verdad excepcional de que las sentencias dictadas por el Tribunal de Gran Instancia en el ejercicio de esta facultad sean susceptibles de reexamen por el Tribunal de Justicia Europeo.

A esto hay que añadir que el hecho de que la futura Constitución Europea incorpore a su articulado una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (parte II), ha de acentuar notabilísimamente el rol de los jueces nacionales como jueces comunitarios, fortaleciendo aún más, si cabe, el instituto de la “cuestión prejudicial”, buena prueba de lo cual es el nuevo último párrafo que se incorpora al artículo 111-274, de conformidad con el cual, cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia se pronunciará con la máxima brevedad.

En definitiva, como señalara García de Enterría, de todo lo expuesto bien puede desprenderse que en la Europa comunitaria se ha implantado ya el principio del *rule of law* o de Estado de derecho en su significado de justicia garantística, con unas pautas jurídicas que han venido a unificar en este punto todos los sistemas nacionales. El rol desempeñado por los jueces nacionales como jueces comunitarios ha sido en verdad decisivo en orden a conseguir tal objetivo. La Constitución Europea no va a hacer sino consolidar el proceso de formación de un auténtico *ius commune europaeum*.

VII. BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCIA, Ricardo, *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

_____, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

_____, “Derechos fundamentales y comunidades europeas”, en RETORTILLO, Sebastián Martín (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II: *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.

_____, “Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2003.

⁵⁴ Artículo III-263, párrafo tercero.

RPGE, *Porto Alegre*, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

_____, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1997.

_____, y BAÑO LEÓN, José María, “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo-agosto de 1990.

BAÑO LEÓN, José María, “Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, abril-junio de 1987.

BARILE, Paolo, “Il cammino comunitario de la corte” (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale núm. 183-1973), *Giurisprudenza Costituzionale*, año XVIII, 1973, fasc. 6.

CARMONA CONTRERAS, Ana M., “El Poder Judicial europeo: renovación *versus* continuidad”, en GÓMEZ CORONA, Esperanza *et al.* (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Cizur-Menor, Navarra, Aranzadi, 2004.

CARRO MARINA, Marta, “El alcance del deber de los tribunales internos de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad” (El Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990), *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, abril-junio de 1990.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, Civitas, 1995.

_____.”La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 10, abril-junio de 2004.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego, “Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto de 2000.

CRAIG, Paul, “Gran Bretaña en la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

DUE, Ole, “La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes”, en varios autores, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

EMBED IRUJO, Antonio, "Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El Caso Eurocontrol", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38, julio-septiembre de 1983.

FERRERES COMELLA, Víctor, "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), enero-abril de 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio-septiembre de 1999.

_____; TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Código de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996.

ISAAC, Guy, *Manual de derecho comunitario general*, 3a. ed., Barcelona, Anel, 1995.

LECOURT, Robert, "Le rôle unificateur du juge dans la Communauté", en varios autores, *Etudes de Droit des Communautés Européennes (Mélange offerts à Pierre-Henri Teitgen)*, Paris, Pedone, 1984.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio, "La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del derecho derivado em la República Federal Alemana", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, mayo-agosto de 1988.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, "Código de la Comunidad Europea", t. II: *Derecho derivado. Sentencias del Tribunal de Justicia*, Madrid, Eurojuris, 1992.

MANCINI, G. Federico, "Corte Comunitaria e Corti Supreme nazionali", en varios autores, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.

MANGAS MARTÍN, Araceli, "La Constitución y la ley ante el derecho comunitario" (Comentario ala Sentencia del Tribunal Constitucional español 28-1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Reglamento Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo), *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto de 1991.

_____, "Tribunal Constitucional español y derecho comunitario europeo", en varios autores, *Pensamiento jurídico y sociedade internacional. Libro-homenaje al profesor don Antonio Truyol Serra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad Complutense de Madrid, vol. II, 1986.

RPEGE, *Porto Alegre*, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005

_____, y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 1999.

MANNINO, Armando, “Estudio preliminar a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 8 de junio de 1984. Caso Granital”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 72, abril de 1987.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio, “Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale núm. 98-1965”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año X, 1965, fasc. 5-6.

OHLINGER, Theo, “La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de ‘americanización’ del derecho europeo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004 (de próxima publicación).

PÉREZ BUSTAMANTE, R. y ÁLVAREZ CONDE, E., *La Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

PÉREZ TREMPs, Pablo, “Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al derecho comunitario” (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170-1984, de 8 de junio), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, enero-abril de 1985.

PESCATORE, Pierre, “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “Tribunales constitucionales y derecho comunitario”, en varios autores, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.

_____, “El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas: caracteres generales y elementos constitutivos”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, vol. 1, núm. 2, 1974.

_____, y WOLKER, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1987.

_____, y VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, núm. 2.

ROUSSEAU, Charles, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Barcelona, Ediciones Anel, 1966.

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, 1993.

_____, “El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

SORRENTINO, Federico, “Abrogazione e inconstituzionalità nei rapporti tra leggi nazionali e regolamenti comunitari” (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale núm. 163-1977), *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXII, 1977, fasc. 10-12.

_____, “Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili” (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale núm. 168-1991), *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, año XXXVI, t. 1.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENTRE O MODELO DE ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL: QUEBRA DE PARADIGMA NA LEGISLAÇÃO E NA JURISPRUDÊNCIA

LUCIANO BENETTI TIMM*

RESUMO: O presente artigo visa examinar a passagem de um modelo de responsabilidade civil do Estado baseado na culpa, para um modelo baseado no risco. O foco principal de análise foi a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diante de uma premissa adotada de exame do *law in action* e não do *law in the books*. Essa quebra de paradigma é própria da adoção de um modelo de Estado Social, de inspiração jurídica solidarista.

ABSTRACT: This article aims at demonstrating the passage from a negligence system of liability of the State towards a strict liability model in Brazil. Emphasis will be dedicated to Supreme Court precedents, as mean to assess the law in action and not the law in the books.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado – Estado Social – Supremo Tribunal Federal – Responsabilidade Objetiva - Solidarismo

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da evolução da responsabilidade civil estatal no Direito Brasileiro, desde a sua primeira regulação legal, o art. 15 do Código Civil Brasileiro, fundamentado na culpa, enfocando a sua tendência atual, esboçada já na Carta Constitucional de 1946, em seu art. 194, de feições objetivas (reforçada na Constituição de 1988). Além disso, será analisada a jurisprudência atinente ao tema, fundamentalmente do Supremo Tribunal Federal (STF), já que é preciso analisar se o texto legal está sendo concretizado na prática dos tribunais.

A importância do tema se justifica diante da perspectiva de associar a dogmática da responsabilidade civil do Estado com o Direito Privado, com a história do pensamento jurídico e finalmente com as concepções sobre os modelos de Estado.

*Doutor em Direito dos Negócios e da Integração Regional pela UFRGS, com créditos realizados na USP. Master of Laws (LLM) em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Warwick (UK). Professor de Direito e Economia da AJURIS. Professor Adjunto de Direito Internacional da PUCRS. Vice-Presidente do Comitê de Legislação da AMCHAM/RS. Advogado.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 39-52, jul./dez. 2005

A metodologia da pesquisa é fundamentalmente teórica, de revisão bibliográfica, contando ainda com o método de análise de casos (como é muito comum na experiência anglo-saxônica da *common law*), já que mais importante do que o discurso da doutrina jurídica está em verificar o que acontece na prática da vida dos julgados, especialmente do intérprete maior da Constituição Federal, que é o STF.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DO TEMA

É unânime na doutrina mais atual¹, sejam civilistas, sejam administrativistas (os mais antigos somente conheciam duas²), a identificação de três fases representativas da evolução da responsabilidade civil da Administração Pública: a da irresponsabilidade civil do Estado, a da responsabilidade civil baseada na culpa e a da responsabilidade civil objetiva.

Estas fases correspondem, primeiro, pela passagem do absolutismo monárquico irresponsável (“The King can not do wrong”) a uma atuação do Estado baseada na limitação da lei, como é próprio do Estado Liberal. Nela, há uma regulação da responsabilidade civil da Administração Pública no âmbito do Direito Civil, reflexo da doutrina jusnaturalista oitocentista, a qual justamente queria um Estado igualado ao cidadão, limitado na sua onipotência de total irresponsabilidade civil pelos atos dos seus funcionários. E finalmente, pela passagem desse modelo regulatório liberal, a um modelo solidarista de socialização do risco e dos prejuízos, o que é inerente ao Direito Social e à doutrina do Welfare State (a ela correspondendo igualmente passagem da matéria para o campo do Direito Público, e, mais especificamente, da Constituição da República).³

A primeira fase está totalmente superada tanto no Brasil como no Direito Comparado, haja vista que seus últimos corifeus, os britânicos e os americanos do norte, suprimiram este sistema de irresponsabilidade através do “Crown Proceeding Act”, de 1947 (UK), e pelo Federal Tort Claim Act, de 1946 (USA)⁴ ⁵. No Brasil, a primeira fase da irresponsabilidade absoluta do Estado foi definitivamente interrompida

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. 16ª Ed. Atualizada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 546. No mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Elementos de Direito Administrativo”. 1ª Ed., 7ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 256; PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Responsabilidade Civil”. 2ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 137; AGUIAR DIAS, José de. “Da Responsabilidade Civil”. V. 2. 10ª Ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 555.

² Assim o clássico CAVALCANTI, Amaro. “Responsabilidade Civil do Estado”. V. 01. Nova Edição Atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, 1956, p. 131 e ss. Este autor falava no sistema da irresponsabilidade civil e o sistema da responsabilidade civil baseada na culpa. Não que ele desconhecesse a responsabilidade civil objetiva do Estado; pelo contrário; a defendia (p. 350). No entanto, à época em que escreveu a obra (1904), o sistema da culpa administrativa ainda não configurava a regra do sistema reparatório da Administração Pública, consagrado na Carta Republicana de 1946, conforme se demonstrará no decorrer do trabalho. Por isto, não era possível que aquele notável jurista pudesse falar já de uma terceira fase.

³ idem nota 1, especialmente AGUIAR DIAS, ob.cit., p. 564.

⁴ AGUIAR DIAS, ob.cit., p. 558. MEIRELLES, ob. cit., p. 546. Idem MELLO, ob.cit., p. 255.

⁵ CAVALCANTI, ob.cit., sustenta, no entanto, que estes dois países tem peculiaridades de respeito aos direitos civis não encontráveis em outros países. Além disso, a Coroa inglesa exigia de seus funcionários um mínimo de renda para que pudessem indenizar os particulares (p. 147 e ss.). Contudo, não se deve exagerar nesta visão tão positiva dos Estados Unidos da América do Norte no que tange ao respeito à liberdade das pessoas; como é sabido, tal país somente reconheceu a igualdade das raças na década de 60 deste século através da XIV Emenda à Constituição e bem se sabe o que negros norte-americanos tiveram que passar para conquistar este direito. Quanto à Coroa Britânica, hoje, dá sinais de desmantelamento de suas estruturas, a começar pelas relações familiares desastrosas dos seus herdeiros.

pelo artigo 15 do Código Civil de 1916, que consagrou a responsabilidade civil do Estado brasileiro baseada na culpa.

Já a segunda fase (do modelo liberal baseado na culpa) se encontra em vias de extinção, pelo menos nos países que adotaram um modelo de Estado Social, pois a migração da regulação legal do Código Civil para a Constituição foi acompanhada de princípios próprios, os quais consagram a responsabilidade civil do Estado independentemente da avaliação de culpa, seja do próprio Estado (“in eligendo”) ou do próprio funcionário (importante, no entanto, para que a Administração Pública se valha do seu direito de reingresso); isto é, uma responsabilidade civil puramente objetiva, defendida em três subespécies: a da culpa administrativa, a do risco administrativo e a do risco integral⁶.

A teoria da culpa administrativa é o primeiro estágio de transição entre a teoria subjetiva da responsabilidade da Administração Pública e a teoria propriamente objetiva. Ela leva em conta a falta de serviço para daí derivar a culpa administrativa e a conseqüente responsabilidade civil do Estado, ou seja, perquire-se da falta do serviço em si mesma, seja porque ele é inexistente, retardado ou mal prestado⁷.

Já a teoria do risco administrativo, satisfaz-se com a simples produção de um dano injustamente causado à vítima pela Administração. Portanto, basta a lesão a um direito do particular para gerar o dever de indenizar, independentemente de apreciação da culpa⁸. Admite-se a exoneração da obrigação reparatória do Poder Público desde que o lesado tenha agido com culpa exclusiva, ou pelo menos diminuição do “quantum debeatur” desde que o particular tenha obrado culposamente⁹; também é a situação do caso fortuito ou da força maior, os quais rompem o nexo de causalidade¹⁰.

Requisitos então para a indenização nesse novo modelo são apenas: a ação administrativa, o dano e nexo causal entre ambos.

Ao passo que a teoria do risco integral não admite qualquer exoneração do dever de indenizar da parte do Estado, nem de caso fortuito, nem de força maior, nem de culpa exclusiva da vítima, constituindo-se num certo exagero¹¹.

Note-se o caráter tipicamente solidarista desse modelo regulatório da responsabilidade civil do Estado de índole tipicamente distributiva do risco e do prejuízo.

Como dito, muitos publicistas atribuem esta evolução do direito da responsabilidade civil da Administração Pública à constitucionalização ou publicização

⁶ MELLO, ob.cit., entende ser a culpa administrativa, aliás como a própria designação do nome está a indicar (“faute du service”) é espécie de responsabilidade civil subjetiva (p. 257); no mais, está de acordo com a exposição. No sentido do texto, MEIRELLES, ob. cit., p. 547. MELLO ubica no aresto Blanco, do Tribunal de conflitos, proferido em 1.2.1873 o surgimento da responsabilidade civil do Estado, à despeito da falta de qualquer regulação jurídica a respeito; ob.cit., p. 257.

⁷ MELLO, ob.cit., p. 258. Idem, MEIRELLES, ob. cit., p. 547 e AGUIAR DIAS, ob. cit., p. 565.

⁸ MEIRELLES, ob. cit., p. 548. Também MELLO, ob.cit., p. 258.

⁹ PEREIRA, ob. cit., p. 143. No mesmo sentido MELLO, ob.cit., p. 259.

¹⁰ NORONHA, ob. cit., p. 31. Por força maior deve ser entendido aquele acontecimento imprevisível, irresistível, proveniente de força exterior ao Estado e que por ser estranho a ele já que não relação nenhuma com o serviço prestado, exclui-se o dever reparatório do Poder Público. Cf. MELLO, ob. cit., p. 259. Entretanto, nem sempre fatos da natureza ensejarão a liberação do Poder Público do dever de indenizar, como a chuva, por exemplo. Na apelação cível nº 59/86, Curitiba, Rel. Juiz Francisco Muniz ficou assentado a omissão de manutenção das estradas pelo DNER gera a obrigação reparatória civil, mesmo que as imperfeições das estradas tenham sido causadas pela chuva, pois elas se localizam em região chuvosa, sendo esperado que a deterioração pudesse ocorrer. in Boletim de Direito Administrativo, nº 10, ano VI, outubro/1990, p. 577.

¹¹ MEIRELLES, ob. cit., p. 548.

do instituto. No entanto, esta é a ponta do *iceberg*. Nessa simples modificação legal, esconde-se uma quebra de paradigma que diz respeito a uma passagem de um modelo liberal de regulação da responsabilidade civil para um modelo welfarista ou solidarista típico do Estado Social (assim como a ruptura com o princípio da irresponsabilidade do Estado significou a adoção de um modelo liberal de Estado, que pressupõe limites legais à sua atuação).¹²

Com efeito, o Direito Social, típico desse modelo welfarista de Estado implica uma nova concepção do contrato social, isto é, uma nova forma de perceber a relação entre o todo e a parte (grupo e indivíduos) no seio da sociedade, segundo Macedo. Segundo este autor, no Estado Social, o grupo tem existência autônoma e não se confunde com o Estado, mas a ele se adiciona. Os indivíduos passam a ter uma relação com a coletividade, a ter com ele alguns deveres derivados da repartição ou socialização do risco; algo essencialmente solidário, fundado na concepção de justa distribuição dos ônus e lucros sociais, funcionando o Direito Social como um equilíbrio entre interesses conflitantes que implicará sacrifícios mútuos.¹³

No mesmo sentido, Lopes afirma que: "(...) o Direito Social, típico do Estado Providência, é uma nova forma ou estilo de Direito que inclui o Direito do Trabalho, o previdenciário e o direito do consumidor". Os direitos sociais criam uma normatividade distinta, já que pretendem realizar justiça distributiva e não comutativa; dizem respeito ao que é esperado e devido e não ao que é proibido (normas promocionais) – lógica da prevenção. Esse Direito Social está inserido no contexto político e econômico do Estado Social (embora com ele não possa ser logicamente identificado).¹⁴

A caracterização desse Estado Social é feita por Lopes através de dois elementos: seguros compulsórios e atividades distributivas. "O incentivo e o planejamento econômico correspondem à atividade do Estado promocional, quem sabe keynesiano". Daí ser um Estado regulador, planejador, empreendedor e prestador de serviços. Segundo o autor em comento, o seguro compulsório público é um elemento-chave para compreender o novo paradigma.¹⁵

Nesse sentido, há uma transformação de mentalidade: os riscos são percebidos como fatores sociais sobre os quais se pode tentar alguma atuação coletiva. O acidente é regular, estatístico, previsível, calculável, enfim, fruto das relações sociais e não do acaso do destino. A própria pobreza deixaria de ser fruto da natureza para se converter em risco de existência enfrentável por seguros mínimos, rendas mínimas. O seguro público substituiria as redes familiares de solidariedade e assistência, típicas de sociedades pré-capitalistas.

¹² Esta a idéia fundamental de nossa tese de doutorado, defendida na UFRGS em 2004. Ver Luciano Timm, "As quebras de paradigma na concepção de contrato e no direito contratual brasileiro", Porto Alegre, UFRGS, 2004.

¹³ Cf. MACEDO, Ronaldo Porto. "Contratos relacionais". São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 42 e ss. Do mesmo autor, "Mudanças dos contratos no âmbito do Direito Social". In Revista de Direito do Consumidor, vol. 25, p. 99 e ss. Ver também EWALD, François. "Histoire d'État Providence", Paris, Grasset & Fasquelle, 1996 e "A concept of Social Law". In "Dilemmas of the Law in the Welfare State". TEUBNER, G. (org.). Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 40. Ver, igualmente, MACNEIL, Ian R. "The new social contract: an inquiry into modern contractual relations". New Haven, Yale, 1979.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. "Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas". In Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, p. 77 e ss. Do mesmo autor, ainda ver "Direito do Consumidor e privatização". In Revista de Direito do Consumidor, vol. 26, p. 119.

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. "Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas". In Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, p. 77 e ss. Segundo

Busca-se estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes. Criam-se, portanto, mecanismos de distribuição dos benefícios sociais da vida comum. O Direito Social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos.

O instituto da responsabilidade civil, seja dos indivíduos e das empresas, seja da Administração Pública, está inserido nesse contexto e passa também a atuar como um mecanismo de solidariedade social, de redistribuição dos prejuízos. É assim que deve ser concebida a responsabilidade civil do Estado no âmbito do sistema jurídico brasileiro, o que se confirma pelas evidências do Direito positivo, tanto pelo legislado quanto aquele feito pelos tribunais no julgamento do caso concreto.¹⁶

É que concepção de responsabilidade civil dita clássica, ou subjetiva, é identificada com uma ideologia que pode ser identificada como liberal, que foi forjada na era moderna a partir dos pressupostos do jusnaturalismo do século XVII e que podem ser resumidos na expressão “individualismo”, ou seja, na crença de que o indivíduo antecede e forma o Estado, sendo a liberdade ou a vontade humana o cerne da convivência social. Ao Direito (especialmente o Constitucional) cumpriria um papel de impor as regras do jogo, freando a atuação estatal para não interferir no espaço privado do indivíduo.

A este modo de se pensar, contrapôs-se a ideologia que pode ser chamada de “solidarista”, gestada em finais do século XIX, a partir das lições de Durkheim e sua defesa do “holismo” ou coletivismo (e sua crença de que a sociedade antecede o indivíduo e sobre ele prevalece), que transplantou-se para a obra de juristas como Duguit, Salleilles, Josserand, etc. Nesse novo modelo, cumpriria ao Direito um papel redistributivo, viabilizador da igualdade material ou do que se entendeu chamar de “justiça social”. A primeira foi a fonte inspiradora intelectual do Estado Liberal, a segunda, do Estado Social.

A própria alteração de um regime de responsabilidade subjetiva para um regime baseado risco aconteceu paralelamente no Direito Privado e foi também fruto do solidarismo jurídico. Com efeito, foi com base nesse novo paradigma solidarista que inaugurou o Direito Social (e conseqüentemente o Welfare State), que os autores civilistas sociais defenderam que o modelo liberal de responsabilidade civil, baseado na ação humana (isto é, culpa) não era mais suficiente para fazer face ao progresso social e ao seu conseqüente problema de reparação do dano injustamente causado às vítimas, ante a injustiça de sua aplicação a muitos casos concretos, criados por atividades mais intensas, complexas e diversificadas. Diz Lima, nesse mesmo sentido: “Os imensos perigos, que ameaçaram a segurança do indivíduo, exigiram a extensão do conceito de culpa.”¹⁷

¹⁶ Entende-se aqui que o Direito positivo engloba, além da legislação as decisões dos tribunais. Tanto isso é verdade que se pode fazer um recurso especial ou um recurso extraordinário com base apenas em divergência jurisprudencial. Da mesma forma, admite-se que o relator de um recurso negue-lhe seguimento por conflito com jurisprudência majoritária. Para um aprofundamento teórico nesta matéria, ver por todos CAPELETTI, M. “Juizes Legisladores?”. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. Na doutrina nacional, ver FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, 1998. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Crise da norma jurídica e reforma do judiciário.” In “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, 1998, p. 68 e ss.

¹⁷ LIMA, ob.cit., p. 51.

A responsabilidade civil do Estado passou pela mesma evolução da culpa ao risco pela qual passou o Direito Privado típica da passagem do Estado Liberal ao Estado Social¹⁸. Apenas que o sistema que consagra o dever reparatório do Estado é uno; não admite a obrigação de indenizar com fundamento na culpa e no risco - sistema do direito privado - mas apenas neste último¹⁹.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CASUÍSTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A primeira regulação legal da responsabilidade civil da Administração Pública no Direito Brasileiro, foi o art. 15 do CC²⁰. Segundo a maioria dos autores²¹, esta foi a consagração do princípio da culpa para a responsabilidade civil do Estado²². Inclusive porque, mesmo que a literalidade de tal dispositivo não falasse em culpa, dela faz depender o dever indenizatório a cláusula geral do art. 159 do antigo CC (e art. 186 do atual CC), aplicável, a meu juízo, a todos os casos de responsabilidade civil disciplinados no Código²³.

Não se pode esquecer do substrato ideológico do Código Civil, produto do iluminismo e do jusracionalismo. Tanto é assim que o prof. Dr. Paolo GROSSI fala em “secreto matrimônio” entre Estado e a classe burguesa. Ora, essa nova classe emergente queria justamente que este Estado permanecesse como disciplinador do “status quo”, deixando ao indivíduo a tomada de iniciativas dentro do contexto social, ficando a Administração Pública, até então irresponsável civilmente, em pé de igualdade com os cidadãos²⁴.

Exemplo desta interpretação civilista da responsabilidade civil da Administração Pública é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 12 de agosto de 1927, Apelação nº 14.955 - SP²⁵, em cujo resumo da decisão ficou assentado que “Os actos de autoridades policiaes praticados no exercício de suas funções, e, contra direito, obrigam o Estado pagar a indemnização correspondente”.

¹⁸ Concorde com esta afirmativa MELLO, ao dizer que “a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação ... Partindo do marco zero - a irresponsabilidade progride continuamente para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e de maneira a engajá-la.”; ob. cit., p. 254.

¹⁹ Salienta MELLO, ob. cit., que não obstante ser um dos pilares do direito constitucional contemporâneo a sujeição de todas as pessoas, físicas ou jurídicas - públicas ou privadas - a sujeição à ordem jurídica vigente, a responsabilidade civil do Estado é governada por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica e, por isso, mais extensa do que as demais pessoas jurídicas. Além disto, não há como os particulares se evadirem da atuação onipresente do Estado, não podendo impedir a atuação estatal, que atua visando o bem comum; não sendo justo por isto, que alguns poucos arquem com um prejuízo grande exclusivamente, devendo ele ser repartido entre a coletividade (p. 253).

²⁰ “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

²¹ MEIRELLES, ob. cit., p. 549.

²² AGUIAR DIAS, ob. cit., p. 559, chega a dizer que não há como refutar esta interpretação, pois “proceder de modo contrário ao direito ou falatando com dever prescrito em lei” mencionados pelo CCB não seriam outra coisa senão a culpa.

²³ Há quem discorde desta afirmação entendendo que a responsabilidade civil contratual, na sistemática do Código, seja objetiva. Cf. NORONHA, ob. cit., p. 17. Favoráveis ao nosso entendimento estão MEIRELLES, ob. cit., p. 550; LIMA, ob. cit., p. 174.

²⁴ Aqui estou seguindo o meu trabalho já anteriormente citado.

²⁵ in Revista dos Tribunais, nº 63, 1967, p. 318.

Bem claro, portanto, a ligação da responsabilização estatal à culpa do funcionário público, através da expressão “contra direito”. Critério este típico do nosso Código Civil.

Entretanto, tal redação do CCB não impediu que alguns juízes do STF a interpretassem como uma hipótese de responsabilidade civil objetiva²⁶. Muito embora a interpretação dominante dos tribunais fosse, sem dúvida nenhuma, de caso de responsabilidade subjetiva, como anteriormente exemplificado.

Orientação que prevaleceu até a promulgação da Constituição de 1946, cujo art. 194²⁷, consagrou a teoria objetiva do risco administrativo²⁸. Diferente não foi a redação do art. 105²⁹ da Constituição de 1967, nem do art. 107³⁰ da Emenda nº 01 de 1969 e do art. 37, par. 6³¹ da Constituição atual de 1988.

Esta transformação não se deu sem hesitação na jurisprudência e na doutrina. Houve defensores, logo após a promulgação da Carta Constitucional de 1946, doutrinadores³² e juízes³³, da permanência do princípio geral do Código Civil baseado na culpa, mesmo para os casos de indenização pelo Poder Público.

O argumento principal dos defensores da doutrina civilista, é de que a Constituição de 1946, em seu art. 194, não trouxe modificações no princípio geral do Código Civil, baseado na culpa, art. 159, o qual se aplicaria ainda à responsabilidade civil da Administração Pública. A Constituição apenas consagra uma redação ampla, capaz de permitir à doutrina, ao legislador e à jurisprudência uma solução adequada, mas não chega a optar por qualquer das teorias administrativas sobre o fundamento da responsabilidade estatal³⁴.

Já os defensores da responsabilidade objetiva sustentam sua posição com base numa interpretação a contrário senso do parágrafo único do art. 194 da CF/46, porque nele está escrito que, na hipótese de culpa do funcionário, a Fazenda Pública

²⁶ Orozimbo NONATO, DJU de 2.2.1943 e Philadelpho AZEVEDO, DJU de 17.6.1943.

²⁷ “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Comentários à Constituição brasileira de 1988” V. 01. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 260. No mesmo sentido, MEIRELLES, ob.cit., p. 550.

²⁹ “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

³⁰ “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

³¹ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

³² Segundo Themistocles CAVALCANTI, a Constituição não preferiu qualquer das doutrinas sobre responsabilidade civil do Estado, in “Comentários à Constituição de 1946”, vol. IV, p. 191. Pontes de Miranda, comentando a mesma Constituição, seria do mesmo parecer, pois sendo a responsabilidade um instituto civil deve ser regulada nos termos da lei civil. (“Comentários à Constituição de 1946”, vol. IV, p. 169). Cf. PAIVA, Alfredo de Almeida. “Comentários à jurisprudência dos tribunais”. in Revista de Direito Administrativo, nº 33, julho-setembro/1953, p. 84.

³³ Assim Hahnemann Guimarães, no recurso extraordinário nº 16.294 afirmou que “Entendo, data venia, que o propósito do art. 194 da Constituição, foi, apenas, o de manter o preceito do art. 15 do Código Civil”. Cf. PAIVA, ob.cit., p. 89. Também este foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Ap. Civ. nº 57858 - Rio Claro, Rel. Des. Pedro Chaves, cuja ementa diz: “- A culpa é o fundamento da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público; a Constituição não trouxe modificação à doutrina do Código Civil.” E do corpo do voto se extrai seu entendimento, embasado em Agostinho Alvim de que “a culpa ainda é o fundamento da responsabilidade no direito brasileiro, e, que sendo o art. 15 do Código Civil, a fonte da responsabilidade das pessoas de direito público, subsiste ainda a culpa, como característico indispensável à configuração da responsabilidade do Poder Público, salvo os casos expressamente postos pela lei, sob o domínio do risco, ou aqueles de expiração industrial. (...) Na análise do texto não se pode, civilmente, chegar a outra conclusão, de que não houve da parte do legislador constituinte o desejo de inovar com a adoção da teoria do risco, já pela quebra do princípio, já pela impropriedade de meio.” in Revista de Direito Administrativo, , nº 33, julho-setembro/1953, p. 90.

teria ação regressiva. O que estaria a indicar que a redação do dispositivo constitucional abriria margens para casos de responsabilidade do Poder Público independentemente de culpa do funcionário³⁵. Ao que respondiam os defensores do CCB que aquela redação constitucional apenas tinha o objetivo de assentar as bases sobre as quais deveria se desenvolver a responsabilidade civil do Estado, isto é, o mínimo abaixo do qual não se poderia descer, como seria a hipótese de responsabilização do funcionário público independentemente de culpa³⁶.

A jurisprudência vacilou, passando por um período intermediário de responsabilização estatal entre a teoria da culpa à do risco, qual seja, pela adoção da teoria da culpa administrativa, baseada numa falha no serviço, objetiva, independentemente de culpa do preposto da Administração Pública.

Foi o que ficou evidenciado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 61.387 do STF³⁷, Rel. Min. Temístocles Cavalcanti, cujo resumo de acórdão explicita que “- A administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa.”

Diz o relator citado em seu voto no recurso em questão: “Esta doutrina (teoria do risco administrativo) se resume em estabelecer, como causa da responsabilidade, uma simples relação entre o fato e o prejuízo. Nenhum elemento subjetivo entra na apuração da responsabilidade. Não admito, por isso, a adoção pura e simples da teoria do risco... Tem vacilado, por isso, a jurisprudência na aplicação estrita da Teoria do risco que envolveria a responsabilidade do Estado em casos, que evidentemente, não caracterizariam o problema do funcionamento do serviço público. (...) **A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade, são os casos de ação ou falta de providências do serviço.**“(grifei)³⁸.

Evidente está aqui, que o Pretório Excelso aceitou a teoria da culpa administrativa desenvolvida pelo Conselho de Estado Francês, a qual, no caso concreto, deduzia-se da não realização de um serviço público, ou dito de outro modo, da sua falta numa situação que o exigia³⁹.

Mesmo entendimento exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 20.372⁴⁰, Rel. Min. Orosimbo Nonato, cujo resumo do acórdão está desta forma escrito: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CULPA ADMINISTRATIVA - RISCO

³⁴ CAVALCANTI, ob.cit., idem. PAIVA, idem, ibidem. Há também manifestação no mesmo sentido de Temístocles CALVANCANTI em voto enquanto Ministro do STF - posição vencedora -, no julgamento do recurso extraordinário nº 61.387, Brasília, 29 de maio de 1968, referindo: “Entendo que, na realidade, o aludido preceito (está falando do art. 194 da CF/46) não optou por nenhuma teoria - apenas admitiu a responsabilidade do Estado, deixando à doutrina, à legislação e à jurisprudência fixarem os termos dessa responsabilidade.in Revista de Direito Administrativo, nº 97, p. 179.

³⁵ PAIVA, ob.cit., p. 87.

³⁶ PAIVA, ob.cit., p. 87-8.

³⁷ in Revista de Direito Administrativo, nº 97, p. 177.

³⁸ in Revista de Direito Administrativo, nº 97, p. 179-180.

³⁹ É da mesma opinião Caio TÁCITO, que, ao comentar a jurisprudência do STF, na Revista de Direito Administrativo, nº 55, jan.-mar./1959, refere que “O exame da jurisprudência dos tribunais brasileiros, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, evidencia que o fundamento da responsabilidade do poder público conserva conteúdo subjetivo. É certo que a noção de culpa civil cedeu passo à de culpa administrativa, acolhendo-se, sob fórmulas várias, o princípio da falta anônima de serviço, ou seja, a compreensão de que o mau funcionamento do serviço público, ou a inércia da administração geram a obrigação de indenizar.” (p. 269-270).

⁴⁰ in Revista de Direito Administrativo, nº 55, p. 261.

- Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público”⁴¹

Houve, outrossim, manifestação do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido - no julgamento da Apelação Cível nº 67.478, São Paulo, Rel. Des. Ferraz de Sampaio - qual seja, de que o sistema imposto pela Carta Constitucional de 1946 seria o da culpa administrativa - apenas que o relator a interpreta como uma responsabilização objetiva estatal, muito embora a pessoa jurídica de direito público interno responda “pelos danos oriundos da falta de serviço.”⁴²

Mas esta foi, no entanto, uma tendência passageira e jamais unânime na jurisprudência, onde aquela primeira interpretação baseada na culpa administrativa já sofria concorrência da leitura objetiva do multireferido art. 194 da CF/46, a qual veio por fim prevalecer, especialmente no STF.

Basta que se veja, contemporaneamente às decisões citadas supra, a decisão do Tribunal de Justiça Paulista, na Apelação Cível nº 58.698, Rel. Des. Joaquim de Silos Cintra, cujo teor da ementa é o seguinte:

“- A responsabilidade civil do Estado, em face do preceito constitucional, é puramente objetiva e independe da prova de culpa. (...)”.

De maneira que o constituinte de 1946 e os seguintes, tratando da responsabilidade civil do Estado, satisfizeram-se com o fato do serviço. Basta a lesão, sem o concurso do lesado, para emergir o dever ressarcitório da Administração Pública. Basta que a vítima demonstre o fato danoso causado por ação ou omissão do Poder Público, o dano e o nexo de causalidade entre ambos para gerar a obrigação indenizatória⁴³.

Baseia-se tal teoria no risco que atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, todos os outros componentes devem concorrer para a reparação do dano via Fazenda Pública⁴⁴.

Também consagra a Constituição de 1946, no artigo citado, o “princípio da responsabilidade em ação regressiva”, abandonando o “princípio da solidariedade”⁴⁵, consagrado nas Constituições anteriores de 1934, art. 171⁴⁶ e de 1937, art. 158⁴⁷.

A Constituição de 1967 não trouxe maiores modificações em relação à precedente, bem como sua Emenda nº 01 de 69⁴⁸.

⁴¹ Salienta-se que o relator, como já fazia mesmo anteriormente à promulgação da Carta Política de 1946, defendeu a responsabilização civil estatal independentemente de culpa.

⁴² in Revista de Direito Administrativo, nº 40, abril-junho/1955, p. 338.

⁴³ MELLO, ob.cit., p. 258. Também MEIRELLES, ob.cit., p. 547.

⁴⁴ NORONHA, ob.cit., p. 29 e ss. Idem, MEIRELLES, ob.cit., p. 547-8.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Comentários à Constituição de 1967 (Com Emenda nº 1, de 1969). V. 3. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 544.

⁴⁶ “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda ... por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”.

⁴⁷ “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda ... por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, ob.cit., p. 542 e ss, especialmente a p. 547, onde, com alguma resistência - após criticar Amaro Cavalcanti e Pedro Lessa, defensores da responsabilidade objetiva antes do advento da Constituição de 1946 - admite a responsabilidade civil do Estado independentemente de culpa.

É o entendimento manifestado também pelo STF, que, à época, admitia a teoria do risco administrativo, mas não integral; vale dizer, admitia, por uma questão de justiça e equidade a perquirição de culpa da vítima (apenas) a fim de estabelecer o “quantum” devido à título de indenização, aceitando, inclusive, a exoneração do dever reparatório da Administração Pública em caso de culpa exclusiva da vítima.

É o que ficou assentado no Recurso Extraordinário nº 68.107 - SP, Segunda Turma, Rel. Sr. Min. Thompson Flores, cuja ementa é a seguinte⁴⁹:

“I. Responsabilidade civil. Ação contra a União Federal. Culpa parcial da vítima. Redução da indenização.

II. A responsabilidade objetiva, inculpada no art. 194 e seu parágrafo, da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105-107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado.

III. Invocada pela ré a culpa da vítima, e provado que contribuiu para o dano, autoriza seja mitigado o valor da reparação.”

O caso concreto dizia respeito a uma demanda indenizatória movida pelos parentes (esposa e filhos) em razão do falecimento do marido/pai como consequência de uma colisão com um caminhão do exército.

Do teor do voto do Ministro Relator do acórdão, extrai-se a passagem em que cita outra decisão do mesmo Tribunal onde diz que “embora tenha a Constituição (está falando da CF/67) admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça. Não obrigou, é certo, à vítima ... a prova da culpa ou dolo do funcionário, para alcançar a indenização. Não privou, todavia, o Estado, de provar, no propósito de eximir-se da reparação que o dano defluía do comportamento doloso ou culposo da vítima. A contrário senso, seria admitir a teoria do risco integral...”⁵⁰

Note-se que tal decisão não só estabeleceu o princípio que rege a responsabilidade civil do Estado, ou seja, do risco administrativo, e, por via de consequência, aceitando a cessação do dever indenizatório em caso de culpa exclusiva do administrado; que não é outra coisa senão a admissão do princípio, válido em direito civil, da concorrência de culpa do terceiro que sofre o dano.

É o que afirma o Min. Eloy da Rocha em seu voto⁵¹: “... não importou em negativa de vigência da lei a interpretação, ao art. 194 da Constituição de 1946, dada pela decisão, que, em caso de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público, independentemente de culpa do seu funcionário, admitiu a aplicação do princípio da concorrência de culpa do terceiro que sofre o dano. Não se trata de concurso de culpa do terceiro e do funcionário. Faz-se abstração da culpa do funcionário. Pondera-se, porém, a culpa do terceiro e do funcionário, que constitui causa do evento danoso.” Com esta afirmativa, o Ministro provavelmente supõe que a culpa exclusiva da vítima,

⁴⁹ in Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, nº 50, jan./1971, p. 50.

⁵⁰ in RTJSTF nº 55, p. 52.

⁵¹ in RTJSTF, nº 55, p. 53.

consituindo-se na única causadora do evento danoso, exclui o nexo de causalidade entre a ação administrativa e o dano.

Também tal acórdão fixa, na Constituição de 1946, art. 194, o surgimento da responsabilidade civil objetiva no Direito Público Brasileiro; e, sua repetição nas Constituições de 1967 e 1969. Tanto que no voto do Min. Adalício Nogueira, extrai-se a seguinte passagem: "... está em foco a interpretação da regra do art. 1946 (reiterada no art. 105 da de 1967 e 107 da de 1969)... É translúcido que as leis (sic) Magnas em apreço consagraram o princípio da responsabilidade objetiva."⁵²

Orientação esta confirmada pela decisão do STF, em Recurso Extraordinário nº 74.554 - PR, Primeira Turma, Rel. Sr. Min. Rodrigues Alckmin, cuja ementa é a seguinte⁵³:

"Responsabilidade civil do Estado. Teorias do risco administrativo e do risco integral. Provado que o fato decorreu de culpa ou dolo do lesado, não cabe ao Estado indenizar..."

No voto do Relator, há citação daquele mesmo trecho mencionado anteriormente do Min. Alckmin no voto do RE comentado, não havendo maiores inovações em relação ao precedente⁵⁴.

Outra não foi a posição da nossa Corte Suprema no Recurso Extraordinário nº 91.376 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Xavier Albuquerque, donde se extrai a ementa⁵⁵:

"Responsabilidade civil do Estado. Culpa exclusiva da vítima. O art. 107 da Constituição não adotou a teoria do chamado risco integral. Precedentes do STF."

No seu voto, aprovado com unanimidade, o Relator foi sucinto, apenas fazendo referência aos precedentes do STF sobre a matéria, limitando-se a aplicá-los ao caso concreto.

Portanto, este conjunto de decisões trazidas comprova que, desde há muito, não há divergência do STF quanto à preferência pela teoria do risco administrativo, admitindo a apreciação da culpabilidade da vítima.

Já a Constituição de 1988, avançou mais em relação às anteriores. Não se restringiu à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público, mas também abarcou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. De forma que se estabeleceu "para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão", inclusive englobando as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais, ou de empresas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos⁵⁶. As prestadoras de serviço público, não se esqueça, também têm responsabilidade civil

⁵² in RTJSTF nº 55, p. 51.

⁵³ in Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, nº 71, jan./1975, p. 99.

⁵⁴ in RTJSTF nº 71, p. 100.

⁵⁵ in Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, nº 91, jan./1980, p. 377.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, ob.cit., p. 261. Idem, MEIRELLES, ob.cit., p. 551.

objetiva diante do consumidor, imposta pelo CDC - art. 3^o57 c/c 14⁵⁸ e 20⁵⁹ - a todos os prestadores de serviços, inclusive públicos.

Quanto à interpretação de que a atual Constituição mantém o princípio regulador da Responsabilidade civil do Estado consagrado nas Constituições anteriores (1946 e 1967-9), sem introduzir maiores modificações em relação a ele, há decisão do STF em Recurso Extraordinário nº 113.587- SP, Segunda Turma, Rel. Sr. Min. Carlos Velloso⁶⁰:

“Constitucional. Civil. Responsabilidade civil do Estado. CF, 1967, art. 107. CF 88, ART. 37, par. 6^o.

I - A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.(...)

No caso versado nos autos, o particular moveu uma ação contra a Municipalidade de São Paulo, em razão da construção, levada a efeito por esta, de um viaduto nas proximidades da residência do demandante, o que lhe causou desvalorização do imóvel, e, portanto, danos no sentido do direito civil. A ação foi julgada procedente justamente porque houve a ação administrativa - construção do viaduto - (pouco importa se lícita ou não, isto não vem ao caso); existiu o dano (comprovado nos autos); sendo claro o nexo causal entre ambos; ou seja, estavam presentes todos os requisitos para condenação em perdas e danos.

O corpo do voto do relator não merece reprodução, pois a ementa transcrita reescreve literalmente o que de fundamental fora dito nele. A não ser na sua parte final quando refere que “E porque o acórdão assim não procedeu, violou o que dispunha o art. 107 da Constituição pretérita, ou art. 37, par. 6^o, da Constituição vigente”⁶¹.

Esta passagem é importante porque confirma o que foi anteriormente asseverado, ou seja, de não houve maiores modificações na principiologia da reparação civil estatal no texto na CF atual. Tanto é assim que os requisitos para a indenização continuam os mesmos: dano; ação administrativa e nexo causal.

⁵⁷ “Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. ... Parágrafo segundo. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, ...”. Interpretando tal dispositivo legal Cláudia LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 116, dizia que tal autora se satisfaz, para a caracterização do fornecedor o requisito da remuneração. Afirmção que me parece equivocada, pois há que se entender que a profissionalidade deva estar presente como requisito do prestador de serviço, uma vez que o CDC é uma Lei Protetiva do não-profissional contra o profissional; tanto é assim que em outros países, como na França, o fornecedor é chamado de profissional.

⁵⁸ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

⁵⁹ “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária...”

⁶⁰ in Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, nº 140, maio/1992, p. 636.

⁶¹ in RTJ, nº 140, p. 642.

Esta interpretação da nova Constituição de 1988 vem, à sociedade, trazida no corpo do Recurso Extraordinário nº 120.924 - SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves (STF)⁶²:

“- Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima.

- Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado.

- No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido.”

Do voto do ministro relator se extraem importantes passagens que denotam a abrangência do novo dispositivo constitucional, justamente corroborando o que foi dito até aqui: “À evidência a responsabilidade objetiva não implica em indenizar qualquer dano... A responsabilidade civil objetiva do Estado é tranquilamente aceita pela maioria dos administrativistas, e para excluí-la, somente a culpa exclusiva da vítima... É que a culpa da vítima do dano - exclusiva ou concorrente - constitui, conforme o caso, fator excludente ou mitigador da responsabilidade civil do Estado.”⁶³

A aplicação do dispositivo constitucional em comentário às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, inovação do constituinte de 1988, veio confirmada pelo STF no Recurso Extraordinário nº 178.806-2-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, onde foi exarado que⁶⁴:

“I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. ...”

No caso dos autos, tratava-se de uma ação indenizatória contra a Cia. Municipal de Limpeza Urbana (COMLURB) por atropelamento de uma criança por um caminhão da ré. Não admitindo o Pretório Excelso a pesquisa da culpa do preposto da Companhia, mas apenas da vítima, que, no processo em tela, não foi comprovada. Havendo, dessa maneira, o dever de indenizar, já que presentes os já referidos requisitos do dever ressarcitório do Estado: ação administrativa, dano e nexo causal. Isto porque “a ação foi proposta com base no art. 37, par. 6º, da Constituição, dado que a responsabilidade da recorrida, uma sociedade de economia mista, prestadora de serviços, é objetiva.”⁶⁵

Logo, mesmo as pessoas jurídicas de direito privado, como uma sociedade de economia mista, ficam sujeitas à disciplina da Lei Maior. Outra não foi a decisão do STJ, no Recurso Especial nº 33.892, onde foi condenada a Cia Brasileira de Trens

⁶² in Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 150, outubro/1994, p. 262.

⁶³ in RTJSTF, nº 150, p. 266.

⁶⁴ in Boletim de Direito Administrativo, abril/96, p. 234.

⁶⁵ in BDA, abril/96, p. 235.

Urbanos (CBTU/RJ), Rel. Min. Nilson Naves⁶⁶.

O texto constitucional atual é mais preciso, pois fala ainda em “agente” público, no sentido genérico de servidor público, abrangendo todas as pessoas incumbidas da realização de um serviço público, em caráter permanente ou transitório⁶⁷. Aliás, exigência doutrinária⁶⁸ e jurisprudencial que se impunha mesmo na vigência das Constituições anteriores, como se vê da Apelação Cível nº58698⁶⁹, do TJSP, Rel. Des. Joaquim de Silos Cintra, donde se lê da segunda parte da ementa:

“... - O conceito de funcionário público, para esse efeito, é amplo e abrange todos quantos exerçam função pública, ainda que ilegalmente nela investidos.”

No corpo do voto do relator se encontra a seguinte afirmação, conforme a lição de Pontes de Miranda, citada na nota anterior⁷⁰: “O conceito de funcionário para o fim previsto no art. 194 da Constituição federal (sic) tem extensão mais larga.”⁷¹

De forma que o constituinte de 1988 nada mais fez, neste particular, do que consagrar o que a jurisprudência e a doutrina já vinham fazendo anteriormente, corrigindo uma imprecisão técnica do legislador pretérito.

Considerando-se serviço público, para os efeitos do atual dispositivo constitucional, um conceito variável e flutuante ao sabor das necessidades e contingências políticas, sobretudo, econômicas e sociais de cada comunidade, “aquele serviço prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”⁷².

4 CONCLUSÃO

O artigo demonstrou que a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o texto constitucional e fundamentalmente na prática do STF segue a mesma tendência geral de todo o sistema reparatório civil, ou seja, independe de culpa. Portanto, constitui-se mais uma exceção ao princípio geral do artigo 186 do CC da responsabilidade civil (regra geral da culpa), assim como o são os artigos 12, 14, 18 e 20 do CDC, e mesmo os artigos 927 e 931 do CC.⁷³ Essa tendência, como demonstrado ao longo do texto, é própria da adoção de um modelo social de legislação e de Estado, cuja inspiração ideológica é fruto do solidarismo jurídico.

⁶⁶ in Boletim de Direito Administrativo, junho de 1996, p. 383.

⁶⁷ MEIRELLES, ob.cit., p. 551.

⁶⁸ É interpretação que PONTES DE MIRANDA já fazia mesmo em relação à Constituição anterior que falava imprecisamente de “funcionários”, quando, na verdade, para cuja caracterização, dever-se-ia valer de um critério estritamente objetivo e largo, abrangendo “todos os que praticam atos, ou incorreram em omissão, no exercício de função, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura”; ob.cit., p. 543. Tanto é assim que MELLO, comentando a Constituição anterior (1967) dizia a expressão “funcionário” nela referida ao se tratar da responsabilidade da Administração Pública estava mal posta; tecnicamente, seria mais correto se falar em “agente público” - aceção mais ampla; ob.cit., p. 265.

⁶⁹ citada supra, RDA, nº 33, p. 84.

⁷⁰ ob.cit, p. 85.

⁷¹ No mesmo sentido, a Ap. Civ. nº 69.842, TJSP, Rel. Des. Ferreira de Oliveira: “-Qualquer preposto da Fazenda Pública, que exerça atividade da administração é considerado representante ou funcionário para os efeitos do art. 15 do Código Civil e 194 da Constituição.” in Revista de Direito Administrativo, nº 45, julho-setembro/1956, s.p.

⁷² MEIRELLES, ob.cit., p. 290.

⁷³ Parece que NORONHA, ob. cit., é da mesma opinião. Tanto é assim, que tratando de uma tentativa de ressystematização da responsabilidade civil (título de seu artigo) nela insere a responsabilidade civil do Estado, que é espécie de responsabilidade civil fundada no risco (administrativo).

DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. O “novo” da EC 45/04*

Jose Luis Bolzan de Moraes**

NOTAS PRELIMINARES E CIRCUNSTANCIAS À EC 45/04

Este trabalho pretende, recuperando algumas questões pontuais acerca do tema Direitos Humanos e Constituição e seus vínculos, oferecer uma primeira reflexão acerca das implicações advindas com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04, no que respeita à inclusão de uma nova garantia constitucional – LXXVIII - e dos §§ 3º e 4º no art. 5º da Carta Política brasileira de 1988, assim como outros aspectos que dialogam com esta temática, em particular quanto à referida “federalização” do trato jurisdicional da matéria com a inclusão, no art. 109 da Carta Política, de um inciso V-A e um § 5º, além da determinação contida no art. 7º desta Emenda à Constituição.

Os resultados apresentados pela EC 45/04, passados mais de uma década de debates parlamentares, sociais e doutrinários, acerca da Reforma do Judiciário, trouxe, nesta sua versão parcial, como referido acima, algumas questões que dialogam com um debate que tem ocupado as preocupações de cientistas sociais, juristas e operadores do direito, movimentos sociais e autoridades públicas de há muito.

O que se vê do conteúdo da reforma constitucional promovida, além dos seus limites restritos, é que a mesma não conseguiu tratar muitos dos aspectos que condicionam o debate acerca das formas e fórmulas para o tratamento dos conflitos sociais, enfrentando tradições arraigadas, interesses corporativos e injunções internas e internacionais que pretendem, na esteira (neo)liberal/capitalista, consolidar as suas “certezas” e “seguranças” compatíveis com seus investimentos e projetos.

De dentro ou de fora da função jurisdicional viu-se, ao longo destes anos, muitos foram os aspectos trazidos, os quais, em síntese muito justa, podemos relacionar:

A – Da perspectiva interna sobressaem as deficiências e insuficiências do modelo de tratamento jurisdicional de conflitos, com suas formas, fórmulas, mitos, rituais e linguagens;

* Este trabalho foi apresentado, originalmente, como comentários ao texto da EC 45/04, nos aspectos que dizem respeito às novidades inseridas no art. 5º da CF/88 e seus reflexos, publicado em conjunto com Walber de Moura Agra, Lenio Luiz Streck, George Salomão Leite e Agassiz Almeida Filho, pela Ed. Forense.

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre (PUC/RJ) e Doutor (UFSC/Université de Montpellier I - França) em Direito do Estado; Professor de graduação e pós-graduação. Professor Associado do Doutorado em Sistemas Jurídico-Políticos Comparados da Universidade de Lecce – Itália; Consultor “ad hoc” da Escola Doutoral Tülio Ascarelli da Universidade de Roma Ter; Professores convidado nas Universidades de Roma Ter, Roma “La Sapienza”, Federico II – Napoli e Salerno, todas na Itália. Autor de: (1) *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea* – 2ª edição no prelo, (2) *A Idéia de Direito Social* – 2ª edição no prelo, (3) *A Subjetividade do Tempo* e (4) *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!* – 2ª edição no prelo, (5) *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos* (Col. Estado e Constituição), (6) *O Estado. E suas crises*, como organizador e, com Lenio Streck, (7) *Ciência Política e Teoria Geral do Estado* – em 5ª edição -, todos pela Livraria do Advogado de Porto Alegre e (8) *Costituzione o Barbarie*, Lecce (Itália), editora Pensa, além de outros trabalhos em livros e revistas especializadas. Pesquisador do CNPQ e da FAPERGS. Membro do Comitê de Ciências Humanas da FAPERGS. Consultor *ad hoc* do CNPQ, da CAPES e do MEC/SESU/INEP. Coordenador do Circulo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM) e membro conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ.

B – Do viés externo percebem-se injunções políticas, econômicas e sociais, sobressaindo críticas acerca da morosidade, “incerteza” nas decisões afetando investimentos, crescimento quantitativo e qualitativo de litígios e, por consequência, de demandas, repercutindo, ainda, e por outro lado, uma demanda social reprimida seja em razão dos riscos presentes no autoritarismo brasileiro pré-88, seja pelo reconhecimento de direitos e alargamento da cidadania, da legitimidade processual e/ou da representação pública – via Ministério Público e Defensoria Pública – de interesses individuais e transindividuais.

Para dar conta da questão posta é necessário promover uma retomada do debate acerca do papel e das relações que desempenham e mantêm os direitos humanos e o constitucionalismo no e apesar do contexto contemporâneo de crise(s) e transformação(ões) dos modelos modernos de política e de regulação pautados pela centralidade do ente estatal como unidade de referência e instância máxima de poder, tal qual vimos refletindo, e.g., em nosso *Mediação e Arbitragem. Alternativas à jurisdição; As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*; como também na obra, por nós organizada, *O Estado. E suas crises*, todos pela Livraria do Advogado Editora, além de *Costituzione o Barbarie*, publicado na Coleção *Costitucionalismo Dificili*, pela Editora Pensa (Lecce – Itália), partindo, por óbvio, da recolocação em pauta do tema do acesso à justiça e ao direito, bem como à revisão do debate constitucional contemporâneo.

Para tanto é necessário que se fixe desde logo a opção que fazemos pela tomada paradigmática, ainda hoje, da idéia de Constituição como uma referência e *locus* fundamental para o reconhecimento e resgate da dignidade da pessoa humana como único valor apto a se constituir como referência universal, sem que isso signifique a absolutização das fórmulas e lugares onde e como tal resgate se deva promover.

Assim, o estudo aqui promovido, diversamente daqueles tradicionalmente realizados pela doutrina para a análise de um texto normativo novo, como no caso a EC 45/04, priorizará uma reflexão inaugural acerca de alguns aspectos que afetam a questão, apontando alguns tópicos fundamentais para a sua compreensão para, ao final, promover a análise dos aspectos aqui refletidos, sugerindo uma compreensão possível das questões postas. Ou seja, na primeira parte promoveremos uma revisão contextual do tema para, na segunda, construirmos uma atribuição de sentido ao texto da chamada Reforma do Judiciário no que respeita à questão dos direitos humanos nela tratada.

PARTE I – ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. PARA ENTENDER A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

1. AS CRISES DO JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA E AO DIREITO.

Para enfrentarmos esta temática já é tradicional retomarmos a proposta apresentada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth para o trato das questões que o atingem.¹

¹ Ver, dos autores, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE. 1988.

Separando em momentos distintos – ondas –, tais autores propuseram uma trajetória que nos apresenta o caminho perseguido por tal preocupação, que passa pela *incorporação dos pobres e dos hiposuficientes culturais, pelos novos interesses e pelos novos mecanismos de solução de controvérsias*.

Portanto, neste ponto devemos apenas fazer referência a que as preocupações relativas a esta interrogação permitiram que se colocasse em pauta o problema da *efetividade da prestação jurisdicional*, fazendo com que uma certa processualística, que incorpora interrogantes de cunho sociológico, tenha produzido algumas soluções no sentido de buscar alternativas para o caráter cada dia mais agudo e insuficiente das respostas dadas aos conflitos pelo aparato jurisdicional do Estado Moderno.

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito - jurisdição - refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico - aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos - que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos pólos das relações jurídicas, por outro.

Assim, as crises da Justiça fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da idéia de Estado de Direito – e por conseqüência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo.

Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos - que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc...), efetivamente dispendidos, como também ao *custo diferido* que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas -, remuneração, etc... – que nominamos **crise estrutural**.

Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem² técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda o acúmulo de demandas. É a **crise objetiva ou pragmática**.

A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais mas, também, a (re)formulação das mentalidades, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legal-normativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na realidade (suporte fático concreto). Ora, este mecanismo lógico formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas para os conflitos

² Veja a respeito os trabalhos de Luis Alberto Warat, em especial *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984, hoje reunidos em coleção publicada pela Fundação Boiteux, de Florianópolis, SC.

contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses transindividuais. É a **crise subjetiva ou tecnológica**.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso “*sub judice*”. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais do final do século – e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurpídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, ‘lex mercatoria’, costumes, equidade, etc... É a **crise paradigmática**.

Por outro lado, deve-se ter presente que, quando se fala em crise da Justiça, este tema está intrinsecamente ligado à crise do Estado e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente isto se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.³

O Estado, como instância central da regulação social, passou a orientar as condutas humanas enfrentando hoje, tanto em nível internacional, bem como em nível nacional, uma(s) crise(s) que o atinge(m) como um todo, e particularmente como expressão jurídica⁴, onde os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais (e.g., fenômeno da globalização) por um lado, como também pela quebra de suas instâncias e instrumentos de legitimação interventiva.

Tendo presente estas circunstâncias, o primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no *debate acerca da crise da administração da justiça*, além dos aspectos (infra)estruturais, devemos ter presente, como já dito acima, que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características totalmente diferenciadas - tais os individuais, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos -, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de solução de controvérsias dispõem para oportunizá-las.

É o próprio **modelo conflitual de jurisdição - caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito** - que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem

³ O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação. Ver: KATO, Shelma Lombardi de. “A crise do direito e o compromisso da libertação”. In: *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p.172.

⁴ (...)incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. (ROTH, André-Nöel. “O direito em crise: Fim do Estado Moderno?” In: FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19. Ver, também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, em especial, pp. 112 e ss. Ainda: FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999

em pauta a idéia do consenso como instrumento para a solução de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo que nomeamos **jurisconstrução**, cuja caracterização pretendemos retomar a seguir⁵.

De um lado o *dizer o Direito* próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactuar/construir* a resposta para o conflito que reúne as partes.

Aqui, todavia, permanece a dúvida exposta por Cappelletti acerca da viabilidade de os modelos jurisdicionais tradicionais estarem aptos a lidarem com estes(as) objetos/pretenções, quais sejam os interesses coletivos e, particularmente, os difusos. Duas outras críticas ainda se podem apontar nesta matéria:

A *primeira* delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial aquelas que pretenderam uma purificação do conflito através de sua **limitação objetiva** - quanto ao seu conteúdo - e **subjéctiva** - quanto às partes envolvidas -, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para a solução do mesmo. Tal situação se aguçava contemporaneamente quando temos presente a incapacidade que tem o Estado de permanecer com a detenção do monopólio de produção e execução jurídicas.⁶

Apesar disso, não se pode negligenciar o conteúdo de muitas das garantias conquistadas e que estão vinculadas ao modelo de jurisdição estatal, o que aponta para a busca de um efetivo acesso à Justiça do Estado e suas garantias como o único caminho eficiente para assegurar as suas pretensões diante das diferenças marcantes entre as partes envolvidas nas relações sociais contemporâneas.

A *segunda*, e mais contundente, crítica que se pode apontar, diz respeito ao equívoco que se cometeria em pretender supor as relações sociais a partir de uma possível harmonia e de uma eventual conquista do consenso. Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de regulação das práticas sociais e da resolução dos litígios.

Assim sendo, o *poder da conciliação*, ao mesmo tempo em que aponta a reconstrução de laços conviviais, onde o conflito é reconstruído pela interação das partes, tem uma implicação simbólica de pretender referir uma sociedade na qual seja possível o atingimento utópico de uma paz social, como a "pax mercatoris"⁷ prometida pelos liberais clássicos.

Todavia, para os operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios, permitem supor o evitar as deficiências profundas - instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. - próprios à Grande Justiça - a jurisdição estatal -, como apontado acima, marcando, apesar das

⁵ Para o tema ver o nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, passim.

⁶ Vide os textos de Jose Eduardo Faria e Celso Campilongo, anteriormente mencionados.

⁷ Talvez com a mesma simbologia e lógica da *lex mercatoris* apontada por J. E. Faria.

insuficiências, para alguns, um reforço das relações de cidadania, sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam ou teriam tratamento insuficiente/deficiente, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais, mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos *funções do Estado Contemporâneo* - onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da Economia, do Direito e do Estado.

Assim, pensar um modelo consensual para as soluções de controvérsias pressupõe termos presente estas duas perspectivas - uma interna que apontaria para o seu viés democratizante, outra externa que refletiria os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo)liberal.

Apesar disso, neste momento é importante que tenhamos clareza quanto ao conteúdo de tais métodos.

Os novos-velhos métodos de solução de controvérsias revigorados, agora, como formas alternativas de solução de conflitos se põem na esteira de uma grande dicotomia suposta acima, que separa os **métodos heterônomos** dos **métodos autônomos** de solução de controvérsias.

Àqueles se vinculam dois modelos: o da *jurisdição estatal*, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a *arbitragem* - retomada pela Lei 9307/96⁸ - na qual a um terceiro - árbitro ou tribunal arbitral -, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a solução para o conflito que as (des)une⁹. São ditos, ambos, heterônomos pois assentam-se na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada, muito embora, na arbitragem, esteja presente uma maior parcela de consenso, seja na opção pelo método, seja na escolha das regras a serem aplicadas, seja, ainda, na seleção do(s) árbitro(s).

Por outro lado, os modelos ditos autônomos revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da (re)elaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal do conteúdo da mesma através da norma jurídica. Assim, supõe-se a possibilidade de uma sublimação do mesmo a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam.

Ou seja: neste caso a solução do conflito provém não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que dita a sentença¹⁰, mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades, etc..., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada,

⁸ Deve-se ter presente, e.g., que a arbitragem é também o mecanismo privilegiado para a solução de conflitos no âmbito do processo integracionista no MERCOSUL, cfe. se observa, em particular, do Protocolo de Brasília, que regulamenta a matéria.

⁹ Ver arts. 1º, 2º e 3º da Lei 9307/96

¹⁰ Ver Capítulo V da Lei 9307/96

apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou o que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.

Compõem o conjunto deste método a mediação e a conciliação. Esta última - a conciliação - se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos, como se verá adiante.¹¹

Diante disso o que temos perante nós é o confronto que se estabelece entre uma tradição assentada em um modelo conflitivo de resolução de conflitos onde sempre teremos um ganhador e um perdedor - logo um satisfeito e outro descontente - que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha, e o crescimento de importância adquirido pelos métodos alternativos de solução de conflitos em razão mesmo das interrogações que se impõem pela rediscussão acerca da eficiência e suficiência do sistema jurisdicional proposta no âmbito do debate relativo à temática do acesso à justiça, como já exposto anteriormente.

Todos estes aspectos precisam ser considerados para a compreensão do conteúdo, dos limites e das perspectivas que se apresentam com a EC 45/04, sobretudo pela incorporação da nova garantia da *razoável duração do processo*.

2 OS DIREITOS HUMANOS

A preocupação com o tema dos direitos humanos está presente desde há muito tempo nos trabalhos jurídicos os mais variados.

Da mesma forma, para que se possa ter uma boa compreensão do tema mister é correlacioná-lo com o debate acerca da tradição do Estado moderno e, por óbvio, com suas crises.¹²

Assim, deve-se ter presente que tais questionamentos devem acompanhar as transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos mesmos.

¹¹ El mediador no actua como juez, pues no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede decirse que realmente 'la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas', en tanto el haber participado en la solución toma más aceptable el cumplimiento... Ver: Elena Highton e Gladys Álvarez. *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1995. pp.122-123.

¹² Como diz José Antonio López García, (...) una buena manera de estudiar los Derechos humanos, al menos desde el siglo XIX hasta nuestros días, consiste en verlos en conexión con la historia del Estado Moderno. Ver, do autor: *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del(eds.). *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. P. 26. Ver, ainda, o nosso *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*.

Há quem os identifique por intermédio do valor privilegiado em seus conteúdos. Assim, teríamos os direitos de *liberdade*, os de *igualdade* e os de *solidariedade*, acompanhando as diversas gerações como acima explicitadas.

Por outro lado, não é suficiente o seu reconhecimento político-social, temos a necessidade de dar-lhes *eficácia jurídica e efetividade prática*, podendo-se agregar, neste aspecto, com José Eduardo Faria¹³, a idéia de que às diversas gerações pode-se atrelar o *maior compromisso de uma das funções do Estado – à cidadania civil e política* (1ª geração) atrelava-se, de regra, a *ação legislativa* pois bastaria o seu reconhecimento legal para a sua concreção por tratarem-se de liberdades negativas cuja intenção privilegia o caráter de não-impedimento das ações por parte do Estado; à *cidadania social e econômica* (2ª geração), a *ação executiva através de prestações públicas*, implicando em necessárias ações políticas promocionais; à *cidadania pós-material* (3ª geração), a *ação jurisdicional* em sentido amplo, garantindo a efetividade de seus conteúdos, através de uma atitude hermenêutica positiva e concretizante dos conteúdos constitucionalizados.¹⁴

Ou seja, os Direitos Humanos são *universais* e, cada vez mais se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade – não temporariedade. Sendo, portanto, *históricos*, não definitivos, exigindo a todo o instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação. Preferimos dizer que se *generalizam* – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões¹⁵. Ou seja, da 1ª geração com interesses de perfil individual passamos a, na(s) última(s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente¹⁶ - coletivos e difusos¹⁷.

¹³ José Eduardo Faria – *Direitos Humanos e Globalização Econômica. Notas para uma discussão*. Tal postura não pode significar que as demais funções do Estado não tenham nenhum tipo de comprometimento na medida em que, e.g., o desrespeito a qualquer deles enseja a utilização de remédios procedimentais construídos para dar conta destas situações, tais como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção. Ação Civil Pública, Ação Popular, etc...

¹⁴ É de ver que não há, também neste aspecto, uma uniformidade conceitual, podendo-se referir autores que multiplicam as gerações de direitos humanos, a partir de concepções primárias dispares.

¹⁵ No âmbito deste trabalho é suficiente adotarmos uma distinção simplificada para entendermos os direitos fundamentais como sendo o catálogo positivado dos direitos humanos em uma certa ordem jurídica, o que, ao mesmo tempo que os identifica, pode diferenciá-los em razão da extensão quantitativa de uns e de outros. Ver adiante a questão da dialética entre internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do direito internacional.

¹⁶ Assim é que se pode falar, nos dias que passam, de uma multiplicação de gerações em razão de novos conteúdos próprios ao universo dos direitos humanos, tais como aquelas relacionadas com as questões ambientais, a paz, o desenvolvimento e, mais recentemente, aquelas ligadas à pesquisa genética - que dá origem a um novo ramo do direito, reconhecido como o biodireito - e à cibernética, o que só confirma a hipótese bobbianna da historicidade destas matérias, bem como de uma certa independência de umas em relação a outras na medida em que o aparecimento de uma nova geração não implica o desaparecimento de alguma das precedentes, embora possa redefiní-la, como já expresso. A este respeito ver nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*.

¹⁷ Ver art. 1º da CFB/88. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito ver: BOLZAN DE MORAIS, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, em especial capítulo I. Da mesma forma ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado. O Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência...Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal

Resumidamente poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.

Pode-se dizer, então, que os direitos humanos, sendo universais, aparecem como uma construção teórico-jurídica que se suporta nas identidades comuns a todos.¹⁸

Ou, como diz Antonio Enrique Pérez-Luño, ou os direitos humanos são universais ou não o são tais, podendo ser tudo menos direitos humanos¹⁹. Todavia, como diz este autor, esta universalização não significa uma homogeneização dos indivíduos ou seus cotidianos²⁰.

Em razão disso é que se pode/deve fazer, ainda hoje e mesmo diante do fenômeno de des(re)construção da idéia moderna de Estado, a conexão entre o tema dos direitos humanos e o instrumento jurídico que lhe dá forma, a Constituição. É óbvio que sem que se perca de vista a sua própria crise.

3 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO

Portanto, para enfrentarmos o problema dos direitos humanos é preciso, desde sempre e ainda hoje, que se recupere a importância das Constituições para, em particular, a história jurídico-política ocidental.

Não podemos abandonar a certeza de que, com os matizes que são necessários, o constitucionalismo desempenhou/desempenha - talvez por isso mesmo tantos se empenhem em desacreditá-lo ou fragilizá-lo - um papel fundamental, se não para o

de Direito, como também a do Estado Social de Direito - vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data. De outro lado, podemos trazer a reflexão de Marcelo C. Galuppo, para quem o *Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração. Por isso mesmo o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos de vida, inclusive os minoritários, igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade. Ver: Igualdade e Diferença...* pp. 20-21

¹⁸ *Los Derechos humanos expresan así aquello que es natural, común o universal a todos los individuos. Constituyen una construcción teórica (principalmente teórico-jurídica) basada en un modelo de sujeto (de Derecho) que se abstrae de las particularidades jurídicamente irrelevantes de cada cual para señalar las similitudes relevantes de todos.* Ver: GARCÍA, José Antonio López. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, op. cit., p. 22.

¹⁹ (...) los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación. Ver: PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del(eds.). *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. P. 66

²⁰ *En primer lugar, porque hablar del sujeto de los Derechos humanos, un sujeto universal y abstracto, no implica hablarlo todo del sujeto real cuya identidad moral le sigue perteneciendo en exclusiva. Y, en segundo lugar, porque sobre lo que versan los Derechos humanos es sobre la relación de cada individuo com los demás y, sobre todo, versan sobre la relación de cada individuo com la forma institucional surgida del pacto com los demás: el Estado. A la postre, es en relación con el Estado donde tienen sentido los Derechos humanos.* Id. *Ibid.*, p. 22

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos de vida social democrática e digna²¹.

Por óbvio que nem sempre a formalização de um texto constitucional impediu que a prática política fosse desenvolvida em desacordo com a expressão contida na Carta Magna, da mesma forma que em muitos momentos esta não representou aquilo que se pretendia ser a materialização da *vontade política de um povo* - como expressou Dalmo Dallari²² - mas, pelo contrário, serviu para dar um véu de legalidade e legitimidade a um poder arbitrário - como ocorrido seguidamente, e.g., na história constitucional latino-americana em suas experiências burocrático-autoritárias²³.

Entretanto, tais circunstâncias históricas não podem, nem devem, permitir que se desconheça o significado estratégico do reconhecimento de pretensões legítimas do povo plasmadas em sede constitucional e que adquirem, assim, o caráter formal de normas constitucionais - especialmente no *constitucionalismo escrito* -, quanto mais quando adotada a fórmula das cláusulas pétreas como conteúdos imunes à ação das instituições constituídas, mesmo em sua ação transformadora do texto constitucional.

Assim, resumidamente, pode-se dizer que a Constituição - em uma perspectiva que podemos nominar *substancialista*²⁴ - como expressão do *pacto social*²⁵, é aquele acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo, incorporando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também os diversos fatores e seres que influem na construção de um espaço e de um ser-estar digno no mundo - e.g. meio ambiente, espaço urbano, ecossistemas, etc. -, bem como as preocupações futuras para

²¹ Como sustenta Lenio Streck, em seu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, o constitucionalismo não morreu. Relevar lembrar a importância do papel representado pelas Constituições surgidas no segundo pós-guerra no continente europeu e a força (interventiva) das respectivas justiças constitucionais* (pp. 85-86)

²² Ver deste autor o seu *Constituição e Constituinte*, dando atenção, em particular, ao seu conceito de Constituição, como sendo a *declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo*, onde se pode observar as respostas acerca de quem, como, o que é e para que? uma Constituição.

²³ Sobre este conceito, tomado emprestado de Guillermo O'Donnell, ver: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*.

²⁴ De outro lado, podemos referir uma outra perspectiva que chamaremos **formalista**, para a qual, na tradição dos *Federalistas*, como diz Giovanni SARTORI (...) *as constituições são, em primeiro lugar e acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder político* (p. 211) ou seja, (...) *para o constitucionalismo -...- as constituições são só aquelas formas de Estado nas quais, como disse Rousseau, somos livres porque somos governados por leis e não por outras pessoas* (p.210). Para este autor as *constituições são "formas" que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado... são conjuntos de procedimentos tendo por objetivo assegurar o exercício do poder sob controle... são e devem ser neutras com relação ao seu conteúdo* (p. 214). Diz, ainda: *Precisamos desconfiar, assim, das constituições que contêm aspirações... As constituições com aspirações são, no final de contas, um desvio e um sobrepeso de capacidades constitucionais que têm como resultado a impossibilidade de funcionar* (p. 215). Ver: SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional. Como mudam as constituições*. Brasília: UnB. 1996. Em outra perspectiva, na esteira do que expressamos, pode-se recorrer às lições de Nicola MATTEUCCI, para quem, ao princípio do constitucionalismo escrito se agregam outros dois caracteres, o da *legitimidade* e o da *função* das constituições. Assim: *La constitución escrita basa su legitimidad en dos elementos: ya sea en el contenido mismo de las normas, que se imponen por su racionalidad intrínseca y por su justicia; ya sea en su fuente formal, por emanar de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente y, a veces, de un referéndum... El segundo carácter se refiere a la función: se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole. En efecto, la constitución no sólo regula el funcionamiento de los organismos del Estado, sino que además consagra los derechos de los ciudadanos, puestos como límites al poder del Estado*. Ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta.

²⁵ Poder-se-ia, aqui, retomar a literatura própria do justnaturalismo contratualista - de Hobbes, Locke, Rousseau e tantos outros - para referendarmos tal assertiva, o que apenas referimos, por importante.

com aqueles que estão por vir, abrindo-se para os novos espaços institucionais, para além de funcionar como uma estratégia de estabilização de conquistas e de forjar instrumentos que dêem condições para a prática dos conteúdos nela expressos, permanecendo “aberta” como documento histórico-cultural.

Mais abrangente ainda, para P. Häberle, são *testi costituzionali in senso stretto e formale lê costituzioni scritte, in senso largo e materiale anche le opere classiche di um Aristote (in matéria di eguaglianza e giustizia), di um Montesquieu (in matéria di separazione dei poteri) o di um Hans Jonas in materia di tutela dell’ambiente, intesa come imperativo categorico kantiano esteso sia nel tempo sai nello spazio all’intero mondo...*²⁶

E, por isso mesmo, o papel do constitucionalismo, com as nuances advindas da (des)ordem contemporânea, nos parece ainda central para aqueles que não apenas nos ocupamos em estudá-lo, mas, e particularmente, para todos aqueles que nos preocupamos com a continuidade democrática assentada conteudisticamente não apenas em um conjunto de regras do jogo democrático, como quer Bobbio²⁷, mas também em seus conteúdos humanitários e transformadores, em particular quando nos colocamos frente a um projeto constituinte alicerçado na idéia de Estado Democrático de Direito, como antes apresentado, onde o *seu Direito* precisa suportar e viabilizar este projeto transformador²⁸.

Assentada que está, nesta rápida retomada, a importância do constitucionalismo e de seu instrumento formal, a Constituição, merece atenção para a nossa investigação a questão de definirmos o caráter eficaz das normas constitucionais, em especial daquelas que expressam conteúdos próprios aos direitos humanos das gerações mais recentes, tais como os de segunda – econômicos, sociais e culturais – e de terceira – meio ambiente, desenvolvimento, etc. –, na medida em que estes explícita e tradicionalmente são dependentes de ações estatais que vão além de sua explicitação legislativa.

Entretanto, não podemos deixar de referir que, também os ditos *direitos de liberdade* – primeira geração – implicam, a partir de sua necessária e intrínseca conexão com os ditos *direitos prestacionais*, em demandar uma concretização positiva das condições necessárias e suficientes para a sua ampla usufruição.

Poderíamos, assim, exemplificar esta posição a partir da tomada em consideração da *liberdade de expressão*. Ora, se no contexto atual, pretendemos que alguém possa se dizer apto a usufruir desta *liberdade*, necessariamente teremos que referir que, para tanto, é inderrogável o acesso ao conhecimento, à informação, à educação como aspectos instrumentais da liberdade. E, se tais *acessos* pressupõem uma *atitude facilitadora/implementadora, positiva/prestacional, positiva* de desobstrução e/ou de viabilização

²⁶ Ver, do autor, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze*. Texto em versão italiana por J. Luther, de conferência proferida nas cidades do México e Bologna, em abril de 2004. Mimeo. P. 2

²⁷ Ver, sobre o tema das regras do jogo democrático: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*.

²⁸ Como diz Marcelo Gallupo, o *direito desse tipo de Estado deve adotar um conceito de princípio capaz de suportar esse pluralismo de projetos de vida, que não pode ser um conceito que implique uma hierarquia entre os princípios, o que pode causar estranheza na Teoria Jurídica dominante no Brasil, ainda muito marcada tanto pelo paradigma do Liberalismo quanto pelo paradigma do Estado Social, ambos profundamente sistematizadores, mas certamente não no meio das demais Ciências Sociais*. Ver, op. cit., p. 21

da obtenção das condições mínimas que permitem a prática da liberdade, com uma nítida atitude promocional por parte da autoridade pública, veremos que para que as liberdades se exercitem não é suficiente o *não impedimento* de sua prática mas se faz presente a imperiosidade de sua *promoção* através da construção das condições infra-estruturais mencionadas.

Portanto, percebe-se que há um caráter positivo em todos os âmbitos dos direitos humanos, seja mediata, seja imediatamente, o que reforça ainda mais o caráter complexo de todos os seus conteúdos e implica em um reforço na perspectiva do caráter eficaz das normas que os expressam, como apontaremos adiante.

Como visto acima, particularmente importante nesta matéria é o trato que se dê à questão da eficácia das normas constitucionais, em especial àquelas que dizem respeito aos direitos humanos de segunda e terceira gerações ou de igualdade e de solidariedade, como classificamos anteriormente, muito embora, como visto, esta divisão, em especial no que tange às necessidades para a concretização de todos os conteúdos, percam totalmente o sentido da diferenciação, que passa a ser muito mais de caráter apenas didático, na medida em que percebemos que para todas vislumbra-se uma demanda por promoção/prestação/viabilização.

É de longa a discussão acerca da eficácia das normas positivadoras dos direitos humanos, ganhando contornos fundamentais com o surgimento do *constitucionalismo social*, a partir das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919). Até então as questões sugeridas para a teoria constitucional permitiam o seu trato através de instrumentos tradicionais na medida em que o impedimento de uma ação considerada legítima poderia ser resolvido através de uma intervenção paralisante da ação contrária à norma, sem que, nesta perspectiva, houvesse a necessidade, aparentemente, de propor-se alguma estratégia para tornar possível a prática do conteúdo proposto.

Com a diferenciação estabelecida entre as diversas normas que compõem a Carta Magna começou-se a ter problemas em relação ao tratamento dado às mesmas, optando-se, então, por classificá-las, diferenciando-as quanto à carga eficaz da qual são (seriam) dotadas²⁹.

Tal atitude, muitas vezes, aponta para uma fragilização eficaz destas normas de novo tipo, dizendo-as dependentes de uma ação legislativa e/ou administrativa posterior e inferior hierarquicamente, que lhes complete o sentido e permita, assim, a usufruição dos conteúdos nela expressos.

Como, de regra, a legislação infraconstitucional não era adotada ou a política pública ficava na dependência de injunções político-econômicas, via-se o cidadão frustrado em suas expectativas, servindo tal atitude não apenas para impedir/inviabilizar - bem como descomprometer, muitas vezes, a autoridade pública - o acesso aos conteúdos constitucionais mas, também, para fragilizar, na prática, o valor atribuído ao pacto

²⁹ Muitas são as classificações ou tipologias propostas, em particular quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Poder-se-ia, aqui, mencionar várias delas. Parece-nos suficiente, entretanto apontar aqui as sugestões de Jose Afonso da SILVA - *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* - de Maria Helena DINIZ - *A Norma Constitucional e seus Efeitos* - Luis Roberto BARROSO - *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas* - entre outros, por se tratarem de referências doutrinárias permanentemente presentes na cena jurídica, apesar, e sem aqui referir, as diferenças que se observa dentre as mesmas.

constituente do Estado frente à sua *incapacidade* de tornar fato as *promessas* contidas na Carta Política.

Mesmo que tratemos diversamente os vários conteúdos constitucionais, cremos que estes *novos direitos*³⁰ - os de segunda e terceira gerações - incorporam, para além de uma *eficácia paralisante de atitudes* com eles incompatíveis, verdadeira *pretensão a ser satisfeita* pela autoridade pública “inconstitucionalizando” a sua atitude omissiva, além de permitir que o destinatário/interessado demande a satisfação do conteúdo proposto/prometido em sede constitucional, sob pena de, não apenas estarmos diante de uma atitude contrária ao comando constitucional, contribuir-se para o *desgaste de legitimação* suportado pelo constitucionalismo contemporâneo e ofender de morte a base estruturante do Estado Democrático de Direito.

Para dar conta disso, uma das reações propostas pela teoria constitucional foi a de construir instrumentos procedimentais que permitissem ao cidadão o acesso aos conteúdos constitucionais através de estratégias diversas da legislativa, assim como, muitas vezes, até mesmo das práticas políticas tradicionais através do estabelecimento de políticas públicas implementadoras dos conteúdos expressos na Carta Política.

Muito embora tal apropriação doutrinária incorra em postura contraditória com o perfil do constitucionalismo contemporâneo, de caráter eminentemente social e devotado à tese da igualdade, dotou-se a ordem jurídica de mecanismos viabilizadores dos valores inseridos na Lei Maior, apropriando à jurisdição a tarefa “gloriosa” de responder satisfativamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos próprios a tais normas.

Nesta senda surgiram diversos instrumentos, dentre eles ressaltamos a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*³¹ e o *mandado de injunção*, por paradigmáticos, que, com perfis próprios, têm o objetivo comum de tornar praticável a Constituição em todo o seu espectro³².

Voltamos ao início para termos presente que, no respeitante aos direitos ditos *fundamentais de igualdade e de solidariedade* estamos diante de valores intrínsecos a uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários e que, portanto, a sua carga eficaz não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas,

³⁰ Lucia B. F. de ALVARENGA sugere que *os direitos sociais, que são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque apenas indicam ou impõem ao legislador que tome medidas para a realização dos bens protegidos. (...) Não se reconhece, portanto, aos direitos sociais, um conteúdo de direito subjetivo que permita aos titulares a exigência do respectivo cumprimento, por via judicial, como direito líquido e certo e legitimidade individual. Ver: Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza. Parece-nos que tal postura, de amplo espectro doutrinário, peca por atrelar-se sobremaneira a uma tradição individualista do direito com suporte, como visto, na idéia de direito subjetivo incompatível com o caráter próprio aos direitos sociais, como observado na classificação proposta.*

³¹ Muito embora este instrumento esteja fragilizado em razão do perfil que lhe foi dado pelo legislador constituinte, particularmente em razão da legitimidade *ad causam* restrita, não há que se removê-lo do elenco de possibilidades que justificam uma hermenêutica constitucional viabilizadora dos conteúdos sociais nela expressos.

³² Todavia, enquanto se buscava, seja pela releitura do caráter eficaz das ditas normas programáticas, seja pela disponibilização de novos procedimentos, parte da doutrina investia, agora, na desqualificação dos mesmos como aptos a serem utilizados com a finalidade para a qual foram criados, seja por entenderem não serem aplicáveis a tais situações, seja por exigirem determinadas características para a legitimação ativa, seja, ainda, por colocarem em contraposição - apesar de tudo ser Estado - a ação executiva, a legislativa e a jurisdicional, dando a entender que à jurisdição não se poderia atribuir a competência para atribuir materialmente ao cidadão o conteúdo da Constituição. Nesta tendência poderíamos, ainda, incluir a introdução no texto constitucional da nominada *ação de descumprimento de preceito fundamental*, a qual também se viu restringida a partir do veto presidencial relativamente à legitimidade popular para a sua propositura.

barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos³³, mais ainda quando sabemos que os mesmos se constituem em meios para a concretização das liberdades, da mesma forma que estas em relação àqueles, como referido ao início deste tópico.

Dessa forma, quando pensamos em *concretização* dos conteúdos dos direitos humanos, particularmente os das últimas gerações, mas não apenas destes como se tentou demonstrar acima, supomos que tal enfrentamento deva ser feito sob duas perspectivas distintas, sem que as mesmas sejam excludentes entre si.

Em um primeiro plano deve-se pensar em uma vertente de *concretização pelo Estado*, ou seja é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios.

Por evidente que a ação pública estatal deverá incluir não apenas o reconhecimento em sede legislativa, expresso ou implícito – através, e.g., de uma *cláusula constitucional aberta*³⁴ ou mesmo de valores decorrentes, não expressos, da principiologia adotada pelo texto constitucional ou, ainda, do conteúdo presente na legislação infraconstitucional - que, como visto, tem serventia fundamental, embora não suficiente, no âmbito das *liberdades*, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – ditas *igualdades e solidariedades* -, como uma produção legislativa ordinária de caráter implementante da norma superior.

Quando tratamos das *igualdades e solidariedades*, especialmente, a essa ação do legislador – pela regulamentação da previsão constitucional – é imprescindível que se agregue uma atuação promotora/implementante/concretizadora dos mesmos, a qual se funda em geral na *ação executiva* do Estado – quando estamos frente ao modelo de Estado Social em seu sentido amplo - colocando em prática conteúdos reconhecidos pelo direito positivo por meio de ações políticas (políticas públicas) conformes à determinação constitucional e aptas a estabelecer as condições necessárias e suficientes para que o conteúdo material da norma seja viabilizado e se torne usufruível pelo(s) destinatário(s).

Este caráter prestacional, como referido acima, se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de igualdade), bem como àqueles veiculados como direitos de solidariedade (meio ambiente, paz, desenvolvimento etc) através da ação política – políticas públicas – estatal, além dos atuais e novos “direitos tecnológicos” (internet, manipulação genética etc) que requerem novas estratégias de enfrentamento, tratamento e consolidação.

³³ Neste sentido, “(...)os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais, corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça!” Ver: SARLET, Ingo W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo W.(Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*.

³⁴ Adiante retomaremos este debate a partir da análise do texto da EC 45/04 relativamente à inclusão, no art. 5º da CF/88, de um § 3º, o qual afeta o tratamento até então dado à questão.

Do viés que nos interessa no momento, temos um problema de teoria jurídica constitucional que se inicia com a compreensão mesma do perfil das normas que introjetam tais conteúdos e que são apresentados, muitas vezes, apenas como embelezamentos estratégicos e legitimadores da ordem normativa estatal, sem reflexos no cotidiano prático do cidadão, impondo-se que reflitamos acerca do caráter efícial das normas jurídicas, sobretudo as de nível constitucional, e, particularmente das ditas *normas programáticas* – para ficarmos no âmbito da terminologia clássica – e de sua efetivação e concretização sustentadas na idéia de *ótima concretização da norma*, assentada em princípios tais como o da *unidade constitucional, concordância prática, exatidão funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição(máxima efetividade)*, como explicita Konrad Hesse³⁵.

Portanto, a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os de *igualdade e de solidariedade*, implicam na necessária compreensão da *ação jurídica* fundamentada em uma *prática comprometida e assente em uma teoria engajada*, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma *folha de papel*³⁶, mas se apresente como um instrumento político-jurídico de construção de uma sociedade justa e solidária e comprometida com a promoção da dignidade humana³⁷ – para recuperar os pressupostos inscritos na Carta Constitucional brasileira de 1988.

Neste contexto, é preciso, ainda, que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração (direitos de solidariedade), o que não a afasta da problemática ora enfrentada no âmbito das *igualdades*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades inaugurais* a partir de sua interconexão com o complexo conteudístico dos direitos humanos expressos através das interconexões que os mesmos projetam³⁸, o que nos conduz à interrogação, sobretudo, do papel e do conteúdo da jurisdição constitucional, o que, no caso brasileiro, repercute na ação de cada um dos membros da magistratura nacional em face do sistema de controle de constitucionalidade adotado, de caráter dual, envolvendo a sistemática do *judicial review* e instrumentos de verificação concentrada por meio do órgão de cúpula da função jurisdicional pátria (o Supremo Tribunal Federal).

Esta refere, ainda, a necessidade de que, para além da compreensão do tema, façamos uma *utilização dos instrumentos procedimentais* para fazer valer os seus conteúdos, apropriando-nos do que o próprio texto constitucional coloca à disposição do cidadão. Assim, em *situações individuais* temos o *habeas corpus*, o *habeas data* e o *mandado de segurança*; para *situações coletivas* temos o *mandado de segurança*

³⁵ Ver o seu *A Força Normativa da Constituição*. Para o trato da questão hermenêutica ver *Hermenêutica Jurídica (em)Crise*, de Lenio Luis Streck.

³⁶ Ver Ferdinand Lassale, *Que é uma Constituição*, passim.

³⁷ Com relação ao tema da dignidade humana ver: BENDA, Ernst. *La Salvaguarda de la Dignidad Humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)*. IN SEGADO, Francisco Fernández. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dykinson. 2003. Pp. 1447-1458

³⁸ Se pensarmos, nos limites deste trabalho, a função da jurisdição em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos, poderíamos refletir, aqui, acerca da necessidade de, com o alargamento e aprofundamento dos catálogos de direitos humanos, enfrentarmos o problema de *como tomar tais conteúdos usufruíveis pelos cidadãos*, bem como refletimos acerca do caráter de função pública estatal própria à jurisdição e, assim, ao seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito.

coletivo; para as situações que envolvem *interesses difusos* temos a *ação popular*, a *ação civil pública*, além de devermos considerar as possibilidades postas pelo *mandado de injunção* e *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, estes últimos já referidos alhures.

É preciso que saibamos que a Constituição como documento jurídico-político está imersa neste jogo de tensões e de poderes, mas é indispensável que tenhamos presente, os que militamos no direito constitucional e nos direitos humanos, também, que a Constituição não é programa de governo, ao contrário são os programas de governo que precisam se constitucionalizar³⁹.

De outra banda seria preciso pensar a questão da concretização dos direitos humanos a partir de uma *perspectiva social (concretização pela sociedade)*, para o quê apenas faremos menção, apesar de sua importância no interior do quadro de transformações percebidas no âmbito daquilo que tradicionalmente nominou-se *espaço público*.

Ou seja: de que estratégias deveriam lançar mão, além daquelas já apontadas na seara jurídica, os atores sociais para verem materializadas as *políticas humanitárias* erigidas ou não – uma vez que poderiam agir com o objetivo de verem satisfeitas pretensões novas, emergentes de novos contextos e conflitos – como direitos fundamentais – tidos estes como o conjunto dos direitos humanos expressos no interior de uma determinada ordem jurídica normativa positiva.

Por óbvio que as possibilidades de verem satisfeitas tais pretensões pode, nos dias de hoje, ser pensada a partir de uma *dupla via*.

Na primeira, através de *pretensões dirigidas à autoridade pública estatal*, buscando fazê-los valer desde alguma estratégia positivo/prestacional ou negativa – na dependência do conteúdo da pretensão – por parte do Estado, de suas funções, de suas agências ou agentes, vinculando-a, de regra, à ação executiva do Estado – como visto acima – ou via intervenção jurisdicional, na tentativa de ver reconhecido e implementadas garantias ou pretensões constantes do texto constitucional, mas que, por ação ou omissão da autoridade pública, foram afetadas ou não concretizadas.

Na segunda, poder-se-ia supor um *processo de autonomização social* – o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista – que conduzisse a uma apropriação coletiva das *incumbências* necessárias à efetivação de tais conteúdos. Aqui e dessa forma poder-se-ia incluir diversas experiências que vão desde uma *“flexibilização” participativa* da democracia representativa até a implementação mesma de *políticas públicas autônomas* que “rompem” ideologicamente com o caráter transferencial adrede ao modelo representativo⁴⁰, ou de outro modo, diante da perda do sentido territorial do Estado contemporâneo, reterritorializam estratégias.

A partir disso, das crises do Estado e das insuficiências de nossas práticas político-constitucionais, como ficam os direitos humanos. É o que pretendemos enfrentar na seqüência.

³⁹ Tal debate envolveria, ainda, um discurso competente acerca da *mutação constitucional* e do *controle de constitucionalidade*, os quais afetam indelevelmente o problema da concretização dos direitos humanos. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Constituição ou Barbárie. Perspectivas constitucionais*. IN SARLET, Ingo. *A Constituição Concretizada*. Da mesma forma, sobre, em particular, o tema da *jurisdição constitucional*, ver o trabalho recente de Lenio Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

⁴⁰ Ver: ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'Etat-Providence e La Nouvelle Question Sociale*.

3.1 Direitos Humanos, Constituição e Globalização.

A globalização econômica, ao lado das demais globalizações em curso, implica uma radical mudança no perfil do Estado contemporâneo⁴¹, particularmente em seu *caráter soberano*, o que inexoravelmente se reflete sobre a sua capacidade de auto-organização, em particular no que diz com suas possibilidades decisórias.

Daí derivam, para o tema em tela, conseqüências significativas na medida em que a fragilização das estruturas estatais e a perda de sua centralidade exclusivista e superior faz repensar a questão constitucional, posto que as constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados Nacionais dotados de um território - elemento objetivo - e de um povo - elemento subjetivo - sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade.

Ou seja, desde sempre as constituições estiveram superpostas ao Estado Nação, apresentando-o como Estado Nacional Constitucional.

Desaparecido, transformado ou minimizado o poder característico do Estado (Moderno) - a soberania - e em face desta íntima conexão, pode-se perguntar para onde se dirige o constitucionalismo, em especial quando o agigantamento do poder privado e de outros centros decisórios faz sombra à tradicional suprema potestade estatal⁴².

Assim, constrói-se um quadro onde *essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado Nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo, a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos.*⁴³ (grifos nossos)

Neste contexto dramático de concorrência de *poderes*, a articulação entre estes diversos espaços, muitas vezes aponta para a *flexibilização* - para usar um termo em voga - do constitucionalismo, em sentida fragilização das conquistas sociais.

Deve-se ter presente, ainda, que tais questionamentos devem vir acompanhados, por uma *leitura estratégica dos direitos humanos*, que conduza a uma percepção não apenas das transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos mesmos como também a necessidade que temos de dar-lhes *efetividade prática*. Tal perspectiva parte, na esteira de P. Häberle, de uma postura em que o Estado Constitucional é visto e tido com um “tipo aberto” para fora e no tempo⁴⁴.

Se, de um lado, o reconhecimento dos conteúdos das várias gerações de direitos humanos parece ser algo com o que as diversas correntes ideológicas sustentadoras dos mais diferentes governos podem conviver e, mais do que isso, buscar legitimação interna e internacional, de outro a tentativa de dar-se efetividade aos mesmos esbarra

⁴¹ Sobre o tema ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado Contemporâneo*, bem como *O Estado Revisitado* (no prelo).

⁴² Ver sobre o tema: GORDILLO, Jose Luis. *Crítica del “Estado homogéneo universal*. Revista Crítica Jurídica, n. 17. Pp. 115-126. Também: BOLZAN DE MORAIS. *Soberania, Direitos Humanos e Ingerência. Problemas Fundamentais da Ordem Contemporânea*..

⁴³ Ver, do autor: *Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão*. **Revista O Mundo da Saúde**.

⁴⁴ Ver, do autor, *Diritto costituzionale*..., p. 2

nos mais diferentes empecilhos, seja de *ordem prático-política*; seja de, novamente, *ordem teórico-jurídica*, que impõem uma postura contraditória em face de uma convivência de ordens jurídicas diversas, particularmente entre o direito interno e o direito internacional, ou pela supremacia de um discurso jurídico liberal que privilegia a figura do indivíduo como titular do direito desvinculada de suas relações sociais; seja, ainda, de *ordem econômica neoliberal*, melhor, neocapitalistas⁴⁵ - orientada por um projeto econômico globalizado, onde a orientação da política e do direito - refêns da economia neocapitalista - se dá sob a égide de um discurso calcado na idéia de eficácia, flexibilização, desregulação, etc.⁴⁶

Apesar disso, é preciso buscar mecanismos que nos permitam dar *maior efetividade* - no sentido dado por Jorge Miranda - possível aos conteúdos normativos reconhecedores dos direitos humanos em suas diversas expressões, além de restaurar a sua importância da temática, a necessidade de constante revitalização não apenas dos conteúdos próprios destas pretensões humanitárias mas, sobretudo, aos mecanismos que lhe dão efetividade e, é preciso que se busque, até mesmo pela experiência histórica, instrumentalizar os operadores jurídicos com os meios necessários para uma prática comprometida com a eficácia dos direitos humanos, como *prática político-jurídica* de enfrentamento das estratégias de globalização dominadas pelas ações do capitalismo financeiro.

Assim, de que adianta retomar o tema dos Direitos Humanos e sua implementação, a partir de uma estratégia constitucional e de hermenêutica de suas disposições, para consolidarmos e ampliarmos o seu catálogo, os mecanismos procedimentais e as instâncias de proteção dos mesmos se, diante do atual quadro de *crise das instituições públicas* - crise do espaço público, da democracia, sobretudo sob a forma representativa, do Estado enquanto tal e até mesmo de sua fórmula privilegiada de organização pactuada, ou seja, o constitucionalismo, etc... - as instâncias de regulação social - como é o caso do Direito - estão se enfraquecendo ou, pior, desaparecendo, como espaços públicos de apelo, em especial frente a estruturas e estratégias pára-estatais e mercadológicas?

Não basta, assim, que nos restrinjamos ao debate jurídico-positivo. Deve-se, por outro lado, observar *uma inevitável correspondência entre os direitos humanos e a democracia*, fazendo supor, como aponta Renato Janine Ribeiro, de que *somente é legítimo, na política, o regime democrático...*⁴⁷

⁴⁵ Cabe aqui uma nota acerca desta terminologia. Mesmo que consagrado o termo *neoliberalismo*, parece-nos adequado o revisamos, considerando que não como falar-se em liberalismo, se não que em *liberalismos*, da mesma forma que o liberalismo, enquanto doutrina, não se restringe a uma estratégia de natureza econômica, contemplando outros viéses, em especial o *moral* e o *político-jurídico*. Sob a perspectiva econômica a doutrina liberal se conecta com o *capitalismo* e suas características reflexas. Assim, com as transformações operadas no modelo capitalista, em particular com sua passagem à forma *financeira*, cremos ser mais compatível nominarmos o fenômeno econômico atual como *neocapitalista*, para deixarmos claro o seu perfil de arranjo econômico específico a esta nova fase do capitalismo, que deixa de estar voltado à produção e se conecta a formas de especulação financeira facilitada pelos instrumentos da tecnologia atual.

⁴⁶ Pode-se sugerir, assim, que neste quadro, mais do que as estratégias normativas com base constitucional é o próprio sentido do poder político democrático representativo que se dilui.

⁴⁷ Ver do autor: *Primazias da Democracia*. Para ele: *Este valor ético da democracia faz com que os direitos que a constituem tenham primazia sobre todos os outros direitos possíveis do homem. Aliás, nosso tempo mostra que tais direitos somente são assegurados quando há o núcleo duro dos direitos democráticos.*

4 AS TRANSFORMAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO E DO CONSTITUCIONALISMO⁴⁸

Sendo assim é de ser revisitado um tema tradicional para a teoria constitucional, mas que assume foros diferenciados quando refletimos acerca do (a) *papel da jurisdição constitucional* na definição e compreensão do conteúdo material das constituições, bem como de sua extensão, assumindo verdadeiro foro de (re) *construção hermenêutica cotidiana da norma constitucional legislada*, bem como do (b) *papel desempenhado pela função executiva do Estado* para o cotidiano da prática constitucional –, a *mutação constitucional*⁴⁹.

Neste quadro de idéias, discutir este tema, mais do que refletir sobre as estratégias legislativas permissivas de modificação, via *poder constituído derivado* seja por *reforma* ou *revisão*, impõe-se, previamente, uma tomada de posição relativamente ao papel político-constitucional assumido pelos *órgãos jurisdicionais incumbidos da tarefa suprema de dizer o que diz a Constituição*.

É possível, então, supor com José Acosta Sánchez⁵⁰ que ocorre ao longo do século XX, mais do que um processo – deliberado ou não – de flexibilização/fragilização da Constituição, uma significativa mutação no universo do constitucionalismo, no sentido de um aumento permanente e profundo do papel da jurisdição constitucional – dos Tribunais Constitucionais, particularmente na Europa, sob suas diversas formas – e de seu produto hermenêutico, a jurisprudência constitucional⁵¹, ganhando importância, para este autor, a idéia norteamericana de uma *constituição viva* que transformando-se no prolongamento material da Constituição formal vigente, o que não a exime das tensões peculiares às demais funções técnico-políticas do Estado.^{52 53}

De outra banda, convém, ainda, que tenhamos presente um outro tópico que interfere substantivamente no constitucionalismo contemporâneo. Ou seja, aquilo que propomos reconhecer como a *executivização da Constituição* ou sua *administrativização economicista*, quando a função executiva do Estado passa a desempenhar um papel de relevância para a (re)definição do conteúdo da Constituição, como já referimos alhures⁵⁴.

⁴⁸ Acerca do tema estamos desenvolvendo uma proposição mais abrangente, a qual engloba aspectos relativos à transformação do Estado Constitucional, do Constitucionalismo e das Constituições, tomando como referência as discussões realizadas em nosso curso anual junto ao Doutorado em Sistemas Jurídico-Políticos Comparados, na Universidade de Lecce – Itália, em janeiro de 2005, sob o título as “As transformações da Constituição e do constitucionalismo”.

⁴⁹ Para ambas relevante seria considerar a idéia de Constituição como *ciência da cultura*, tal como enfrentada por Konrad Hesse e Peter Häberle, na tradição alemã.

⁵⁰ Ver seu *Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*.

⁵¹ Como diz este autor, este fenômeno *consiste en la creciente presencia de un Derecho Constitucional jurisprudencial y el decreciente papel del Derecho Constitucional formal*. Ver nota anterior.⁵² Neste sentido, (...) *el derecho constitucional jurisprudencial está determinado por complejos contextos sociales, económicos y políticos, incluso transnacionales, y reclama un nuevo concepto de Constitución material, sin nada que ver con ningún otro anterior del mismo nombre*. Id. Ibid.

⁵³ Tal reforço da tarefa de dizer o direito impõe a construção de uma jurisdição sóbria e ao mesmo soberba na sua prática cotidiana, quando mais em países onde a tarefa de controle de constitucionalidade se pratica **concentrada e difusamente** por parte do órgão de cúpula da jurisdição, via **ação direta de (in)constitucionalidade por ação ou omissão** - o que por si só caracteriza um **déficit**, uma vez que a necessidade deste tipo de procedimento reflete uma inação do órgão a quem incumbia a tarefa de explicitar o conteúdo da Constituição - ou através de todos os seus membros pelo mecanismo do **incidente de inconstitucionalidade**. Não vamos, também, adentrar, por despendendo neste momento, em considerações relativamente à **ação declaratória de constitucionalidade**, sequer na nova **ação de descumprimento de preceito fundamental**, recentemente introduzida na experiência constitucional brasileira, nem ao menos nos **instrumentos processuais constitucionais** viabilizadores da efetivação da Carta Magna e de seus conteúdos fundamentais.

⁵⁴ Ver o nosso *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Ao que transparece de algumas experiências constitucionais contemporâneas periféricas o direito constitucional passou a ser *refém* de uma *lógica mercadológica da política*, transformando as constituições em prolongamentos subservientes aos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão a uma certa perenidade, provenientes do projeto liberal revolucionário vitorioso no final do século XVIII em seu núcleo político (ou político-jurídico) - sem que isto signifique um engessamento do real, ou uma vinculação estrita do ser ao dever-ser - bem como destruindo conquistas sociais consolidadas

5 A DESTERRITORIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS CONSTITUIÇÕES. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos, o que afeta profundamente a temática que objetivamos refletir na seqüência, uma vez que tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam um tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte, bem como com o significado do constitucionalismo nos dias atuais, como pretendemos, resumidamente, apontar acima.

Assim é que, a questão que se colocou, em particular, com a inclusão do § 2º no art. 5º da CFB/88 não fica resolvida com a incorporação do § 3º ao mesmo art. 5º através da mudança constitucional promovida pela EC 45/04, nominada Reforma do Judiciário.

Desde logo é preciso que se registre que tal mutação constitucional, como parece ser já tradição – ou estratégia – em nossa história constitucional vem, poderíamos dizer, “embutida” em um projeto maior. Ou seja, na esteira da Reforma do Judiciário incluiu-se uma novidade na Carta de Direitos Fundamentais que, a princípio, em nada se relaciona com o tema objeto da mudança textual da Constituição, a não ser que o relacionemos com outro aspecto da mesma EC 45/04, qual seja o da possibilidade de transferência de competência para julgamento de questões que envolvam direitos humanos para o âmbito da Justiça Federal, o que trataremos na seqüência⁵⁵.

5.1 A “Abertura” Constitucional

O tema das relações entre o direito interno, percebido como ordem jurídica própria e peculiar da forma estatal da modernidade – o Estado⁵⁶ - e o direito internacional sempre foi percebido como um conjunto de vínculos necessários que deveriam ser construídos a partir do reconhecimento da ordem jurídica como uma fórmula característica e ínsita ao ente estatal, o que, de regra, conduziu a supremacia, quando não, exclusividade do primeiro sobre o último. Assim, a ordem jurídica internacional para adquirir as mesmas potencialidades do direito – interno – deveria ser por este recepcionado através das mais variadas fórmulas construídas pelos Estados (Nacionais), por meio das quais o conteúdo do direito internacional passaria a “fazer parte” do ordenamento jurídico local (nacional), adquirindo, assim, a força regulatória apenas reconhecida a este último.

Entretanto, com o reconhecimento dos direitos humanos e, particularmente, com a emergência do *direito internacional dos direitos humanos* os laços entre o

⁵⁵ Este tema será objeto de análise na seqüência do presente trabalho, quando pretendemos avaliar a EC 45/04 a partir dos pressupostos aqui lançados.

⁵⁶ Sobre este tema ver: STRECK, Lenio Luis e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004

direito interno e o direito internacional passaram a ser revisitados, constituindo-se em tema recorrente na doutrina jurídica e tem pautado o cenário contemporâneo, sobretudo diante da repercussão dos projetos unionistas hoje experimentados, apesar das dificuldades sentidas em suas implementações⁵⁷.

Tal debate repercute fortemente no direito constitucional como cenário através do qual se constróem as relações entre o interno e o externo, o direito nacional e o direito internacional.

Neste sentido pode-se dizer que o “*droit international des droits de l’homme*” et *le droit constitutionnel partagent un idéal commun, celui des sociétés humanistes, soucieuses du respect de la dignité humaine* e, retomando a questão acima, deve-se precisar que esta aspiração comum suscita e interfere no trato das relações e da conjugação entre os dois modos de proteção dos direitos humanos – o interno e o internacional – demandando um tratamento diferenciado e peculiar, diverso daquele dado à questão quando envolvendo conteúdos diversos⁵⁸.

Deve-se ter presente que, para além da carta de direitos fundamentais expressa no interior dos diplomas constitucionais e do caráter eficaz que lhe é atribuído, as Constituições contemporâneas assumem uma *abertura expansionista* – como no caso brasileiro em seu art. 5º, dentre outros, o disposto em seu parágrafo segundo *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Esta norma inovadora constitui, como pretende a doutrina, *cláusula constitucional aberta* atribuindo natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

Este é um fator inafastável para o trato da temática relativa aos direitos humanos e, mais ainda, para a compreensão do papel desempenhado pelos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, em um processo que podemos chamar de *internacionalização do direito constitucional* que se complementa pela *internalização/constitucionalização do direito internacional público(dos direitos humanos)*⁵⁹ e que agora ganha traços novos com a inserção do § 3º ao art. 5º da CF/88 por ato reformador do legislador (constituente) constituído.

Nesta mesma linha poder-se-ia incluir, ainda, o temário relativo aos processos de regionalização dos espaços estatais ou, como preferimos, de montagem de estruturas supranacionais ao estilo comunitário, o que não será, por ora, tematizado.

Nesta perspectiva interessa anotar o debate proposto por P. Häberle acerca das *convergências e divergências* entre o nacional(local), o regional e o internacional

⁵⁷ Como refere P. Häberle, *Lo stato non è più il punto d’Archimede del pensiero costituzionalista, né sul piano nazionale, né su quello regionale o universale...* Ou, ainda: *Finora erano in primo piano gli stati sovrani, spesso quelli potenti. Oggi agiscono da “atori” anche altri soggetti...* Ver, *Diritto costituzionale...*, pp. 6 e 9.

⁵⁸ Ver: VERDUSSEN, Marc. L’application de la Convention Européenne des Droits de l’homme par les Tours Constitutionnelles. In: SEGADO, Francisco Fernández Segado. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dikynson. 2004. p. 1570

⁵⁹ Neste sentido temos inúmeros trabalhos de juristas, dentre os quais mencionamos: Antonio Augusto Cançado Trindade, Celso Antonio Bandeira de Mello e Flavia Piovesan. Portanto, a atividade do jurista, como dito acima, deve ser a de consignar **máxima efetividade às Normas Constitucionais**, ou seja, a uma norma constitucional tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o **máximo de capacidade de regulamentação**.

e sua repercussão sobre a fórmula do Estado Nacional Constitucional, chamando a atenção para o que nomina de *Estado Constitucional Cooperativo* decorrente da experiência regional, para a noção de *Constituição Parcial* presente no direito internacional humanitário. Ainda, o mesmo autor reflete a hipótese de um *direito comum* também no plano universal desde, exemplificativamente, a tutela do meio ambiente em razão do reconhecimento, e.g., da organizações não-governamentais⁶⁰

Assim, a temática dos direitos humanos, em razão mesmo de seu caráter de pretendida universalização, teve, historicamente um tratamento que se projetava por sobre as tradicionais fronteiras nacionais.

Todavia, até pouco, esta questão ficava subsumida à preponderância exclusivista das fórmulas nacionais de regulação social através do direito, tendo as ordens normativas nacionais como a única ou suprema referência regulatória dotada dos atributos específicos dos Estados Nacionais, ou seja, o supremo poder de vinculação – a soberania. Entretanto, tem ganho consistência o debate acerca dos novos espaços regulatórios e, com isso, de novos âmbitos de produção e veiculação de conteúdos jurídicos, em particular no que se refere aos direitos humanos.

Assim, o tratamento dos direitos humanos promove uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica, implicando, também, uma revisão conceitual nas relações entre o direito interno e o direito internacional, como já referido, bem como impondo uma reflexão renovada quanto aos mecanismos e estratégias na e para a aplicação de um *direito convencional dos direitos humanos* pelos órgãos internos dos países que compartilham as definições constantes em tais normas, sobretudo no que se refere às suas relações com o direito constitucional de base nacional⁶¹.

5.2 A “Aplicação” das Normas Humanitárias.

Com isso, coloca-se como problema central o da *aplicação do* direito internacional/convencional às questões locais/nacionais, forjando-se dois grandes modelos.

O primeiro, dito de *aplicação autônoma*, pauta a ação das Cortes Constitucionais européias e pressupõe que às normas humanitárias supranacionais seja dado um status próprio, inexistindo medidas internas para o seu reconhecimento e aplicação, o que não significa que o problema do reconhecimento eficaz destas normas seja desinteressante para o problema de sua aplicabilidade, como se verifica da experiência do Velho Continente.

Já, quando se fala de *aplicação auxiliar*, está-se frente às circunstâncias de as normas convencionais funcionarem como *modelo de interpretação* ou como *valor de referência* para a construção do sentido das normas locais, em particular para a atribuição

⁶⁰ Ver: *Diritto costituzionale*...pp. 3, 4 e 8

⁶¹ Alguns aspectos deste debate podem ser vistos em: AMIRANTE, Carlo. *Principles, Values, Rights, Duties, Social Needs and the Interpretation of the Constitution. The hegemony of multi-level governance and the crisis of constitutionalism in a globalised world*. In: NERGELIUS, Joakim et al. *Challenges of Multi-Level Constitutionalism*. 21st World Congress “Law and Politics in Search of Balance”. Sweden. 12-18 august. 2003. PP. 171-190; VERDUSSEN, Marc. *L’application de la convention Européenne des Droits de L’homme par les Cours Constitutionnelles*. In: SEGADO, Francisco Fernández. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dykinson. 2004. PP. 1555-1572

de sentido às normas constitucionais, aquela buscando conciliar e esta conjugar as normas locais às aquelas presentes nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Assim, nesta síntese apertada, pode-se perceber que, contemporaneamente, as normas locais e as normas supranacionais jogam um triplo papel, seja de convergência, de concorrência e/ou de complementariedade.

No caso europeu a questão da *convergência* entre as normas constitucionais locais e as normas humanitárias presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem se apresenta pela busca de uma interpretação a estas últimas, como política jurisprudencial, suportada nas decisões provenientes dos órgãos de Strasbourg, como refere Marc Verdussen⁶²

Já a *concorrência*, para este mesmo autor, bem compreendida, resulta do fato de que a convergência, acima referida, não é obrigatória, não estando o juiz constitucional submetido à jurisprudência europeia, até mesmo diante da inexistência de precedentes em sede comunitária⁶³.

Por fim, a *complementariedade* entre a proteção local (nacional, constitucional) e aquela internacional - europeia, no caso – *repose principalement sur la circonstance que, si la seconde a pour vocation de suppléer aux éventuelles carences de la première, il n'en demeure pas moins que celle-ci bénéficie d'une "efficacité immédiate supérieure"*⁶⁴. Dito de outro modo, tal significa, para o autor referido, que, enquanto as jurisdições constitucionais dos países europeus detêm o poder de *descartar do ordenamento local* a norma inconstitucional, enquanto a jurisdição supranacional – Corte Europeia de Direitos do Homem – apenas pode constatar a transgressão da Convenção por algum dos Estados da União Europeia⁶⁵.

Percebe-se, então, que as relações entre o direito local, o regional e o internacional, em face dos novos vínculos que se estabelecem e, particularmente, diante das circunstâncias peculiares da regulação humanitária, com pretensão cosmopolita, não podem mais ser tentadas resolver apenas com a velha máxima dualista da dicotomia interno/nacional-externo/internacional e a supremacia daquele sobre este.

Entretanto, como adverte P. Häberle, *allá denuncia dei pericoli della globalizzazione, di un'economia del terrore senza fine, le tre impalcature, cioè il diritto costituzionale nazionale, il diritto delle unioni regionali fra stati e il diritto internazionale dell'umanità devono avere delle strutture proprie, nonostante tutte le interazioni, le mutazioni e l'osmosi*⁶⁶.

⁶² Ver, op. cit., p. 1570

⁶³ Id. Ibid. p. 1571

⁶⁴ Ibidem, p. 1571

⁶⁵ Um exemplo interessante do debate acerca das repercussões do direito internacional humanitário no âmbito local pode-se buscar na recente decisão de um juiz de Milão-Itália envolvendo a acusação de terrorismo imposta a um grupo de pessoas envolvidas no recrutamento de cidadãos para a luta armada contra a invasão do Iraque. A decisão judicial sustenta: ... *lè due cellule di Milano e Cremona avevano come precipuo scopo il finanziamento e il sostegno di strutture di addestramento paramilitare nel Nord dell'Iraq. E Che organizzavano dall'Italia "sai l'arruolamento di volontari, tutti stranieri e di sicura matrice islámico-fondamentalista": il tutto "per aiutare i fratelli" mujaheddin fino al marzo 2003, cioè "incomitanza dell'attacco Usa all'Iraq*. Refere, ainda, a nota, publicada pelo Corriere della Sera, em 25 de Janeiro de 2005, p. 5, *L'articolo 18/2 della Convenzione Onu del 1999 sul terrorismo*, *aggiunge però il giudice, riconosce e legittima anche "gruppi armati e movimenti diversi dalle forze istituzionali dello Stato, nella misura in cui si attengano al diritto internazionale umanitario. Per cui "lè attività violente o di guerriglia poste in essere in contesti bellici non possono essere perseguite" a meno Che non degenerino in azioni di "terrore indiscriminato verso la popolazione civile...*

⁶⁶ Ver, *Diritto costituzionale*, p. 10

Resta, portanto, como elemento irrenunciável diante da identidade cultural que representa e o diferencia seja dos regionalismos, seja de uma sociedade mundial, repercutindo a circunstância que diversidade e pluralidade são elementos constitutivos da sociedade, devendo-se reconhecer, ainda, a concorrência que se perpetua entre o local, o regional e o universal(mundial) como “melhor” estratégia para a preservação e promoção dos direitos humanos, buscando-se, assim, um “equilíbrio” – sempre fluido – entre eles, sendo, tudo isso antes dito, imprescindível para que possamos compreender o “novo” da EC 45/04, como veremos a seguir.

PARTE II – ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO PARA AS NOVIDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

1 O “NOVO” DA EC 45/04 QUANTO À QUESTÃO HUMANITÁRIA

Diante de tais circunstâncias a compreensão das “novidades” postas pela mutação constitucional textual trazida pela chamada Reforma do Judiciário, por parcial que ainda se apresente, precisa ser entendida em seu aspecto contextual, seja relativamente à garantia incluída no catálogo do original art. 5º da Carta Magna de 1988, seja pela inclusão dos novos parágrafos nesta mesma norma constitucional, seja, ainda, pela possibilidade aberta pela “federalização” da afetação dos direitos humanos etc, além de alguns aspectos correlatos presentes, em particular, nos alterados arts. 107, §§ 2º e 3º; 115, §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º, 126 e 134, §2º.

Postas tais premissas, passamos à análise pontual das alterações trazidas pela EC 45/04 ao tema dos direitos humanos e do acesso à justiça.

1.1 Nova Garantia Fundamental. A Razoável Duração dos Procedimentos.

Art. 5º ...

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça, como demonstrado ao início da Parte I destas reflexões, impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando estratégias relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o Direito - a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou - seja a nível interno, seja internacional e supranacional - na necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Todavia, um parêntese deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica no reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado - em particular de sua função jurisdicional -, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito.

Neste quadro ampliado de transformações, readequações e repercussões, o sistema jurídico passa a privilegiar novas-antigas práticas de solução de controvérsias.

O *consenso* emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação quotidiana dos operadores do Direito.

Em diversos países são promulgadas e publicadas leis que dispõem sobre mecanismos alternativos de solução de conflitos, em particular a *arbitragem* que, sendo um mecanismo compromissório de solução de conflitos relativos a direitos disponíveis, está toda ela centrada na pretensão da busca do consenso, que está presente não apenas na convenção que optou pelo método, pelas regras aplicáveis, na indicação do(s) árbitro(s), no procedimento, nos objetivos do próprio procedimento, assim como o juiz quando chamado a intervir para a instauração do procedimento arbitral diante da resistência de uma das partes, terá por função buscar a conciliação acerca do litígio no momento da audiência que for designada para a lavratura do compromisso arbitral.⁶⁷

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo - afinal, estamos falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal - em particular no que se refere à construção dos nominados blocos supranacionais de países que, embora pretendam projetar-se como mega convenções/ajustes de caráter particularmente econômico, interferem fundamente no cotidiano da cidadania e, por isso, impõe-se, talvez mais do que nunca, o reforço, em escala comunitária, de garantias do Estado de Direito, em particular no que diz respeito à solução de controvérsias, os quais - é preciso que se diga para aqueles que ainda não perceberam - mesmo que tratem de interesses qualificados como disponíveis, envolvem indivíduos ou grupos de indivíduos que nem sempre ou quase nunca colocam frente-a-frente personagens que detêm parcelas iguais ou semelhantes de poder social - veja-se em especial no caso das relações de consumo -, sobretudo nos dias que correm, onde parece que caminhamos "cegos" - ou embevecidos - para uma facilitação dos negócios globalizados.⁶⁸

⁶⁷ Ver o conjunto de legislações incluídas ao final deste livro.

⁶⁸ Não se pode perder de vista, apesar de não ter sido objeto de nossa apreciação neste momento, a necessidade inafastável de levarmos em consideração alguns autores clássicos, particularmente aqueles que trabalharam com teorias explicativas da origem do Estado, tais como Thomas Hobbes e John Locke, os quais muito influíram para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal e a jurisdição como instrumento para a resolução pacífica dos conflitos, para o primeiro e o segundo, respectivamente.

Para resumir, podemos dizer que nosso ponto de vista parte da constatação de que o estudo deste tema precisa levar em consideração alguns aspectos de um debate *macro* que questione a reformulação mesma porque passa, ou pretenda-se que passe, o Estado Contemporâneo, envolvido que está em construir, talvez, uma nova identidade. Sem termos consciência destas interrelações parece-nos impossível que tenhamos capacidade de lidarmos competentemente com as propostas com que nos defrontamos.

A complexidade - para utilizar descontextualizadamente um termo da *teoría dos sistemas* - da sociedade contemporânea que, por um lado nos impõe repensá-la, por outro, não pode pretender ver satisfeitas suas deficiências pelas reminiscências de um passado anterior mesmo à construção daquilo que pretendemos conhecer como Estado Moderno, devendo-se perceber que *o problema da solução de conflitos* no Estado Contemporâneo deve ser inserida neste macrocontexto de crise do Estado e, particularmente de uma de suas formas de apresentação - o Estado do Bem-Estar Social e, para compreendê-la seria necessário recuperar alguns de seus paradigmas mais remotos⁶⁹, bem como termos presente uns tantos outros que nos são apontados, em particular aquele proposto pela teoria garantista⁷⁰, o que não será afetado neste momento.

A inclusão do inciso LXXVIII no conjunto do catálogo registrado no art. 5º da CF/88, repercute não apenas uma tendência mundial de reconhecimento desta “nova” garantia à cidadania, como também vem ao encontro do debate ao início retomado acerca do tema do “acesso à justiça”, muito embora não se vincule estritamente àquilo que diz respeito à “reforma” das instituições jurídicas.

De qualquer sorte o conteúdo desta “nova” garantia, desde logo, não pode ficar relegado ao tratamento tradicionalmente dado àquelas normas constitucionais que reconhecem direitos e, por isso, ficam com seu caráter eficaz dependente de ações legislativas posteriores, as quais, de regra, não se apresentam ou tardam.

Ao contrário, como demonstrado na primeira parte deste trabalho, esta garantia dever ser percebida e executada desde logo e concretizada independentemente de qualquer atitude que lhe preencha e especifique o conteúdo. Como “garantia cidadã” é direta e imediatamente exercitável pela cidadania, como conteúdo fundante do Estado Democrático de Direito, devendo as autoridades públicas, administrativas e judiciais, porem-na em prática por todos os meios disponíveis.

Por óbvio que o sentido a ser dado à expressão “*razoável* duração” do processo deve ser preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável.

Ou seja, a busca da celeridade processual, aqui inclusa, deve ser composta com a pretensão a um tratamento adequado, o que incorpora também o direito do cidadão a uma resposta qualificada.

⁶⁹ Neste sentido estamos desenvolvendo projeto de pesquisa junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, no qual visamos recuperar estes paradigmas iniciais da estrutura estatal moderna.

⁷⁰ Para esta discussão pode-se, provisoriamente, indicar: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta. 1995; *O Direito como Sistema de Garantias*, in OLIVEIRA JR., Jose Alcebiades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999 e PEÑA, Antonio. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta. 1997.

A duração do processo e a celeridade em sua tramitação, desde logo garantia usufruível pelo cidadão, compõem com uma garantia não escrita, porém presente, a uma resposta qualificada para o trato do tema em questão.

Neste sentido, é mister que se tenha presente, já, o contido nos novos textos trazidos pela EC 45/04 aos artigos 107, §§ 2º e 3º; 115, §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º, 126 e 134, §2º, como se lê:

Art. 107...

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Art. 115...

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Art. 125...

§ 6º O Tribunal de Justiça poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Art. 126. Para dirimir **conflitos fundiários**, o Tribunal de Justiça proporá a criação de **varas especializadas**, com competência exclusiva para questões agrárias.

Art. 134...

§ 2º Às **Defensorias Públicas Estaduais** são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Como se lê, tais textos normativos já repercutem a garantia presente neste novo inciso do art. 5º da CF/88, por meio de estratégias de descentralização/ aproximação das estruturas jurisdicionais – justiça itinerante e Câmaras regionais -, especialização de funções – varas especializadas – e valorização das Defensorias Públicas para a representação dos interesses dos chamados hipossuficientes econômicos⁷¹.

⁷¹ Também as Procuradorias Gerais dos Estados pretendiam idênticas garantias, porém, embora carreira jurídica de Estado e função essencial à justiça, como advocacia de Estado, na defesa do interesse público e da sociedade, tal não foi assegurado, deixando-as como uma carreira jurídica pública diferenciada negativamente em relação às demais, sem o reconhecimento do seu papel de representação social que lhe é intrínseco.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Por óbvio que apenas *desvios geográficos* da função jurisdicional não são suficientes para suprir as insuficiências e deficiências da prestação jurisdicional mas, como já apontado na primeira parte deste trabalho e reconhecido na experiência mundial, uma tal atitude pode contribuir para uma aproximação simbólica – desfazendo ou reduzindo ritos, (pré)juízos, disfunções etc – do Estado-jurisdicção e do cidadão, além, é claro e não desprezível em um País desigual como o Brasil, de permitir uma redução de custos para o usuário do sistema jurisdicional.

Portanto, compatibilizando estes novos textos com os temas do acesso à justiça, do modelo de Estado Constitucional brasileiro – como Estado Democrático de Direito – e do caráter e extensão eficaz das normas constitucionais, entendemos que esta nova garantia constitucional vem para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana, a qual, como pressuposto compreensivo do “constitucionalismo social e democrático de direito” repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa, seja jurisdicional.

Para finalizar, é necessário frisar que tal garantia repercute, como expresso no texto, tanto na seara jurisdicional como na administrativa, o que nos leva a concluir que, também os procedimentos administrativos deverão ser acessíveis, céleres e respondidos qualitativamente em tempo compatível com as características da questão, não sendo possível escudar-se o servidor público – da administração ou da jurisdição – em justificativas formais – e.g. excesso de serviço, acúmulo, falhas estruturais etc – para inviabilizar o gozo da garantia pelo cidadão, devendo-se, ainda, dar sentido compatível com tal garantia às regras já presentes na legislação processual, tais como deveres das partes, atos atentatórios à jurisdição, litigância de má-fé, poderes, deveres e responsabilidades do juiz – em particular, velar pela rápida solução do litígio) -, prazos processuais, entre outros.

1.2 Direito Constitucional vs. Direito Internacional dos Direitos Humanos

Art. 5º ...

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

A questão trazida pelo novo parágrafo ao art. 5º da CF/88 pretende, ao que parece, responder ao debate que se propagou no País relativamente ao sentido a ser atribuído ao texto do parágrafo segundo deste mesmo artigo constitucional, em particular no que diz com as relações que se estabelecem entre o direito nacional e o direito internacional, entre uma visão dualista e uma visão monista, entre uma postura de enclausuramento, privilegiadora do direito local, e uma postura de abertura, privilegiadora de uma ampliação protetiva dos direitos humanos.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Com isso, tal tema ganha foros privilegiado, uma vez que repõe em discussão muitos dos postulados inerentes à modernidade estatal, em particular os temas da soberania, na perspectiva da produção jurídica, das relações entre as funções do Estado e do caráter do constitucionalismo contemporâneo, todas analisadas na primeira parte deste trabalho, o que serve de orientação para a análise do sentido da norma ora em comento.

Ora, sem sombra de dúvidas que a questão posta doutrinariamente vem sendo objeto de manifestações jurisprudenciais várias e distintas, muito embora ainda, pode-se dizer, prevaleça a interpretação tradicional posta pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da diferenciação entre direito interno e direito internacional, o que leva à necessidade de haver um reconhecimento local para que o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) passem a vigorar e constranger as condutas e ações no Brasil, não diferenciando os tratados de conteúdo humanitário dos demais tratados internacionais⁷².

Por outro lado, boa parte da doutrina, sobretudo dos autores comprometidos com a proteção e promoção dos direitos humanos, orientados pela construção de um ramo próprio do direito internacional – o direito internacional dos direitos humanos (DIDH) – tem lançado mão de uma leitura constitucional do catálogo do art. 5º, a qual, aliada de uma doutrina constitucional contemporânea, tem buscado atribuir um tratamento privilegiado ao mesmo, tendo presente a “abertura constitucional” presente no parágrafo segundo desta norma constitucional. Ou seja: para esta parte da doutrina e dos operadores jurídicos os tratados internacionais de direitos humanos, como demonstrado ao início, tem posição privilegiada, sendo recepcionados pela regra constitucional independentemente de uma qualquer atividade posterior por parte do legislador nacional.

Agora, o que vemos com a introdução do novo parágrafo (3º) ao art. 5º é a retomada do debate sob novas bases, o que, bem entendido, ao mesmo tempo em que parece um avanço – na medida em que admite a incorporação dos TIDH com status constitucional se aprovados em procedimento legislativo idêntico àquele previsto para as emendas à constituição, ou seja um mecanismo diferenciado que veicula requisitos, em particular de quorum para aprovação (três quintos dos membros) e votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, bastante rígidos – apresenta-se como um limitador às possibilidades e conquistas presentes no direito internacional dos direitos humanos.

Todavia para uma compreensão mais ampla do presente texto legislado é necessário que se revejam alguns postulados, considerando-se as relações entre os parágrafos segundo e terceiro deste art. 5º, sendo imprescindível promover-se uma compatibilização entre ambos, considerando-se, ainda, a tendência contemporânea de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional, dos novos espaços normativos e da multiplicidade de níveis de proteção, bem como das relações entre as diversas funções do Estado.

⁷² Tal postura pode ser observada, e.g., na ementa do HC 77.942-1 – RJ – 2ª T – Rel. Min. Maurício Corrêa, publicada no DJU 11.12.1998, quando da análise da possibilidade de prisão civil de depositário infiel em alienação fiduciária, promovendo uma interpretação restritiva do Pacto de São José da Costa Rica.

Ou seja, como compatibilizar a abertura constitucional presente no § 2º com as exigências procedimentais incorporadas com este novo § 3º?

Não há dúvida, e o texto é bastante explícito, que o legislador constituído reformador pretendeu, com esta novidade, desenhar um procedimento próprio e específico para a incorporação dos TIDH ao direito local, concebendo-a nos mesmo moldes das emendas à constituição. Assim, promovida a adesão do País a um TIDH, por via de sua função executiva – a quem incumbe promover a política externa e representar o País no âmbito internacional -, este deverá ser objeto de um projeto legislativo, na esfera do Parlamento Nacional, o qual deverá ser apreciado em cada Casa do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – sendo necessário, em duplo turno de votação, a aprovação de, no mínimo, três quintos dos membros dos membros respectivos para que, assim, o seu conteúdo seja recepcionado em nível equivalente ao das emendas à constituição.

Ora, com isso, estar-se-ia atribuindo e apondo o que poderíamos chamar de um *selo de constitucionalidade* para aqueles TIDH que, tendo passado pelo procedimento legislativo próprio, obtivessem aprovação legislativa, restando a questão aberta quanto àqueles que, não sendo apresentados ao legislativo ou, em sendo, não obtivessem, por algum motivo, a aceitação mínima. Estaríamos frente a uma situação no mínimo constrangedora, posto que, tendo sido construídos politicamente pela função executiva, estes TIDH não seriam reconhecidos internamente, mesmo diante da abertura constitucional e do tratamento dado ao tema pelo poder constituinte em 1988.

Assim, com a iniciativa de albergar em sede constitucional os TIDH, presente no parágrafo analisado, pode-se constituir, na realidade, um retrocesso em relação ao tratamento da matéria, muito embora esta tenha, ao que parece se pautado pela posição histórica e tradicional sustentada pelo STF, como apontado acima.

Para nós, portanto, a incorporação desta regra constitucional apresenta-se desnecessária e, até mesmo, retrógrada, embora possa ser entendida como uma fórmula de compromisso para tentar resolver o problema da incorporação/internalização diferenciada dos TIDH em relação aos demais tratados internacionais, pois aqueles, desde que aprovados pelo procedimento previsto, teriam status constitucional, enquanto os últimos, sendo internalizados pelo procedimento normal – previsto no art. 52, X da CF/88 – comporiam o direito infraconstitucional.

Porém, como consequência podemos promover com isso a ocorrência de uma dualidade de situações relativamente aos TIDH: aqueles que passariam a fazer parte da ordem interna com status constitucional e os demais que, mesmo diante da previsão do § 2º, não passariam a compor a ordem jurídica nacional posto que não recepcionados em conformidade com o procedimento agora previsto, fragilizando, com isso, a política de alargamento na proteção e promoção dos direitos humanos. Com isso poder-se-ia construir uma nova classificação para os TIDH: 1)Aqueles que foram incorporados à ordem interna com base nos procedimentos agora previstos seriam tidos como material e formalmente constitucionais e 2)Aqueles, outros, não internalizados conforme tal procedimento, embora pudessem ser tidos por incorporados com base na “abertura” presente no § 2º, seriam “apenas” materialmente constitucionais em razão da matéria humanitária que veiculam.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Por outro lado, resta a questão do tratamento concebido aos tratados internacionais como parte da política executiva do Estado. Ou seja, tradicionalmente os tratados internacionais podem ser objeto de *denúncia* por parte dos seus signatários. Todavia, aqui também, a questão dos direitos humanos traz conseqüências distintas uma vez que, tendo sede constitucional, escapam a essa possibilidade, bem como ficam “protegidos” pelo princípio implícito ao Estado Democrático de Direito do *não retrocesso*.

Portanto, para finalizar e remetendo aos termos postos na parte primeira desta análise, a questão dos TIDH passa, com a introdução deste novo parágrafo ao art. 5º da CF/88, a ter um regime próprio e específico de internalização, bem como adquire um status diferenciado em relação aos demais conteúdos de direito internacional, deixando, entretanto, em aberto a questão da abertura e das relações da Constituição com o DIDH.

Por fim, cabe ainda lembrar o que foi dito acerca da questão das relações entre o direito interno – as normas locais – e o direito internacional, assim como o/um direito supranacional, nos seus aspectos de *convergência, concorrência e complementariedade*, como atitude hermenêutica e política jurisprudencial diante da opção entre uma *aplicação autônoma* e uma *aplicação auxiliar*, tendo-se presente a circunstância de que no caso particular dos direitos humanos eles repercutem um conjunto de preocupações universais compartilhadas culturalmente, o que não admite, por óbvio, um tratamento ao estilo clássico dos vínculos entre direito local e direito internacional, principalmente se se pretende, como se imagina, uma constante construção e reconstrução dos vínculos em direção à transformação social contida na fórmula do Estado Democrático de Direito.

1.3 O Reconhecimento da Jurisdição Internacional

Art. 5º ...

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Este novo parágrafo vem ao encontro do debate humanitário, embora, de alguma forma sendo repercussão – a adesão do País à criação do órgão jurisdicional – da política externa, das relações internacionais e do direito internacional, tal reconhecimento, parece-nos, já vinha contido na cláusula constitucional aberta presente no parágrafo segundo do mesmo artigo quinto.

Entretanto, tal explicitação reforça e, mais, consolida a luta dos movimentos sociais nesta área quando veicula o respeito do Brasil pelas decisões de tais órgãos, expressando um conceito contemporâneo de soberania estatal como “cooperação” – como demonstrado antes – internacional à proteção e combate às práticas atentatórias aos direitos humanos, rompendo, ainda, com uma possível e, às vezes presente, falta de sincronia na ação estatal que, por um lado, se comprometia com tais órgãos e, posteriormente, por outro, afastava-se do cumprimento e da “ingerência” das decisões proferidas pelos mesmos.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

De qualquer forma, o sentido expresso na norma em comento não deixa dúvida quanto a aplicabilidade/executoriedade das decisões do Tribunal Penal Internacional a que o Brasil tenha aderido, podendo o interessado promover desde logo a sua execução, sem que as mesmas dependam de uma prévia homologação interna. Assim, a autoridade pública deverá dar cumprimento às decisões de tal Corte desde o seu conhecimento, em nada constringindo, tal dispositivo, o princípio do juiz natural, como entendem alguns analistas do texto – ver *Jornal Síntese*, n. 95, janeiro de 2005, p. 6 -, uma vez que este é aquele definido pela própria regra constitucional de natureza processual.

1.4 A Federalização dos Procedimentos

Art. 109...

V – A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

...

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Estes novos conteúdos põem em discussão a questão da competência para o trato da matéria relativa à execução dos conteúdos de direitos humanos presentes em tratados internacionais da matéria, devendo ser compreendido na conjugação do inciso V-A e do § 5º incorporados ao art. 109 da CF/88, o qual trata da competência atribuída aos juízes federais.

O problema posto pela “federalização” da competência não apresenta, em si, um dilema de maior gravidade, pois a tão só passagem de competência de uma justiça para outra, no interior da forma federada de Estado por nós adotada, não carrega afetação. De outro lado, é preciso ter presente que é a União que, detendo personalidade jurídica de direito internacional, pode, e o faz, assumir compromissos e se responsabilizar por seu cumprimento, como no caso dos direitos humanos, monitorando e fiscalizando, sendo, ainda, a única entidade que deverá prestar contas pelas obrigações assumidas. Assim, é a União que tem o fundamental interesse em ver concretizados tais compromissos presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, até mesmo em face das repercussões que a sua inexecução ou violação podem gerar à imagem e, inclusive, aos interesses e vínculos externos do País⁷³.

⁷³ Como refere Flavia Piovesan: A justificativa é simples: considerando que estas hipóteses estão tuteladas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua violação. Vale dizer, é sob a pessoa da União que recairá a responsabilidade internacional decorrente da violação de dispositivos internacionais que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder. Adicione-se que o Brasil, a partir da democratização, passou a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Recentemente, mediante decreto legislativo de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem jurisdição internacional para julgar violações de direitos humanos, decorrentes de

Para além das questões relativas à transferência de competência para o processamento e julgamento de tais demandas da justiça dos estados para a justiça federal, há alguns aspectos que precisam ser discutidos.

Em primeiro lugar deve-se referir que esta “federalização” de competência para o trato da matéria é subsidiária ou excepcional, ou seja, ocorrerá apenas, e tão só, quando:

- houver “grave violação de direitos humanos”;
- visar dar cumprimento a obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos;
- o Procurador-Geral da República apresentar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência.

Assim, nas demais situações a competência da justiça dos Estados permanece intacta, assim como no caso de o Procurador-Geral da República não utilizar a faculdade reconhecida pelo texto constitucional, o que negativamente dá a este agente público, que é nomeado pelo Presidente da República dentre os membros da carreira do Ministério Público federal, a possibilidade de agir discricionariamente diante dos casos que lhe sejam apresentados.

De outro lado, a norma analisada traz, ainda, dois outros aspectos controversos. O primeiro deles diz com o caráter de avocação presente no texto, quando transfere o trato da matéria a partir da propositura de um incidente perante o Superior Tribunal de Justiça. Ainda, tal passagem de competência poderia afetar garantias processuais tradicionais, em particular o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Tal, todavia, parece-nos não ocorrer, pois, como já sustentava textualmente Flavia Piovesan em momento anterior à aprovação desta mudança constitucional, tal proposta está em absoluta consonância com a sistemática processual vigente (vide o instituto do “desaforamento”), como também com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos (que admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omissivo no dever de proteger os direitos humanos). Ademais, se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art.34, VII, “b”), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não há porque obstar a possibilidade de deslocamento. Enfatize-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça seria o órgão competente para julgar o “incidente de deslocamento de competência”, justamente porque é ele o órgão jurisdicional competente para dirimir conflitos entre entes da federação⁷⁴.

afronta à normatividade internacional. Também em 1998 o Brasil aderiu ao Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, competente para julgar crimes contra a humanidade, genocídio, crimes contra a paz e crimes de agressão. Em um momento em que se vive a “humanização do Direito Internacional” e “internacionalização dos direitos humanos”, com a consolidação de garantias internacionais de proteção, amplia-se enormemente a responsabilidade internacional do Estado (no caso brasileiro, da União). A título de exemplo, cabe mencionar que atualmente estão pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos mais de quarenta casos internacionais contra o Brasil, que poderão (se houver fatos novos) ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana. Uma vez mais, é a União que será convidada a responder internacionalmente pela violação. Ver: *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: A exigência da Federalização*, p. 3

⁷⁴ Id. Ibid. p. 4

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Já o segundo aspecto, e de mais difícil trato, diz com a indeterminação presente na expressão *grave violação dos direitos humanos*, o que torna o conteúdo da norma vago e impreciso, o que pode contribuir para casuísmos descabidos em tema tão importante.

Para o preenchimento de sentido da norma, no particular, tem-se tentado explicitar as situações nas quais se configuraria tal violação, dentre eles: a tortura, atos de grupos de extermínio, crimes contra etnias ou grupos sociais, crimes praticados por discriminação de qualquer tipo, trabalho escravo ou de crianças, como referido no Boletim dos Procuradores da República – n. 14, junho/99.

Entretanto, uma última questão se apresenta. Dizendo a norma que esta “federalização” ocorrerá para *assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos* tal comando deverá ser relacionado com o tratamento constitucional de tais instrumentos. Ora, desde a origem da CF/88 e ainda hoje, como se vê neste texto, a questão da incorporação e internalização destes tratados é debatida, merecendo, inclusive, tratamento nesta EC 45/04.

Na medida em que os conteúdos de direitos humanos presentes nestes tratados são incorporados à ordem constitucional pátria, independentemente da forma como isto ocorre, elas passam a compor o elenco de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente e, assim, se autonomizam em face do instrumento jurídico originário. Assim sendo, tais conteúdos não ficam passíveis de serem objeto de tal deslocamento de competência, o que esvazia o conteúdo desta norma, na medida em que, de regra, os conteúdos de direitos humanos se transferem dos tratados para a ordem jurídica interna, em nível constitucional como visto.

Ou seja, a extensão possível da previsão normativa é bastante limitada, ficando dirigida apenas àquelas situações em que não houve a passagem do direito internacional dos direitos humanos para o direito nacional. Nas demais situações a possibilidade de deslocamento de competência não se apresenta.

Tal dúvida hermenêutica, ao que se observa do debate presente no seio dos movimentos e programas de direitos humanos vai de encontro à busca de uma maior efetividade destes conteúdos, porém parece-nos que emerge do resultado final do texto aprovado, devendo, ainda, ser considerado que não nos parece uma garantia efetiva de respeito aos direitos humanos o fato de a sua afetação ser objeto de tratamento no âmbito da jurisdição federal, apesar dos exemplos de fragilidade muitas vezes sentidos, como no caso “célebre” do julgamento de Eldorado dos Carajás, no Pará.

Ainda, é de ser anotado que esta “federalização” não reduz o impacto do reconhecimento do poder normativo dos TIDH como instrumentos de composição do sentido da ordem jurídica inter, como referido no item 1.2 desta parte segunda.

1.5 Reforma e Acesso à Justiça. O Art. 7º da EC 45/04

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

O art. 7º acima transcrito vem, na esteira da garantia inclusa no art. 5º pela mesma EC 45/04, pautar a atuação do Congresso Nacional, o qual ficou constrangido a, por meio de comissão especial, promover modificações estruturais no modelo jurisdicional brasileiro com vistas a constituir mecanismos aptos a viabilizar o maior e melhor acesso à justiça, veiculando estratégias para que o tratamento de conflitos repercuta uma ampliação da cidadania, seja pela desobstrução no acesso ao conhecimento do direito e aos mecanismos de prestação jurisdicional, nas suas mais variadas formas e fórmulas – conflitual e consensual – bem como na oferta de respostas em quantidade e qualidade compatíveis com o direito do cidadão à solução pacífica dos conflitos.

Assim, esta comissão especial mista deverá, no prazo estabelecido pela regra – 180 dias – apresentar sugestões legislativas, pautadas pelo conteúdo e sentido das mudanças promovidas e novidades trazidas pela EC 45/04, promovendo, assim, uma primeira atribuição de sentido aos seus pressupostos.

Tais propostas deverão, irremediavelmente, vir marcadas pelo caráter presente no texto constitucional da Reforma do Judiciário, em particular no que diz com a ampliação, facilitação e qualificação no/do acesso à justiça, tendo que o mesmo não se desvincula de um amplo e precedente acesso ao direito e um reconhecimento de uma maior cidadania jurídica e jurisdicional, considerando, em particular e especialmente, todo o debate respeitante às crises da administração da justiça pretendido resumir na parte inaugural deste trabalho.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A RELAÇÃO ADMINISTRATIVA FUNCIONAL: A CONCESSÃO DE VANTAGENS INDEVIDAS E O PODER-DEVER DE INVALIDAÇÃO DO ATO CONCESSÓRIO E OU DE SEUS EFEITOS.

Elder Boschi da Cruz¹

RESUMO

O presente trabalho visa abordar alguns aspectos relacionados a incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas entre a Administração Pública e Administrados de forma geral e, particularmente, entre a Administração Pública e seus servidores, envolvendo a concessão de vantagens indevidas e a possibilidade de invalidação do ato administrativo concessório e seus efeitos.

ABSTRACT

THE CURRENT PAPER ATTEMPTS TO EXAMINE SOME ASPECTS RELATED TO INCIDENTS OF GOOD FAITH IN LEGAL RELATIONS BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THOSE BEING ADMINISTRATED, MAINLY, BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CIVIL SERVANTS, INVOLVING THE GRANT OF UNDUE BENEFITS AND THE POSSIBILITY OF NULLIFYING THE ADMINISTRATIVE DECISION GRANT AND ITS EFFECTS.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé, seja visualizado em seu aspecto subjetivo, seja em seu aspecto objetivo, seja concebido como um estado ético ou como um estado psicológico, na terminologia de Vicente Ráo², tem uma aplicação quase natural na relação jurídica de natureza privada, entre pessoas físicas, eis que inerente à própria idéia de ser humano, sendo que grande parte da construção doutrinária e jurisprudencial do tema desenvolveu-se nesta área.

Assim, o princípio da boa-fé, através dos tempos, evoluiu e consolidou-se como importante instrumento do Direito para a realização da Justiça, temperando o rigor da dogmática clássica em prol de princípios como o da segurança jurídica. Ocorre que a aplicação do referido princípio da boa-fé não prescinde de harmonização com outros princípios e, mesmo, alguma prudência, notadamente quando a relação jurídica base tem a Administração Pública em um de seus pólos.

¹ Procurador do Estado do RS

² RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 94/195

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

Através do desenvolvimento do tema proposto, qual seja, o princípio da boa-fé no âmbito de uma relação jurídico-administrativa e, mais especificamente, numa relação jurídico-administrativa interna, envolvendo administração pública e servidor público, pretendemos explorar algumas possibilidades jurídicas de análise da questão, procurando identificar alguns parâmetros para a aplicação do referido princípio, não enquanto seus limitadores, mas enquanto norteadores desta aplicação.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Para Cretella Júnior “administração é atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos.”³

Por sua vez, Di Pietro⁴, sem excluir outras classificações, apresenta os dois sentidos em que a expressão Administração Pública é comumente utilizada, quais sejam, o sentido subjetivo, formal ou orgânico e o sentido objetivo, material ou funcional. No primeiro sentido, a expressão Administração Pública refere-se aos “entes que exercem a atividade administrativa”, enquanto no segundo, designa “a natureza da atividade exercida pelos referidos entes.” Neste sentido, segundo a Autora, a administração pública confunde-se com a própria função administrativa, função esta que incumbe predominantemente ao Poder Executivo, sem exclusão dos demais Poderes, por óbvio. Na verdade esta classificação proposta por Di Pietro vamos encontrar também em Hely Lopes Meirelles⁵, sendo que o consagrado Administrativista ainda faz didática comparação entre Governo e Administração, tecendo um rol de características e diferenças entre um e outro, afirmando que “Governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica.”⁶

Qualquer dos conceitos ou definições transcritos é suficiente para o fim de demonstrar que a expressão Administração Pública, seja sujeito, seja objeto, é indissociável da figura do Estado, sendo que sua utilização num ou noutro sentido dependerá do contexto em que se der esta utilização.

A Administração Pública é norteada por uma série de princípios que encontram sede não só no texto constitucional como também em sede doutrinária, princípios estes que com o passar do tempo ajudam na construção de um conceito de Administração Pública ou dos conceitos pertinentes às relações jurídicas em que está presente a Administração Pública, sejam relação jurídicas internas ou externas a ela.

Partindo de matriz constitucional, temos que os princípios norteadores da Administração Pública estão alinhados no artigo 37, caput, da Constituição Federal, que prescreve que “a administração pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

O elenco de princípios arrolados não é exaustivo, eis que são muitos os princípios inculpidos na Constituição que norteiam a atividade administrativa, além daqueles

³ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1971, pág. 24.

⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, pág. 49.

⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, págs. 55-6

⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 56

presentes no *caput* do art. 37, e que estão inseridos em vários dispositivos que tratam da Administração Pública (Título III, Capítulo VII), como por exemplo, o princípio do concurso público (que explicita uma das facetas dos princípios da impessoalidade e da moralidade), ou que tratam da Organização Político-Administrativa (Título III, Capítulo I), como, por exemplo, o princípio da autonomia entre os Entes Federados.

Nesta esteira, em sede doutrinária, igualmente, não há um rol taxativo de princípios atinentes à atividade administrativa, sendo que elencamos aqueles que entendemos serem pertinentes ao tema objeto do presente trabalho, iniciando-se pelo princípio da legalidade.

Interessante exposição a respeito do princípio da legalidade é feita por Odete Medauar⁷, que apresenta a legalidade e historicamente como um anteparo “às práticas do período absolutista”, implicando, tal princípio, uma supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo. Explica a Autora, que desta concepção de legalidade advieram aspectos negativos como denominado *legalismo* ou *legalidade formal* pelos quais a valoração das leis quanto à justiça a elas inerentes advinha do fato de serem leis, ou seja, da sua forma, independente de conteúdo. Outros fatores negativos arrola a insigne Administrativista, como o excesso de diplomas infra-legais, o controle do executivo sobre o legislativo, num segundo momento, influenciando sobre a produção legislativa. De tal forma evoluiu-se para buscar-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento, e não somente na lei. Aduz Odete Medauar, em relação ao princípio constitucional da legalidade (*caput* do art. 37), que “a compreensão deste princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo legislativo, e também dos princípios decorrentes de um Estado Democrático de Direitos, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput* da Constituição; (...)”⁸

Segundo Odete Medauar, o princípio da legalidade pode ser sintetizado assim: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Desta fórmula derivam quatro significados: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.⁹

É clássica a doutrina segundo a qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”¹⁰

Não menos importante é o princípio da supremacia do interesse público, já suscitado nas teses de Rousseau, ao elaborar a idéia da *vontade geral*.¹¹ Juntamente com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é colocado em posição de destaque por Celso

⁷ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, pp. 148/151.

⁸ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 150-1

⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 150

¹⁰ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 78

¹¹ ARAÚJO CINTRA, ANTONIO CARLOS DE. Motivo e Motivação do Ato Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 8-11

Antônio Bandeira de Mello¹², entendendo que “todo o sistema de Direito Administrativo, se constrói sobre os mencionados princípios”. Para o Autor, tal princípio é uma garantia de sobrevivência e asseguramento do próprio particular e dele derivam uma série de outros princípios e institutos do Direito Administrativo e da própria atividade administrativa, como, por exemplo, *a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou coisa e a possibilidade de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados*, que configuram a chamada autotutela.

Também reconhecendo o princípio da preponderância do interesse público, Odete Medauar doutrina que referido princípio vem sendo matizado de modo a exigir da Administração uma ponderação dos interesses em questão, a fim de evitar-se o sacrifício de qualquer dos interesses, aprioristicamente.¹³ Nesta esteira, segundo a Autora, desponta *o princípio da proporcionalidade* que também consubstancia o princípio em questão, *pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado*.

Encontramos ainda o princípio da supremacia ou da preponderância do interesse público sob a denominação de princípio da finalidade pública, dele derivando vários poderes ao Administrador que deverá usá-los sem prejudicar ou beneficiar alguém, em desvio do interesse público, *sem visar vantagens pessoais para si ou para terceiros*, sem que prevaleça o interesse particular sobre o interesse público, sob pena de nulificação do ato pela presença do *desvio de poder ou desvio de finalidade*.¹⁴

Por fim, temos o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, sendo que para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos aos setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”¹⁵

“Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.”¹⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da legalidade seria uma conseqüência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, de igual modo, o princípio do controle administrativo ou tutela e da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, entre outros.¹⁷

¹² MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 5.

¹³ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

¹⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 62.

¹⁵ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 11.

¹⁶ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 11.

¹⁷ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, pp. 12-13.

Nesta esteira “o *princípio do controle administrativo ou tutela*, vincula-se também ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Efetivamente, o Estado, através da chamada função administrativa, procede à persecução de interesses que consagrou como pertinentes a si próprio. A implementação deles é feita pelo próprio Estado, mediante os órgãos da Administração.¹⁸ [...]”

Em virtude do princípio da autotutela administrativa, Odete Medauar, doutrina que “a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si próprios; se concluir no sentido de inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los.”¹⁹

Os princípios elencados formam a tríade principiológica que norteia a atividade administrativa, deles derivando uma série de outros princípios. A compreensão do alcance dos referidos princípios em muito auxilia na análise dos atos administrativos e, particularmente, na análise da problemática em exame.

3 O ATO ADMINISTRATIVO: NOÇÕES GERAIS

O art. 81, do revogado Código Civil, reportando-se à Savigny, já prescrevia que *todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*. O mesmo Código Civil, em seu art. 82, expressava que *a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)*.

Com o novo Código Civil a definição de ato jurídico desaparece, cedendo espaço à dogmática do negócio jurídico, sendo o artigo 104 quase uma réplica do art. 82 do revogado Código.

Para Vicente Ráo, “consiste, pois, o ato jurídico na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhe confere”.²⁰

O ato jurídico, segundo dominante doutrina, é uma das espécies de fato jurídico, distinguindo-se das demais pela relevância e influência decisiva do elemento vontade, isto é, *da vontade que visa a alcançar, direta e imediatamente, os efeitos práticos protegidos pela norma e recebe desta o poder de auto-regulamentar os interesses próprios do agente*.²¹

Numa sistematização do tema, expõe Marcos Bernardes de Mello, que “denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fáctico tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”²². Desta conceituação destacam-se os principiais elementos do ato jurídico, quais sejam, o ato humano de exteriorização da vontade, a

¹⁸ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 19.

¹⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 159-160.

²⁰ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pg. 37.

²¹ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pg. 36.

²² MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pg. 113.

conscientização quanto ao conteúdo finalístico desta exteriorização e o direcionamento deste ato para a obtenção de resultado juridicamente lícito e possível.

Esta é a noção do ato jurídico *lato sensu*, que englobaria também a categoria dos negócios jurídicos ou atos jurídicos *stricto sensu*, segundo doutrina mais tradicional.²³ Nestes, a declaração de vontade é dirigida no sentido da obtenção de um **resultado específico**, enquanto naquele o ato é pré-determinado pela ordem constituída e o resultado pode ser querido ou pode ser simples conseqüência jurídica *ex lege*.²⁴

A partir da presença dos 3 (três) elementos referidos anteriormente, *um ato humano de exteriorização da vontade, a conscientização quanto ao conteúdo finalístico desta exteriorização e o direcionamento deste ato para a obtenção de resultado juridicamente lícito e possível*, somado a incidência da norma jurídica juridicizante²⁵, visualizamos o ato jurídico no plano da existência, donde podem ser incluídos os atos (e fatos) jurídicos os mais diversos, lícitos e ilícitos. A existência do ato jurídico é premissa para a análise de sua validade e eficácia.

O entendimento de que o ato administrativo é espécie do ato jurídico é o ponto de partida para a sua definição. Tal não é pacífico em Doutrina, conforme já ensinava Vicente Ráo²⁶, mas, polêmicas doutrinárias à parte, Cretella Júnior encampando tal entendimento doutrina que *o ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa*.²⁷

De fato, a definição de Cretella se utiliza de parte da própria literalidade contida no texto legal, Código Civil de 1916, para definir o ato jurídico (art. 81) e contém o núcleo do ato jurídico, reconhecido doutrinariamente, qual seja, a manifestação de vontade, voltada a uma finalidade jurídica.

Após esclarecedoras preliminares, no sentido de informar que *não há definição legal de ato administrativo*²⁸, não sendo razoável supor que nenhum jurista possa *reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja a "a verdadeira", excludentes de quaisquer outras*, bem como de ressaltar que *não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos*, Celso Antônio Bandeira de Mello, propõe conceituar, num sentido amplo, ato administrativo como "declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".²⁹

²³ PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pg. 327

²⁴ PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pg. 327

²⁵ MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pg. 75.

²⁶ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 77/80.

²⁷ CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19.

²⁸ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 35.

²⁹ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 38.

Di Pietro, analisando as definições de Cretella Júnior e Bandeira de Mello, para ato administrativo, afirma que o primeiro acrescentou, aos elementos do art. 81 do CC, *o agente (que é sempre o poder público ou pessoa que o represente) e a matéria administrativa*³⁰, o que considera um conceito restrito, pois excluiria atos que *encerram opinião, juízo ou conhecimento*, eis que nestes não há **manifestação de vontade**, bem como excluiria alguns *atos normativos do Poder Executivo, como os regulamentos*, que não produzem **efeitos imediatos**, ambos elementos ou requisitos presentes na conceituação de Cretella Júnior.

No tocante a Bandeira de Mello, ao contrário, entende Di Pietro que o emérito administrativista elaborou um conceito amplo, optando a Autora por um *conceito um pouco menos amplo*, definindo o ato administrativo como *a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e controle pelo Poder Judiciário*.

No que tange à formação do ato administrativo, Cretella Júnior elenca 5 (cinco) elementos ou requisitos (para Cretella elementos e requisitos são expressões equivalentes) básicos que determinariam a própria existência do ato e que são *o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim*.³¹ Odete Medauar adota o termo elementos, reconhecendo a *discórdia* que reina na Doutrina Pátria, também em número de 5 (cinco), que são coincidentes com aqueles elencados por Cretella Júnior.³²

O objeto corresponde ao *efeito prático* pretendido pelo sujeito, *através de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato, seu conteúdo*.³³ O motivo, por sua vez, é o substrato fático-jurídico necessário para a prática do ato administrativo, podendo ou não estar previsto em lei. *É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo*. Como pressuposto de direitos *é o dispositivo legal em que se baseia o ato*; como pressuposto de fato *é o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato*.³⁴ O fim ou finalidade *é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato*³⁵, no dizer de Hely Lopes Meirelles e Odete Medauar, o fim do ato administrativo deve revestir-se de interesse público.

4 O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

O ato administrativo deve atender a todos os requisitos antes mencionados, de forma a lhe garantir a validade necessária para ingressar no mundo jurídico e gerar todos os efeitos desejados. Do contrário, o que temos é um ato viciado e que, a rigor, deve ser extirpado do mundo jurídico, mediante a declaração de sua invalidade, o que, não obstante, não implica no desaparecimento, de plano, de seus efeitos passados ou no impedimento da ocorrência dos futuros, conforme demonstraremos.

³⁰ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 161.

³¹ CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 22.

³² MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, pp. 164-5.

³³ CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 32.

³⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 175.

³⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 173.

Não há uma convergência terminológica na doutrina, como soe acontecer, no que diz respeito aos modos de extinção do ato administrativo, ora utilizando-se a invalidação como gênero³⁶, também chamada de desfazimento, ora utilizando-se como espécie³⁷.

Preferimos a utilização do termo extinção ou desfazimento³⁸ como o gênero, do qual a anulação e a revogação, são duas espécies, dentre outras. Na revogação a Administração Pública atua mediante juízo de conveniência e oportunidade, desconstituindo um ato administrativo válido, sendo esta, aliás, a principal diferença entre o revogação e a anulação.

A anulação do ato administrativo é a sua *retirada do mundo jurídico*³⁹, sua desconstituição de direito, por razões de ilegalidade, ou seja, por *ser praticado em desconformidade com as prescrições jurídicas*.⁴⁰ A revogação ocorre quando o ato, a juízo da Administração Pública, é inoportuno ou inconveniente e, como tal, por não ser ilegal, os efeitos desta desconstituição operam *ex nunc*, ou seja, a partir do ato revogatório, ao contrário do que ocorre na anulação que produz efeitos *ex tunc*, desde a origem do ato.

A revogação do ato administrativo é de competência exclusiva do administrador, ao contrário da anulação, que pode ser declarada tanto pelo administrado como pelo Poder Judiciário. Em qualquer caso, seja anulando, seja revogando o ato administrativo, atua a Administração Pública com base em seu poder de autotutela, consagrado na Súmula 473, do STF.

Di Pietro doutrina o aproveitamento da teoria das nulidades do direito civil no direito administrativo, guardadas as peculiaridades do ato administrativo em relação ao ato jurídico envolvendo particulares, no que tange aos vícios, seja quanto aos interesses em jogo e seus titulares, seja quanto à possibilidade de convalidação do ato administrativo, seja, por fim, quanto às *modalidades peculiares que não existem no direito privado, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função, o exercício de fato*.⁴¹ Para Bandeira de Mello, *a categorização dos vícios é que apresenta distinções mais acentuadas; já as conseqüências, inobstante alguma desigualdade, são muito próximas*.⁴²

Os defeitos, ou vícios, ou ilegalidades ensejadores da anulação do ato administrativo podem ser de ordem diversa, *podendo atingir os cinco elementos do ato, caracterizando-se os vícios quanto à competência e à capacidade (em relação ao sujeito), à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade*⁴³, ficando o ato jurídico regrado pelo Código Civil sujeito à nulidades absolutas ou relativas, incidentes sobre um dos seus três elementos, sujeito, objeto e forma. Oportuno esclarecer que Di Pietro

³⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 177.

³⁷ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 194.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 262.

³⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, p. 187.

⁴⁰ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 87.

⁴¹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 197.

⁴² MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 92.

não aceita a distinção entre nulidades absolutas e relativas dos atos administrativos, no que se refere à possibilidade de decretação de ofício somente das primeiras, *isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa*.⁴⁴ Mas aceita a distinção no que se refere a possibilidade de convalidação de alguns atos administrativos (hipótese de nulidade relativa) e de outros não (hipótese de nulidade absoluta). Hely Lopes por sua vez, condena tal posição, pois o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio válido. Afirma o insigne administrativista que *o que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo, nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até a sua retificação*.⁴⁵

Odete Medauar faz interessante análise dos defeitos do ato administrativo que, por sua vez, correspondem a cada um dos cinco elementos básicos que constituem o ato administrativo, arrolando a incompetência, a ilegalidade do objeto, o defeito de forma, o defeito de motivo e o defeito do fim⁴⁶, e que constituem-se em ilegalidades e, como tal, enseja a anulação do ato administrativo.

A ilegalidade do objeto ocorre quando *o resultado pretendido pelo ato importa violação da Constituição, da lei ou de outro preceito*, sendo que a *Lei 4.717/65, no seu art. 2º, parágrafo único, alínea c, menciona a ilegalidade do objeto*.⁴⁷ Di Pietro, **elenca** outras hipóteses possíveis de vícios relativos ao objeto, o que ocorre, por exemplo, quando o objeto *for proibido pela Lei; for diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; for impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; for imoral ou for incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar*⁴⁸.

O vício quanto à forma verifica-se quando não há atendimento ao preceituado em lei no que tange às formalidades necessárias para a expedição do ato administrativo, como, por exemplo, seria o caso do ato administrativo que determinasse a abertura de concurso público, dispensando a publicação do respectivo edital.

Em relação ao motivo do ato administrativo, há vício nulificador quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, conforme preceitua a Lei nº 4.717/65. Di Pietro ainda acrescenta à hipótese de inexistência a falsidade do motivo. Os vícios quanto ao motivo do ato administrativo dão ensejo ao surgimento à teoria dos motivos determinantes que propõe a vinculação do ato ao motivo expresso pelo Administrador, mesmo os discricionários, ou seja, na medida em o Administrador decline motivo para exarar o ato administrativo, ainda que dispensado de tal, a validade do ato fica condicionada à existência do motivo declinado, em seus aspectos fácticos e legais, não sendo lícito sua alteração.

⁴³ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 197.

⁴⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 202

⁴⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 184.

⁴⁶ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 184-7.

⁴⁷ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 185.

⁴⁸ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 199.

O defeito em relação ao fim ou finalidade do ato administrativo encontra regramento igualmente na Lei nº 4.717/65, prescrevendo que “verifica-se quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”, dando ensejo ao chamado desvio de poder ou desvio de finalidade. Apontado como causa de nulidade dos atos administrativos, o desvio de poder ou de finalidade *é a violação ideológica da Lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei*⁴⁹, bem caracterizado no exemplo clássico do ato administrativo de remoção de servidor de um Órgão para outro, a fim de, em tese, suprimir deficiência de pessoal neste Órgão, mas que, na verdade, tem por fim escuso afastar servidor por motivo de incompatibilidade com o Administrador. O desvio de poder não se confunde com o excesso ou abuso de poder que ocorre quando *o agente exorbita de sua atribuições*, por exemplo, quando aplica pena ao servidor que não está no âmbito de sua atribuição ou quando *se excede no uso da força para praticar ato de sua competência*.⁵⁰ O excesso ou abuso de poder, assim, é um vício quanto ao sujeito do ato, enquanto o desvio de poder ou de finalidade é um vício que atinge a finalidade do ato administrativo.

5 O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E A DOCTRINA CLÁSSICA

Para a Doutrina clássica a nulidade do ato administrativo implicava não só desconstituição do ato em si, como desfazimento de seus efeitos pretéritos. Para Hely Lopes Meirelles “reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas *ao stato quo ante*, como consequência natural e lógica da decisão anulatória.”⁵¹

Para Marcelo Caetano “nenhuma relação jurídica se constitui, modifica ou extingue por virtude do ato nulo, pois, estando privado totalmente de eficácia, dele não resultam quaisquer poderes ou deveres, não devendo respeitar-se os efeitos que de fato haja produzido à data da declaração da nulidade”.⁵² Mas já advertia Caetano que “o legislador, mais do que a lógica dos princípios, tem de atender a razões de conveniência social, de segurança jurídica e até de economia, ao ferir de nulidade um ato jurídico: por vezes, razões de interesse público levá-lo-ão a cominar sanção enérgica para um ato não muito gravemente viciado, enquanto noutros casos poupará na medida do possível um ato substancialmente deficiente”⁵³

Da mesma forma, Themistocles Brandão Cavalcanti já anunciava que as consequências da nulidade do ato administrativo “serão as mesmas da nulidade dos atos administrativos em geral [...]”⁵⁴, mas já anunciando que “doutrina moderna caminha

⁴⁹ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 92.

⁵⁰ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 198.

⁵¹ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 183.

⁵² CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.184.

⁵³ CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.183.

⁵⁴ CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 283.

no sentido de só admitir a nulidade do ato e, por conseguinte, a sua inexistência, quando o vício que o atinge fôr de ordem que prejudique o ato em suas próprias condições de vida, em seus próprios elementos.”⁵⁵

Mas não há como deixar de reconhecer que de há muito a concepção clássica teve de ceder espaço a uma doutrina mais maleável em termos dogmáticos, dando realce a outras questões até então secundarizadas, como a questão da segurança jurídica e a questão da incidência da boa-fé na relação administrativa, questão esta que é objeto do nosso estudo.

6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: NOÇÕES GERAIS

O princípio da boa-fé tem sido utilizado como fundamento para a manutenção de atos administrativos eivados de vícios, seja em sede doutrinária, seja em sede judicial e, igualmente, em sede administrativa. Preocupa-nos saber até que ponto a utilização do referido princípio pode ser considerada algo positivo, como forma de realização de efetiva justiça no caso concreto ou até que ponto essa utilização implica prejuízo à Administração Pública e, principalmente, desvirtuamento dos princípios que lhe norteiam e, neste caso, procurar apontar alguns parâmetros para sua prudente utilização.

Inicialmente impõe-se dizer que a idéia de boa-fé relacionada ao direito é antiga. Vicente Ráo⁵⁶ afirma que *vem de longe o debate relativo ao conceito da boa-fé nos atos jurídicos*, deduzindo de forma questionada alguns parâmetros para o estudo da boa fé: *é a boa fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro? Existe, realmente, um contraste entre o conceito ético e o conceito psicológico da boa-fé?* Por certo que o questionamento de Vicente Ráo mostra-se ainda pertinente nos dias de hoje, mas a ele se somam outros, advindos da evolução doutrinária e, mesmo, legislativa apresentada pelo tema. Quanto a longevidade do debate não restam dúvidas. José Carlos Moreira Alves, ao tratar do tema propriedade no Direito Romano já elencava a boa-fé como um dos requisitos da *usucapio*, a chamada *bona fides* ou *fides*, *é ela um conceito ético acolhido, sem modificação, pelo direito; é a crença do possuidor, ao entrar na posse da coisa, de que não está ferindo direito alheio*.⁵⁷ Na mesma obra, ao tratar da *tutela dos direitos subjetivos (o processo formulário)*, Moreira Alves elenca as ações de boa-fé (iudicia bonae fidei), *aquelas que dão ao iudex poder para apreciar, mais livremente, os fatos, porquanto deverá julgar ex fide bona (de acordo com a boa-fé)*.⁵⁸

Modernamente, encontramos no próprio Direito internacional positivo a boa-fé como norteadora de relações entre as nações, conforme bem se depreende da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, feita em 23 de Maio de 1969, donde consta que “*constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra pacta sunt servanda são universalmente reconhecidos*”, (...) *todo o tratado em*

⁵⁵ CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 279.

⁵⁶ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

⁵⁷ ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 313.

⁵⁸ ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 232.

vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé (art. 26), devendo ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim (art. 31, item 1), sendo esta apontada expressamente como uma regra geral de interpretação do tratado. Prescreve ainda a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que *uma violação é manifesta se for objectivamente evidente para qualquer Estado que proceda, nesse domínio, de acordo com a prática habitual e de boa fé* (art. 46, item 2), bem como prescreve que *as disposições de um tratado nulo não têm força jurídica* (art. 69, item 1), mas *os actos praticados de boa fé, antes de a nulidade ter sido invocada, não se tornam ilícitos apenas por força da nulidade do tratado* (art. 69, item 2, b).

E assim está a boa-fé, no Direito Romano, no Direito Moderno, pairando sobre as relações jurídicas, seja de direito interno, seja de direito internacional, tal qual um farol a jogar luzes sobre uma nau em meio a neblina, podendo esta ser representada pela lacuna no direito positivo que impede ao jurista propor a melhor orientação no caso concreto ou também pela convicção de que a solução com base estrita na literalidade da regra positivada implica a produção de gravame desproporcional a uma das partes, ou seja, o direito produzindo a injustiça.

Quanto a ser *a boa fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro*, segundo Vicente Ráo a doutrina não aponta diferenças relevantes entre uma ou outra concepção, afirmando que a diferença é apenas de grau. Neste sentido, Caio Mário afirma que “o conceito de boa fé é fluido”.⁵⁹ Para Ráo a boa fé é *estado psicológico, julgado e medido segundo critérios ético-sociais e manifestado através de atos, atitudes, ou comportamentos reveladores de uma crença positiva errônea, ou de uma situação de ignorância, ou de ausência de intenção malévola, segundo os casos e conforme as exigências legais, a boa-fé ora é protegida, ora é reclamada pela lei, sempre por um fundamento de justiça...*⁶⁰(...) E partindo para outra abordagem, Ráo expõe as funções e efeitos da boa-fé no direito nacional, como “suprimento de incapacidade, saneamento de atos nulos ou anuláveis, de aquisição de direitos, e, de modo geral, de proteção dos interesses legítimos, ou direitos, de terceiros”, arrolando várias hipóteses de incidência da boa fé.⁶¹

Registre-se que esta função de saneamento de atos nulos ou anuláveis desempenhada pela boa-fé hoje reveste-se de grande importância no campo do Direito Administrativo, numa correlação com outros princípios, como o da legalidade e da segurança jurídica.

Não obstante também tratarmos do tema no tópico seguinte, impõe-se adiantarmos que a compreensão da noção de boa-fé implica sua divisão em duas espécies ou formas que hodiernamente estão em evidência, quais sejam, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Esta divisão ou distinção é corrente não só em sede doutrinária e jurisprudencial, mas também em sede legal, como se verifica no novo Código Civil e no Código do Consumidor.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 24

⁶⁰ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 196.

⁶¹ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

A boa-fé subjetiva pode ser caracterizada como um estado psicológico em que se vislumbra a ausência de intenção de causar prejuízo a outrem, a ausência de intenção de agir contrariamente a lei. É a chamada boa-fé-crença. *O sujeito delibera, contrata e põe-se em relação com outras pessoas, acreditando que o fato tenha uma certa expressão, quando realmente é diverso o seu sentido. O erro, então gera a boa-fé, ou o pensamento de não se ofender o direito alheio.*⁶²

Registre-se que a noção acima não esgota a controvérsia doutrinária antiga que gira em torno do conceito e dos elementos necessários para a configuração da boa-fé subjetiva, mas, por certo, é suficiente para contrapor-se à idéia da boa-fé objetiva, atendendo ao objetivo presente de correlação das duas espécies.

Neste sentido, a boa-fé objetiva é mais do que um fenômeno psicológico, ela verifica-se externamente, através de uma conduta exigível de uma pessoa, tendo em vista parâmetros sociais aceitáveis e cuja verificação possa ser feita de plano. *A boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade é um dever-poder de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção lisura e honestidade, para não frustrar a confiança de outra parte. [...] é aquela referente ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento plasmado na noção velha e revelha do 'homo medius'.*⁶³

Da mesma forma, como já alertáramos antes, a noção de boa-fé objetiva aqui apresentada é bastante restrita, inclusive tendo em vista que o seu desenvolvimento doutrinário mais rico, salvo melhor juízo, centra-se na área do direito negocial, por influência, notadamente, do novo Código Civil, sendo que sua aplicação no campo do direito administrativo ainda oferece um vasto campo para a pesquisa jurídica e a construção de uma doutrina peculiar a esse campo do direito.

Resumindo, poderíamos afirmar que a boa-fé subjetiva caracteriza-se pela ausência de intenção de prejudicar alguém; a boa-fé objetiva caracteriza-se pela ação diligente objetivando não prejudicar ninguém.

7 A BOA-FÉ E O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Doutrina Juarez Freitas que, considerando-se a natureza axiológica do sistema administrativista, *o princípio da boa-fé ou da confiança avulta entre os demais, eis que descendente direto do princípio constitucional da moralidade, o qual guarda autonomia em face do princípio da legalidade, nada obstante o fenômeno da mútua relativização que se opera no Estado Democrático de Direito...cumprindo, porém, manejá-lo com moderação, prudência e seriedade, para não desarmonizar o todo orgânico dos princípios regentes das relações juspublicistas.*⁶⁴

Assim um parâmetro ou critério primeiro para a boa aplicação da boa-fé é não vê-la como uma regra posta, cuja aplicação independa de um juízo construtivo ou integrador.

⁶² SILVEIRA, ALÍPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 30.

⁶³ GOUVÊA, EDUARDO DE OLIVEIRA. Revista Forense. Volume 369. pp. 73/88, p. 80.

⁶⁴ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 95.

Para o Professor Clóvis do Couto e Silva “a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia.” Pregando o resgate do conteúdo vital do Direito e um sistema jurídico concebido não como “*Geschlossenheit*”, como um mundo fechado, mas sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, ensinava que com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.⁶⁵

A partir desta compreensão podemos concluir que é a análise do caso concreto que vai determinar qual ou quais princípios devem sobressair-se no caso, de modo a nortear a decisão final, seja em âmbito judicial, seja em âmbito administrativo. Disto, extraímos outra conclusão, a de que a utilização do princípio da boa-fé não prescinde de uma adequada fundamentação, oriunda deste juízo construtivo ou integrador, onde se identifiquem os elementos de convicção que determinaram sua incidência, aqui, no valendo dos ensinamentos do Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo.⁶⁶

Nesta esteira, ressalta-se o papel da jurisprudência e da orientação jurídica emanada pela Administração Pública como autênticas fontes de paradigmas para a solução das diversas questões postas no dia-a-dia e que envolvam o princípio da boa-fé no âmbito da Administração Pública.

Há que se ter presente que a Administração Pública jamais se descuidou do tema e tem-no pautado na mesma proporção que o Judiciário e, não raro, com manifestações convergentes. Se observarmos a orientação jurídica emanada da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, por exemplo, poderemos constatar que o princípio da boa-fé, em conjunto com outros princípios, já se fez presente em demandas administrativas envolvendo pretensões pecuniárias de servidores em relações jurídicas específicas, fora do âmbito da normalidade como àquelas que tratam do “funcionário de facto”, já tendo sido dito que “parece inegável, pois, que a tendência, manifestada de maneira geral, é no sentido de se reconhecer ao funcionário de facto, cuja assunção do exercício de funções públicas se haja processado de boa-fé, a retribuição pelo desempenho da tarefa que lhe tocou executar”⁶⁷ e que “[...] imprescindível assinalar que fundado no princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e sequer cogitada a má-fé do requerente, é devido o pagamento pelo exercício de fato, no período objeto do requerimento, afastada, porém, a contagem de tempo de serviço correspondente.”⁶⁸ Além do princípio que veda o enriquecimento sem causa, agrega-se a título exemplificativo, o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos⁶⁹ e segurança e estabilidade da atuação da Administração Pública⁷⁰, todos atuando em conjunto com o princípio da boa-fé.

⁶⁵ COUTO E SILVA, CLOVIS V. DO. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976, p. 42.

⁶⁶ CAMARGO, RICARDO ANTÔNIO LUCAS. A aplicação do verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e as questões concernentes à responsabilidade do titular do poder econômico em sede de direito econômico. www.fbde.org.br/verbeta.html, acessado em 02/12/04.

⁶⁷ Parecer nº 3505 do Conselho do Serviço Público, publicado no D.O. de 06.05.1957, sendo Relator o Conselheiro Prof. João LEITÃO DE ABREU, citado no Parecer DAJ/Consultoria-Geral nº 687/DAJ, de 16/08/1968, de autoria da Procuradora do Estado Maria Amália de MORAES RODRIGUES.

⁶⁸ Parecer PGE nº 13384, de 17/04/2002, de autoria da Procuradora do Estado Adriana Maria NEUMANN.

⁶⁹ Parecer PGE nº 13198, 27/09/2001, de autoria da Procuradora do Estado Helena Maria SILVA COELHO.

⁷⁰ Parecer PGE nº 13165, de 03/08/2001, de autoria do Procurador do Estado Leandro Augusto NICOLA DE SAMPAIO.

Ainda, no que tange à boa-fé como limite ao exercício de direitos, desponta a máxima *venire contra factum proprium, que atua em todos os 'ramos' do Direito*, tratando-se de uma regra de fundo (sic) conteúdo ético⁷¹, incorrendo em sua afronta quem postula ou repele pretensão atual com base em manifestação ou posição jurídica que é contraditória com manifestação ou posição jurídica deduzida anteriormente. Tal regra, não raro, é utilizada para dirimir questões em que boa-fé é esteja presente como tema de fundo.

Se é verdade que a doutrina não julga relevante saber se a boa-fé é um estado ético ou um estado psicológico, é verdade também que nos dias de hoje a doutrina tem dado muito relevo a questão envolvendo a boa-fé numa visão dicotômica em que despontam a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, esta também denominada boa-fé contratual, conforme ensina a Professora Judith Martins Costa.⁷²

Importa que seja analisada qual ou de qual boa-fé estamos tratando ou qual a boa-fé que entendemos possa incidir nas relações jurídico-administrativas.

A boa-fé subjetiva está traduzida no agir do sujeito que atua em estado de ignorância, de desconhecimento, a respeito de circunstâncias que gravitam em torno de ato ou de contrato realizado, baseado na convicção de não praticar ilícito ou cometer dano a outro. A boa-fé objetiva, por sua vez, traduz-se num dever de conduta do agente, de modo a gerar no outro agente a confiança, sem a qual este não contrataria, conduta esta baseada numa diligência própria do meio social em que estão inseridos. O novo Código Civil inovou ao prescrever no art. 113 a figura da boa-fé objetiva, assim reconhecida pela doutrina, aplicada aos negócios jurídicos dispondo que os mesmos *devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*. O art. 112, por sua vez, do Código Civil vigente, traz uma regra geral de aplicação da boa-fé segundo a qual *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*. Note-se que nem o art. 112, nem o art. 113, definem o que seja a boa-fé donde há de se reconhecer o relevo do papel doutrinário e jurisprudencial com vistas a tal fim, qual seja, a construção de um conceito ou modelo, na linguagem de Reale, realçando sua *función de integración*, destacada por Jesús González Pérez.⁷³

Judith Martins-Costa doutrina que a “*boa-fé objetiva apresentou-se, inicialmente, como um modelo hermenêutico, ou doutrinário, na acepção que lhe dá Miguel Reale...*”⁷⁴

Para Reale, “quando uma estrutura social adquire valor de paradigma, pondo-se como padrão ou razão de comportamentos futuros, ela assume as características de uma *estrutura normativa*, ou seja, *de um modelo social* (político, jurídico, etc.).”⁷⁵

Dando relevo à estrutura dinâmica em que se constitui o modelo social, nele compreendido o modelo jurídico, ensina Reale que “há duas espécies de modelos do

⁷¹ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 369.

⁷² CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 348.

⁷³ PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 87.

⁷⁴ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 353.

⁷⁵ REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108.

Direito: uns são de caráter puramente teórico (*modelos do dogmáticos ou hermenêuticos*), outros são “prescritivos” e representam os *modelos jurídicos (stricto sensu)*”, sendo que os primeiros *não são obrigatórios*, enquanto nestes “existe a previsão ou a prefiguração de uma ‘ordem da conduta’, estando sempre determinadas as consequências que advêm de seu adimplemento ou de sua violação.”⁷⁶

Como modelo que é, a boa-fé não prescinde para sua correta aplicação “da articulação, coordenada, de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa atividade lógica de sentido” em sua aplicação correta⁷⁷, o que deve ser obrigatoriamente observado pelo Julgador.

Judith Martins-Costa revela o papel fundamental da jurisprudência pátria como produtora de uma *modelagem brasileira da boa-fé*⁷⁸, princípio este que *vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional como fonte de específicos deveres de conduta e como limite ao exercício de direitos, conquanto nem sempre seja usada idêntica gramática, havendo mesmo expressivas diferenças quanto ao modo e às hipóteses de sua incidência.*⁷⁹ No contexto de uma função otimizadora do comportamento contratual, ressalta-se a *utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.*⁸⁰

O princípio da boa-fé objetiva tem sido utilizado pela jurisprudência como “como fonte de específicos deveres de condutas e como limite ao exercício de direitos, sendo que o STF em um acórdão aplica o referido princípio como “limite à defesa, em juízo, da Administração Pública.”⁸¹

Pois bem, no nosso entender, inclusive para manter coerência com a afirmação da necessidade de uma interpretação integrada dos diversos princípios jurídicos e, mais, da necessária e explícita motivação jurídica e judicial onde se identifique os elementos de convicção que determinaram a incidência do princípio, temos que é o princípio da boa-fé, em sua espécie objetiva, o mais adequado para incidir nas relações administrativas eis que a evolução doutrinária sobre o tema oferece a possibilidade de exploração de aspectos relevantíssimos do instituto.

O dever de lealdade é um dos componentes da boa-fé, notadamente no que se refere à manifestação objetiva da boa-fé, salientando-se sua incidência também nas relações de direito administrativo, de forma recíproca, da Administração para com o administrado ou servidor e vice-versa.⁸² Na relação administrativa, onde avulta o papel do sinalagma, o parâmetro da lealdade é fundamental na utilização do princípio da boa-fé. Evidente que o potencial de compreensão por parte do administrado, sobre a ilicitude de sua situação, deve servir como norte para a aferição da boa-fé.

⁷⁶ REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 111/112.

⁷⁷ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 356.

⁷⁸ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 349.

⁷⁹ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 348.

⁸⁰ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 357.

⁸¹ Texto da Profª. Drª. Judith Martins Costa, in CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 348/349.

⁸² CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 358/359.

Conforme pondera Jesús González Pérez, “administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal em todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y em las relaciones frente a los posibles defectos del ato. Han de adoptar un comportamiento leal em el desenvolvimiento de las relaciones em las dos direcciones em que se manifiestan: derechos e deberes. Y han de comportarse lealmente em el momento de extinción: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al suportar los efectos de lá extinción, así como el ejercicio de las acciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.”⁸³

Não sem razão o legislador federal, na esteira da doutrina e da jurisprudência, fez constar expressamente do texto da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que *nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé* (art. 2º, § único, IV) e, de outro lado, prescreve em seu art. 4º, II, que *são deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo [...] proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé*.

Aduz o Professor Almiro do Couto e Silva, referindo-se ao art. 54, da Lei nº 9.784/99, que *a boa-fé, a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. [...] Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influenciou na edição de ato administrativo em seu próprio benefício*.⁸⁴

A observação é pertinente, eis que, no que tange especificamente a vantagens concedidas indevidamente a servidores, é comum que os atos administrativos concessivos destas vantagens tenham seu nascedouro em requerimentos apresentados pelos próprios servidores. Algum tempo depois, não raro, verifica-se que tais atos apresentam nulidades de origem e, como tal, devem ser invalidados, inclusive de forma retroativa no que tange aos seus efeitos, dando ensejo a anteposição do princípio da boa-fé como um freio à ação invalidatória da Administração Pública.

Ocorre que algumas questões devem ser avaliadas com mais percuciência, antes de concluirmos pela aplicação do princípio da boa-fé para manutenção do ato inquinado de nulidade. Ora, a Administração Pública norteia suas atividades pelo princípio da legalidade, não havendo como ignorar que o servidor é integrante da administração e, como tal, integrante de uma relação jurídico-administrativa, baseada, em regra, num estatuto peculiar em que se estabelecem seus deveres e direitos, cuja ignorância a ninguém é devida. Assim sendo o ato de postular algo indevido afronta a boa-fé, ainda que tal postulação, num primeiro momento, seja acolhida pela Administração Pública. É óbvio que nem toda a postulação de direito indevido é baseada na má-fé, caracterizada pelo dolo, mas, por certo, tal procedimento pode e deve ser analisado sob a ótica da boa-fé, em sua forma objetiva, ou, mais precisamente, da ausência desta. Neste caso

⁸³ PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, pp. 117-118.

⁸⁴ COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004, p. 65.

deverão ser analisados aspectos subjetivos e objetivos presentes no caso concreto e ponderados com outros princípios do sistema jurídico, como o da legalidade, antes referido, e o da indisponibilidade dos interesses públicos.

Para Di Pietro, “precisamente por não poder de dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício dos direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público que está sendo prejudicado.”⁸⁵

Reitera a Prof^ª. Judith Martins-Costa o fato de que o princípio da boa-fé objetiva “opera articuladamente com outros princípios e com outras regras”, na condição de modelo, alertando que “*a atividade doutrinária não pode prescindir da reflexão, do tempo da maturação das idéias e das novas concepções, equilibrando-se na tensão entre o apontar de novos caminhos, constitutivo da sua missão antecipante de novas soluções, e a necessidade de ponderação, a cada dia mais dificultosa e necessária*”. De outro lado, quanto à missão da jurisprudência, “*devemos considerar que o princípio da boa-fé objetiva, justamente por configurar norma vaga, semanticamente aberta, carrega para o juiz, um extraordinário acréscimo de sua responsabilidade. Não pode nem recair no crasso decisionismo, nem no voluntarismo, tanto primário quanto perigoso aos valores da Democracia.*”⁸⁶

Nesta esteira, conforme já dito anteriormente, ressalta-se a *necessidade de uma interpretação integrada dos diversos princípios jurídicos e, mais, da necessária e explícita motivação jurídica e judicial onde se identifique os elementos de convicção* que determinaram a incidência do princípio da boa-fé como preponderante no deslinde de questão administrativa.

8 DA LEI Nº 9.784/99

Não obstante sua incidência restrita às relações jurídicas envolvendo entes que compõem a Administração Pública Federal, a Lei Federal nº 9.784 estabeleceu um importante marco no que tange à relação entre Administração e administrados, unificando e trazendo para o plano legal o regramento do processo administrativo, além de estabelecer um equilíbrio maior entre direitos, deveres e obrigações de ambas as partes. Acima de tudo, a referida Lei estabelece um paradigma a ser seguido pelos demais entes da Federação.

O art. 54 da Lei Federal nº 9.784, já referida, prescreve que “*o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”

⁸⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 63.

⁸⁶ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 373/374.

O dispositivo em questão introduz um fator novo no debate envolvendo o tema da boa-fé, qual seja, o fator tempo, o lapso temporal para a atuação da Administração, cuja indeterminação já fora lastimada anteriormente por Juarez Freitas.⁸⁷

Juarez Freitas enfocava o princípio da boa-fé, sob a ótica da solução do problema da “imprescritibilidade ou não da decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como – numa evidente correlação temática – para fixar os limites à anulação dos atos evitados de vícios originários”.⁸⁸

Opinava Juarez Freitas que *nulo é apenas o ato administrativo que afronta irremediavelmente a íntegra dos princípios juspublicistas, enquanto anulável aquele que não os afeta necessária e gravemente, merecendo, em circunstância específicas, ser convalidados, em respeito a este ou àquele princípio que seria afrontado pelo ato de anulação*.⁸⁹ Em outras palavras, a imprescritibilidade da decretação de nulidade do ato administrativo somente ocorrerá quando verificada a presença de vícios e má-fé ou quando, mesmo não ocorrendo a má-fé, tenha transcorrido um largo lapso de tempo, ou seja, *dito sinteticamente, em não havendo boa-fé cumulada com longo tempo, a declaração de nulidade do ato administrativo, com eficácia ex tunc, é imperativa e a qualquer tempo*.⁹⁰

Com a nova Lei Federal, ao menos na esfera Federal, parte do problema se resolve com a determinação de um prazo decadencial de 5 anos para a *Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*.

Nos termos da Lei, o transcorrer de um lapso de 5 (cinco) anos somado à boa-fé do Administrado impede que a Administração intente qualquer ação no sentido da desconstituição de um ato jurídico que tenha repercutido favoravelmente na esfera patrimonial dos seus destinatários. Mas, salvo melhor juízo, mesmo que um ato administrativo tenha sido praticado a menos de 5 anos e mesmo que seja passível de anulação, sua desconstituição não impõe-se como um imperativo à Administração, notadamente em função da presença de boa-fé por parte do Administrado. Não há como desconhecer que mesmo antes da Lei Federal estipular um prazo decadencial, o sistema jurídico já apresentava soluções neste sentido, exatamente sopesando circunstâncias presentes no caso concreto e princípios como o da segurança jurídica, da proteção da confiança, e outros. Na verdade, muitas situações concretas exigem soluções administrativas que situam-se no limiar entre o impositivo e o discricionário, havendo-se de presumir que a solução adotada pelo administrador é aquela que melhor atende ao interesse público.

De outro lado, o transcorrer de um lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos não impede a ação da Administração, no sentido da anulação do ato, desde que comprovada a má-fé dos destinatários do ato. Tendo em vista esta dupla possibilidade, ou seja, de convalidação do ato inválido mesmo antes de 5 anos ou da anulação do ato

⁸⁷ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 96.

⁸⁸ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95.

⁸⁹ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 97.

⁹⁰ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 97.

inválido mesmo após o lapso temporal de 5 (cinco anos) poder-se-ia apontar, contraditoriamente, a ausência da segurança jurídica, num ou noutro caso. Mas a contradição é apenas aparente a partir do momento em que constatamos que o elemento comum nas duas hipóteses ventiladas é exatamente a presença e a proteção da boa-fé ou, sob outro ângulo, a punição à má-fé.

Com muita propriedade o Professor Almiro do Couto e Silva, um dos integrantes da Comissão elaboradora do anteprojeto da Lei nº 9.784/99, ensina que *a regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa-fé dos destinatários. A decadência do direito da administração à anulação não se consuma se houver má-fé dos destinatários.*⁹¹

Note-se que o legislador não se utilizou da figura da boa-fé na redação do art. 54 da Lei 9.784/99, mas sim da figura da má-fé, ao prescrever sua comprovação como uma condição para o exercício do “*direito da Administração de anular os atos administrativos[...]*”. É certo que má-fé e boa-fé são dois lados de uma mesma moeda, sendo que a idéia da presença de um deles já afasta o outro, por serem realidades incompatíveis. Assim, quando falamos em existência de má-fé, já afastamos a idéia da presença da boa-fé, e vice-versa. Mas, entendemos que a utilização de uma expressão por outra é uma opção técnica do legislador e não aleatória. Na prática a constatação e comprovação da boa-fé apresenta peculiaridades e, por certo, dificuldades diversas daquelas encontradas para a comprovação da má-fé. A idéia de boa-fé, e aqui nos referimos a sua espécie subjetiva, em regra, está ligada a uma idéia de comportamento sem dolo, *pela consciência de não prejudicar, pela boa intenção*⁹², que se verifica no plano psicológico, subjetivo. Isto, por si só, demonstra a dificuldade para a obtenção de uma prova material para afastar a alegação de boa-fé feita por uma pessoa e, principalmente, para afastar a presunção de boa-fé de que se reveste o agir humano. A má-fé, por sua vez, é visualizada no plano concreto, material, positivo, no sentido fáctico, sendo passível de comprovação, ao contrário da boa-fé, que ocorre no plano psicológico, da abstração, da presunção, negativo, equivalendo a ignorância ou erro a respeito de uma dada realidade. Mas, como dissemos, má-fé e boa-fé são dois lados de uma mesma moeda, de uma mesma realidade, apenas que vistos de ângulos diversos. Assim, a má-fé de que trata o artigo 54 da Lei 9.784/99 deve ser entendida em sua concepção mais ampla possível, no compasso da evolução doutrinária apresentada pelo tema, ou seja, não só entendida como a má intenção, a consciência de prejudicar alguém, como também o agir culposos, o agir sem diligência. Este último entendimento equivaleria a ausência da boa-fé objetiva, já tratada anteriormente. Em breve síntese e a contrário senso, poder-se-ia afirmar que o art. 54 da Lei 9.784/99 exige como requisito, como condição, para manutenção do ato administrativo a presença da boa-fé, seja subjetiva, seja objetiva, por parte do destinatário do ato.

A questão envolvendo a comprovação da má-fé como condição ou requisito para o exercício do direito da administração de anular seus atos administrativos traz

⁹¹ COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004, p. 64.

⁹² SILVEIRA, ALÍPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 12.

ínsita outras questões tão relevantes quanto saber de que má-fé ou boa-fé trata o artigo referido e que, de certa forma, se relacionam com essa última questão. De plano, apontaríamos duas questões, a saber, a que trata do direito de anular por parte da Administração e a que trata do ônus probatório, sobre as quais faremos breve comentário.

No que tange especificamente ao direito de anular de que trata a Lei nº 9.784/99, entendemos que este não é propriamente um direito, mas um poder-dever da Administração, na esteira da Doutrina de Di Pietro, repita-se, *precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever*, ou seja, é impróprio falarmos em faculdade ou direito de anular, eis que a nulidade de um ato administrativo implica, em tese, sua necessária e imperiosa desconstituição, sendo que tal é da competência indelegável da Administração e, como tal, seu exercício é obrigatório.

Quanto ao ônus da prova da má-fé, no âmbito das relações regidas pela Lei Federal nº 9.784/99, esse é da Administração, quando se trata de anular um ato que já perdure por mais de 5 anos. Isto é o que se depreende da Lei. Ora, não é lógico e nem jurídico entender-se que o destinatário e beneficiário do ato inquinado de inválido tenha que comprovar sua má-fé, exatamente porque tal é do interesse da Administração, além de uma determinação legal. Aparentemente, tal posicionamento choca-se com o princípio da presunção de legalidade e veracidade de que dispõe os atos administrativos. Conforme Doutrina Odete Medauar “*as decisões administrativas são editadas com o pressuposto de que estão conformes à normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro*.”⁹³ Mas, tal não ocorre. Inicialmente, nenhuma presunção é absoluta, a ponto de não poder ser desconstituída por força de lei, como parece ser o caso presente. De outro lado, referida presunção não fica prejudicada eis que a desconstituição do ato inválido mediante a comprovação da má-fé deverá ser concretizada através de procedimento administrativo, atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao destinatário do ato, durante o procedimento realizado, provar o contrário. Não provando o destinatário do ato administrativo sua boa-fé (a contrário senso) o procedimento administrativo culminará com a edição de ato administrativo anulatório, devidamente motivado e com presunção de legalidade e veracidade. Ou seja, o ato originário, este sim, teve afastada sua presunção de legalidade e veracidade, mas, registre-se, por obra da própria administração, que postulou sua anulação, e não do administrado, destinatário do ato.

Se a anulação do ato administrativo ocorrer antes de decorrido o quinquênio decadencial por certo que a Administração ficará dispensada da comprovação da má-fé do destinatário do ato, bastando demonstrar que o ato a ser anulado está inquinado de vício nulificador.

Assim sendo, a incidência do princípio da boa-fé na relação jurídico-administrativa é uma realidade inabalável, confortada no plano legal por dispositivos do novo Código Civil e da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, mas tal incidência, repita-se, não prescinde de harmonização com outros princípios e, mesmo,

⁹³ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

alguma prudência, afinal a mesma Lei que protege a boa-fé estabelece, em seu artigo 53, que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

9 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo como outro qualquer ramo do direito está condicionado pelas transformações do sistema jurídico como um todo. Assim sendo, a incidência do princípio da boa-fé como um freio à atividade invalidatória da Administração Pública no que concerne a atos eivados de vício é uma realidade inabalável, mormente quando albergada por disposições do novo Código Civil e da Lei Federal nº 9.784/1999. Ocorre que a incidência do referido princípio deve ocorrer em harmonia ou reforçada pela observância de outros princípios que norteiam a atividade administrativa, presentes seja em sede constitucional, seja em sede doutrinária. Nesta esteira, entendemos que o princípio da boa-fé é uma obra em permanente construção e é o caso concreto e suas peculiares circunstâncias que vão determinar qual a decisão administrativa ou judicial mais indicada para o caso. Em ambas as hipóteses é imprescindível uma motivação da decisão em que haja declinação e se identifiquem os elementos de convicção que a determinaram. Baseado na evolução que tem experimentado o instituto da boa-fé entendemos devam as questões a serem dirimidas analisadas sob a ótica objetiva da boa-fé, notadamente, que é aquela que possibilita uma maior riqueza de elementos probatórios, bem como tem respaldo nas disposições do Código Civil. Por fim, resta acrescentar que a Lei Federal nº 9.784 estabeleceu um importante marco no que tange à relação entre Administração e administrados, unificando e trazendo para o plano legal o regramento do processo administrativo, além de estabelecer um equilíbrio maior entre direitos, deveres e obrigações de ambas as partes. De outro lado, a referida Lei reafirma consolidada jurisprudência do STF, no sentido de possibilitar à Administração Pública a anulação e a revogação dos seus atos, atendidos determinado requisitos. Acima de tudo, a referida Lei estabelece um paradigma a ser seguido pelos demais entes da Federação.

REFERÊNCIAS

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004.

CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

CAMARGO, RICARDO ANTÔNIO LUCAS. A aplicação do verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e as questões concernentes à responsabilidade do titular do poder econômico em sede de direito econômico. www.fbde.org.br/verbetae.html, acessado em 02/12/04.

CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

COSTA, JUDITH MARTINS. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS (IV), 2004.

COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004.

COUTO E SILVA, CLOVIS V. DO. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95.

GOUVÊA, EDUARDO DE OLIVEIRA. Revista Forense. Volume 369. pp. 73/88, p. 80.

MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

112

PARECER nº 3505 do Conselho do Serviço Público, publicado no D.O. de 06.05.1957, sendo Relator o Conselheiro Prof. João LEITÃO DE ABREU, citado no Parecer DAJ/ Consultoria-Geral nº 687/DAJ, de 16/08/1968, de autoria da Procuradora do Estado Maria Amália de MORAES RODRIGUES.

PARECER PGE nº 13165, de 03/08/2001, de autoria do Procurador do Estado Leandro Augusto NICOLA DE SAMPAIO.

PARECER PGE nº 13198, 27/09/2001, de autoria da Procuradora do Estado Helena Maria SILVA COELHO.

PARECER PGE nº 13384, de 17/04/2002, de autoria da Procuradora do Estado Adriana Maria NEUMANN.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

RÃO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVEIRA, ALIPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 30.**(Footnotes)**

“DEMOCRACIA A SER REALIZADA”

Fabiana Azevedo da Cunha¹

1 INTRODUÇÃO

A democracia idealizada e festejada demonstra-se muito distante da prática democrática mundial e, especialmente, da prática democrática brasileira. Por sua vez, a prática democrática brasileira encontra-se distanciada até mesmo do conceito de democracia que foi alcançado na Constituição brasileira de 1988. Assim, a democracia ainda parece ser um desafio a realizar, daí a relevância do tema e sua eleição para a presente abordagem.

Explicitar o paradoxo democrático, isto é, a aparente antítese de ser a democracia, ao mesmo tempo, tida como grande conquista consolidada no século XX e da qual, exemplificativamente, mais da metade da população latino-americana dela abdicaria em troca de um regime autoritário que resolvesse os problemas econômicos, é o que se pretende na primeira parte deste trabalho.

Em seguida, serão analisadas, em linhas gerais, algumas concepções de democracia, inclusive com o escopo de reafirmar sua indispensabilidade para a concretização da cláusula que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como de outros direitos fundamentais assegurados em várias Constituições recentes. Tal exame, ademais, faz-se necessário para que se realizem certos diagnósticos dos problemas que enfrentam os regimes democráticos na atualidade, em especial o brasileiro, análise que, ao final, se propõe o presente estudo.

Por fim, buscando examinar as motivações do problema levantando do paradoxo democrático, conclui-se que o distanciamento da participação cidadã da democracia, seja por força de problemas econômicos, seja por força do descrédito dos governantes perante o povo, seja por sérias desigualdades sociais, seja pela busca prioritária no atendimento de metas de política macroeconômica determinadas por organismos internacionais que não atacam os problemas sociais, dentre inúmeras razões apontadas, é o mote para a desilusão democrática. Assim, afirmar-se ser necessário fortalecer a prática democrática, a fim, inclusive, de preservá-la frente a discursos autoritários.

2 O PARADOXO DEMOCRÁTICO

Conforme aponta Anthony Giddens, “a democracia é talvez a idéia com maior poder de energização do século XX. Há hoje no mundo poucos estados que não se intitulam democracias. A ex-União Soviética e seus satélites da Europa oriental rotulavam-

¹ Mestre em Direito – PUC/RS, Especialista em Direito Tributário – UNISINOS, Diretora Presidente da Escola Superior de Advocacia Pública da APERGS, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

se “democracias populares”, como a China comunista ainda o faz. Praticamente os únicos países explicitamente não democráticos são as últimas monarquias semifeudais remanescentes, como a Arábia Saudita – e mesmo estas estão longe de escapar ao influxo de correntes democráticas”². O “imenso desejo de democracia e liberdade fez cair o muro de Berlim”³, fato histórico que representou uma das imagens libertárias mais marcantes do século XX.

O que afirma Anthony Giddens reflete-se, exemplificativamente, em trabalho de campo, denominado “Sondagens Eurobarômetro”, realizado pela Comissão Européia, anualmente, desde 1973, na primavera e no outono, junto aos cidadãos da União Européia com mais de 15 anos, residentes nos Estados-Membros da União Européia, o qual, no outono de 1998, quando foi solicitado aos entrevistados que avaliassem o legado do século XX, em vários domínios (liberdade, qualidade de vida, igualdade, espírito de cooperação, solidariedade, segurança social, assistência social, poder de compra, condições de trabalho, segurança individual, moral, ética, ambiente e emprego), apontou o domínio da liberdade como o mais bem avaliado positivamente com o percentual de 72% (setenta e dois por cento)⁴. Não se pode falar em domínio da liberdade sem falar em democracia.

Os valores democráticos têm tamanha importância que, na China⁵, país que tem alcançado crescimento econômico invejável no cenário mundial com clara violação aos princípios democráticos e aos direitos humanos, as autoridades ainda se vêem tendo que silenciar ativistas pró-democracia e parentes das vítimas do denominado “massacre da Praça Celestial”⁶, sendo crescente a pressão pró-democracia, embora o crescimento econômico do País.

Entretanto, não obstante tais constatações, o que se pode denominar a grande conquista do século XX, seria trocada, conforme relatório “A Democracia na América Latina”, lançado, em abril de 2004, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)⁷, em dezoito países pesquisados⁸, pela maioria dos 18.643 entrevistados, por um regime autoritário capaz de solucionar os problemas econômicos, isto é, 54,7% dos cidadãos latino-americanos entrevistados optariam por trocar a democracia por um regime autoritário que se revelasse capaz de solucionar os problemas econômicos. Ademais, 64,7% dos entrevistados, na referida pesquisa, entenderam que os governantes não cumprem o que prometem por mentirem para ganhar as eleições.

De tais informações pode-se extrair que o enfrentamento diário da pobreza, que aflige grande parte da população latino-americana, registrando o Brasil, por exemplo,

² GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 78.

³ FONTAINE, Pascal. *Uma Ideia Nova para a Europa. A declaração Schumann 1950-2000*. 2ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2000. p. 5.

⁴ *Como os Europeus Vêem a Si Próprios. Sondagens de Opinião – Um Espelho da Realidade*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2001. p. 7.

⁵ Zero Hora, 05/06/2004, p. 27.

⁶ Centenas de manifestantes, contrários ao regime, foram mortos, em quatro de junho de 1989, quando soldados do exército, apoiados por tanques, abriram caminho a tiros pela Avenida Changan e enfrentaram estudantes para retomar o controle da Praça Celestial.

⁷ Zero Hora, 22/04/2004, p. 10.

⁸ Costa Rica, Uruguai, Venezuela, República Dominicana, Peru, Nicarágua, Honduras, Guatemala, México, El Salvador, Argentina, Panamá, Chile, Bolívia, Brasil, Colômbia, Paraguai e Equador. Cuba não foi incluída no levantamento.

um dos mais altos índices de desigualdade econômica entre os mais ricos e mais pobres de sua população, e a incapacidade das autoridades eleitas em enfrentar positivamente os problemas sociais vem gerando um descrédito da população latino-americana na democracia a tal ponto que se cogita dela abdicar pela garantia da solução dos problemas econômicos. Tais dados revelam-se assustadores e infelizmente concretizam as palavras de Hannah Arendt, quando afirma que a pobreza coloca os homens sob a ditadura de seus corpos a ponto de desumanizá-los⁹.

Por outro lado, pelo menos de acordo com Anthony Giddens, tal fenômeno de desilusão generalizada com os processos democráticos não atinge só a América Latina, mas também outras democracias, ditas maduras, na medida em que, segundo o autor, na maior parte dos países ocidentais os níveis de confiança nos políticos e nos processos democráticos ortodoxos decresceram nos últimos anos, bem como reduziu-se, especialmente nos Estados Unidos, o número de votantes¹⁰.

Diante de tais circunstâncias e especialmente tendo como mote a realidade brasileira, quer parecer, e é o que se pretende demonstrar no presente trabalho, que, em realidade, a julgar pela prática democrática brasileira, grande parte da população sequer consegue apreender o que representa a democracia, porque a prática democrática para eles esgota-se na obrigatoriedade do voto nas eleições regulares. Julga-se faltar à grande parte da população sentir-se agente da democracia, na medida em que os espaços públicos de debate ainda são pequenos e, por outro lado, a população não se sente identificada com seus representantes, os quais não concretizam seus programas de campanha após eleitos, parecendo governarem apenas para os que detêm poder econômico.

Assim, em realidade, pode-se dizer que, embora se viva numa democracia, grande parte da população não se sente como agente político, mesmo porque sua voz não é ouvida na sociedade, sendo que, conforme refere Hannah Arendt¹¹ “as duas famosas definições do homem de Aristóteles – um ser político e um ser dotado de fala – completam-se mutuamente”. Então, utilizando-se da expressão trazida por Anthony Giddens, o que hoje parece imprescindível, até mesmo para garantir a permanência da democracia, é a “democratização da democracia”¹² ou simplesmente sua prática efetiva, o que é um desafio tanto para as democracias bem estabelecidas como para as democracias mais modernas. Todavia, antes de se adentrar em tal discussão, ter-se-á que analisar qual o conceito de democracia se entende por mais adequado no presente estudo.

3 O QUE É DEMOCRACIA?

Não é objetivo do presente trabalho analisar as várias concepções de democracia ou, ainda, suas características e seus valores, visto que o tema remontaria ao estudo de

⁹ ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Tradução I. Morais (revista por Manuel Alberto). Lisboa: Relógio D'Água, 2001. p. 72.

¹⁰ GIDDENS. *Mundo...* pp. 81-83.

¹¹ ARENDT. *Sobre a...* pp. 20-21.

¹² GIDDENS. *Mundo...* p. 84.

várias teorias do pensamento político, de diferentes períodos, amplitude que não se quer emprestar ao exame que ora se faz do tema.

Todavia, algumas considerações mínimas sobre o que se considerará democracia, para fins de estabelecer um acordo semântico com o leitor, serão feitas.

Assim, de acordo com Norberto Bobbio, Nicolla Matteucci e Gianfranco Pasquino, tem-se que as primeiras referências às três formas de Governo, advindas da tradição aristotélica¹³, são as de Heródoto. A noção do que hoje chamamos de democracia ateniense, em realidade isonomia e liberdade em Heródoto, segundo Hannah Arendt, era uma noção de ausência de normas e de governo diretamente do povo. A origem da noção de liberdade, de acordo com Hannah Arendt, tinha presente “uma forma de organização política na qual os cidadãos viviam juntos em condições de ausência de normas, sem uma divisão entre legisladores e legislados. Esta noção de ausência de norma foi expressa pela palavra isonomia, segundo os antigos as tinham enumerado, era a de que a noção de poder, de norma (...), estava dela ausente. A palavra “democracia”, exprimindo já nessa altura o governo da maioria, foi originalmente forjada pelos que se opunham à isonomia”¹⁴. Tal liberdade, por sua vez, dependia “da *agora*, praça pública, ou da *polis*, o espaço político propriamente dito”¹⁵.

Da referida concepção, contemporaneamente, em especial no Brasil, a prática da democracia muito se tem distanciado das origens clássicas, na medida em que liberdade, democracia, enquanto participação nos negócios públicos, para grande parte da população, não é uma realidade tangível. Se ao povo não é dado atuar, o povo poderá atribuir a história, as circunstâncias, aos “políticos”, sua condição, sendo que apenas com um regresso ao sentimento de efetiva participação popular é que poderá ser resgatada a crença na importância da democracia.

Retomando-se ao conceito, tem-se que, na tradição pós-aristotélica, segundo Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, a forma de governo entendida por democracia, que é “o Governo do povo ou de todos os cidadãos ou da maioria deles é, no tratado aristotélico, governo da maioria, somente enquanto Governo de pobres e é portanto Governo de uma parte contra a outra, embora da parte geralmente mas numerosa”¹⁶. A tripartição aristotélica, ainda de acordo com tais autores, em certa medida foi recepcionada por todo pensamento ocidental, passando por Tomás de Aquino, Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau (com a tradição da soberania popular, a quem compete, por meio da formação de uma vontade geral, que não é a vontade de todos, pois só objetiva o interesse comum e não os interesses decorrentes da soma de vontades particulares, fazer as leis, que serão executadas pelo Governo¹⁷), Kant e

¹³ “Teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos”. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varriale ...[et al.], coordenação da tradução João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5ª ed. Brasília: Ed. UnB, 2000. p. 319.

¹⁴ ARENDT. *Sobre a...* p. 34.

¹⁵ ARENDT. *Sobre a...* p. 36.

¹⁶ BOBBIO. *Dicionário...* p. 320.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Principios do Direito Político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. pp. 40-41, 64-65.

Hegel, embora com variações. Durante o século XIX, ainda de acordo com Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, o debate em torno da democracia cresceu por meio da disputa entre as doutrinas políticas do liberalismo e do socialismo, aquela expressa por autores como Tocqueville e John Stuart Mill, que vêem, como forma de democracia compatível com o Estado liberal, a democracia representativa ou parlamentar, na qual o dever de fazer leis cabe a um corpo de representantes eleitos pelos cidadãos com direitos políticos, sendo essencial o reconhecimento de direitos fundamentais de liberdade para atuação autônoma de cada cidadão na vida política, e esta, além do sufrágio universal, considerando o retorno a certos pontos da democracia direta por meio da participação popular e do controle do poder a partir de baixo estendendo-se dos órgãos de decisão política aos de decisão econômica, de alguns centros do aparelho estatal até a empresa, da sociedade política até à sociedade civil¹⁸. Enfim, segundo tais autores: “na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de “procedimentos universais”. Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeira ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo”¹⁹.

Além do conceito, por assim dizer, procedimental de democracia, adotado por Norberto Bobbio e também por Hans Kelsen²⁰, acima esboçado, pode-se colacionar a lição de “projeto democrático”, de Roberto Mangabeira Unger, “como o mais poderoso e duradouro conjunto de idéias sociais na história moderna”, o qual deve ser visto como muito mais do que pluralismo partidário e responsabilidade eleitoral do governo perante um eleitorado amplo, mas sim como um “esforço de tornar a sociedade um sucesso

¹⁸ BOBBIO. *Dicionário...* pp. 321-324.

¹⁹ BOBBIO. *Dicionário...* pp. 326-327.

²⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 132.

prático e moral, pela conciliação da busca de dois gêneros de bens: o bem do progresso material, nos liberando da servidão e da incapacidade e dando armas e assas aos nossos desejos, e o bem da independência individual, nos libertando dos esquemas triturantes de divisão e hierarquia social”²¹.

Para um estudo aprofundado do tema, abordagem que não se pretende na presente análise, eis que com objetivos mais modestos, impõe-se registrar as lições de Luis Fernando Barzotto, segundo o qual: “uma concepção de democracia deve explicar os três elementos constitutivos do conceito de democracia: o sujeito da democracia (quem governa?/governo do povo), o funcionamento da democracia (como se governa?/governo pelo povo) e finalidade da democracia (para quem se governa?/governo do povo)”²². Em sua obra “A Democracia na Constituição”, o autor analisa com profundidade, a partir das questões referidas, as concepções voluntaristas de democracia, assim entendidas a da democracia procedimental, construída a partir do pensamento de Kelsen, e a da democracia plebiscitária, originária do pensamento de Rousseau, e outra concepção ligada à idéia de razão prática, assim entendida a democracia representativa, que teria por base os textos éticos e políticos de Aristóteles²³. Após tal análise, propõe Luis Fernando Barzotto “uma interpretação da democracia constitucional contemporânea nas constituições teleológicas, como a Constituição brasileira de 1988”²⁴. Especificamente analisando a Constituição brasileira de 1988, o autor afirma que a democracia constitucional brasileira deve ser entendida como democracia representativa, na medida em que o povo (sujeito da democracia na Constituição brasileira) é uma comunidade, o que significa dizer que está dirigido a viabilizar uma vida boa para todos, o que dá, por conseguinte, um caráter racional à democracia, típico da democracia representativa, que também é exigida, haja vista que “apenas um processo político baseado na razão, e não na vontade, como na democracia plebiscitária e na democracia procedimental, está em conformidade com a dignidade da pessoa humana, ser racional”²⁵. Afirma, ainda, o autor, analisando a Constituição de 1988, em que são feitas várias referências à justiça, o que a aproxima da perspectiva do institucionalismo, para o qual “o direito positivo é uma ordem concreta de relações de justiça”²⁶, que, nessas circunstâncias, “para efetivar o Estado de Direito é necessário um exercício constante da razão prática. Razão prática, como foi pensada por Aristóteles, é essencialmente dialógica. (...) Essa razão prática é teleológica. (...) Somente com a consideração de um variado número de pontos de vista, e do debate entre eles, é que vamos determinar quais são os deveres de justiça exigidos para a realização do bem da pessoa e do bem comum”²⁷. Sendo imprescindível, então, a discussão e, por conseguinte, a democracia representativa. Luis Fernando Barzotto destaca, ademais, o caráter teleológico da Constituição de 1988, de maneira que o processo democrático brasileiro está ligado a um determinado

²¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16.

²² BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 13.

²³ BARZOTTO. *A Democracia...* pp. 15-16.

²⁴ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 20.

²⁵ BARZOTTO. *A Democracia...* pp. 180-181.

²⁶ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 190.

²⁷ BARZOTTO. *A Democracia...* pp. 190-191.

telos, que será, em última instância, a vida boa para todo ser humano membro da comunidade, o que, novamente, caracteriza a democracia no Brasil como democracia representativa²⁸.

A visão da democracia na Constituição de 1988, acima explicitada, está diretamente relacionada com a importante aproximação, contemporânea, do conceito de democracia da cláusula da dignidade da pessoa humana como direito fundamental. Nas Constituições atuais, a inserção da cláusula da dignidade humana tem influenciado na compreensão do dogma, base da democracia, da soberania popular. Nesse sentido, refere Peter Häberle: “Por mais freqüentes que tenham sido, na Alemanha de forma especialmente bem-sucedida, as variantes do liberalismo, do positivismo e um pensamento comprometido com as tradições burguesas e com um determinado constitucionalismo alemão, que concebia a democracia como mera “forma estatal”, dissociada das liberdades fundamentais, de modo tanto mais inequívoco deve-se hoje acentuar a conexão entre dignidade humana, liberdades fundamentais e uma ordem democrática livre, esta é a conseqüência organizatória daquelas”²⁹.

Por sua vez, nestas últimas concepções de democracia, que vão além da concepção procedimental, entendendo-se aquelas mais adequadas, especialmente considerando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “o povo constituiu menos uma grandeza *natural* pressuposta, do que uma grandeza constituída culturalmente no âmbito de uma Constituição estatal e que está sempre a se renovar pluralisticamente em suas conexões culturais. Constituiu-se de “titulares de direitos fundamentais”, portanto, de cidadãos. (...) O povo não constituiu uma grandeza mística, senão uma coordenação de muitos homens dotados, cada um, de dignidade própria: uma espacialmente localizada, temporalmente desenvolvida, aberta ao futuro, publicamente vivida e responsável coordenação de um “multidão de homens” debaixo de leis jurídicas (no sentido de Kant): o povo democraticamente constituído e naturalmente orientado pela e comprometido com a dignidade humana”³⁰.

De qualquer forma, dentre as expressões daqueles que, na ciência política, dedicaram-se ao tema, importa frisar inúmeras citações sobre os benefícios decorrentes da democracia e especialmente das instituições democráticas à coletividade, como, por exemplo, pode-se observar na passagem de Aléxis de Tocqueville: “Existe, pois, no fundo das instituições democráticas, uma tendência oculta que faz com que os homens, freqüentemente, concorram para a prosperidade geral, a despeito de seus vícios ou de seus erros”³¹.

Outrossim, o reconhecimento de uma relação de interdependência entre a democracia e valores como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, entendidos tais valores substancialmente, implica num reconhecimento de que se proteja a democracia da desilusão que sobre si é projetada em decorrência, pelo menos na América Latina, de circunstâncias de pobreza econômica que não permitem

²⁸ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 201.

²⁹ HÄBERLE, Peter. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* MAURER, Béatrice ...[et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo. Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 134.

³⁰ HÄBERLE. *Dimensões...* pp. 132-133.

³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América.* Traduzido e condensado para o leitor contemporâneo por José Livio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1998. p. 119.

à grande parte da população reconhecerem sua importância e de arranjos que não permitem realizar uma democracia verdadeiramente deliberativa, mas tão-somente procedimental.

É com tal concepção e visão da democracia que se pretende enfrentar, então, as possíveis motivações do que se denominou paradoxo democrático.

4 A DEMOCRACIA A SER REALIZADA

Esclarecido o que se pode entender por democracia, bem como assentada a premissa de que efetivamente sem ela não se poderia cogitar de comunidades em que se preserve a dignidade da pessoa humana, assegurando-lhe direitos fundamentais que garantam tal condição, há que se retomar a investida na análise inicial do paradoxo democrático e, especialmente, buscar identificar como a democracia se realiza no Brasil.

Caso ora se dirijam os olhos especialmente à democracia no Brasil, poder-se-á verificar que, junto ao processo de democratização pós-ditadura militar evoluiu outro processo de descentralização do poder político, estando-se a tratar da distribuição do poder político entre os diversos entes autônomos que compõem a federação brasileira, ou seja, evoluiu o federalismo. Este, em especial na Constituição de 1988, direcionou-se para a descentralização de poder, o que se revelou tanto pela forma de distribuição das receitas públicas entre os três níveis de governo, quanto, ainda que em menor medida, de distribuição dos serviços a serem prestados pelos entes federados.

Todavia, exatamente o que parece ocorrer com a democracia no Brasil também ocorre com o federalismo, ambos se tratando de mecanismos de descentralização de poder. Assim, embora a Constituição de 1988 tenha institucionalizado um modelo de Estado federal, bem como um modelo de democracia, na prática, os modelos concretizados não observam os limites e os fins traçados pelas normas constitucionais. Dessa forma, divulga-se a crise do federalismo brasileiro, da mesma forma como é divulgada a pesquisa de opinião sobre o descrédito na democracia nos países latino-americanos, dentre os quais o Brasil. E tais crises são concretas e, em dado momento, crescem-se, na medida em que, quanto ao federalismo, embora a tendência descentralizadora da Constituição Federal de 1988, a fim de que o Brasil atenda um programa ditado por organismos financeiros internacionais de estabilização macroeconômica sem prejuízo de credores internos e externos do Estado, bem como de integração no sistema de comércio internacional, está-se concretizando, na prática, uma tendência centralizadora de poder na União Federal, que vem enfraquecendo as unidades autônomas (Estados e Municípios), exatamente os entes que têm maior proximidade com os cidadãos locais, o que acaba por também distanciar as instâncias decisórias dos cidadãos locais³² e, ainda, por distanciar-los em certa medida do espaço público de debate.

³² Ver sobre o tema, dentre outros: BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003; COMPARATO, Fábio Konder. Retenção de Recursos Estaduais pela União. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, pp. 87-91; LAGEMANN, Eugenio. O Federalismo Fiscal Brasileiro em Questão. *A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados*. AFFONSO, Rui de Brito Álvares, SILVA, Perdo Luiz Barros (organizadores). São Paulo: FUNDAP, 1995, pp. 329-353.

Resultado disso é que a tão mencionada estabilização econômica é alcançada por meio de um esforço fiscal sem precedentes que vem sendo efetivado em todas as instâncias de poder (União, Estados e Municípios) no Brasil, bem como pela elevação do superávit primário, que, para ser preservado, concentra as reservas financeiras nacionais, as quais acabam destinando-se ao pagamento de juros da dívida externa, sem que se observem melhorias nas condições de vida da população brasileira, especialmente das de baixa renda. Ao contrário, o abismo entre os mais pobres e mais ricos apenas tem aumentado. Por outro lado, os recursos destinados aos programas sociais são destinados aqueles do tipo assistencialista que não representam a inclusão efetiva dos beneficiários na sociedade e, diante dessa realidade, a efetivação tanto da democracia que a Constituição de 1988 autoriza a praticar, quanto o federalismo idealizado, acabam não sendo eficientes no combate à desigualdade social, no oferecimento de condições existenciais mínimas de vida aos cidadãos brasileiros, enfim à construção de uma sociedade fraterna, justa e solidária, a ponto de se cogitar de abdicar da democracia, conforme já se destacou, em prol de um governo autoritário que trouxesse solução aos problemas econômicos.

Veja-se que tal discussão é trazida, haja vista que a análise dos problemas da concretização da democracia no Brasil sem o exame da correlata crise do federalismo é lacunosa, na medida em que, conforme bem afirma Carmem Lúcia Antunes Rocha: “A Federação brasileira é um elemento necessário para a concretização da democracia, para a garantia dos fundamentos que a devem alicerçar, como o pluralismo político, a cidadania participante, etc. Daí porque as ditaduras sempre começam por minguar as competências estaduais e municipais e, deste modo, tentam impor fórmulas administrativas e financeiras idênticas para o acatamento de todos os entes da federação. O tolhimento do espaço de competência autonômica exclusiva de cada uma destas pessoas é o primeiro passo para o posterior e conseqüente tolhimento de todas as formas de exercício de autonomia e de liberdade, inclusive das pessoas. Daí porque o acatamento do princípio federativo impõe uma vigília cidadã permanente, pois de sua afronta nascem as condutas que submetem, depois, todas as formas de manifestação livre do cidadão quanto às instituições segundo as quais ele pretende viver”³³.

Ressalte-se que, no próprio nascedouro da primeira experiência de federalismo, tem-se presente a idéia de participação democrática, tanto que Jefferson, citado por Hannah Arendt, referia que o princípio do governo republicano exigia “a subdivisão dos distritos em circunscrições”, isto é, “pequenas repúblicas”, por meio das quais “todo o homem no Estado” poder-se-ia tornar “um membro ativo do governo comum, realizando em pessoa uma grande quantidade dos direitos e deveres, subordinados certamente, mas importantes e inteiramente dentro da sua competência”³⁴.

Entretanto, volta-se a afirmar que talvez ainda não se tenha experimentado, pelo menos no Brasil, uma verdadeira democracia representativa, como a moldou a Constituição de 1988, isto é, com efetiva participação popular, quer se dizer compatível com nossos arranjos institucionais, da mesma forma que não se experimentou um

³³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 26. p. 66.

³⁴ JEFFERSON. Carta a Cartwright. *Apud* ARENDT. *Sobre...* p. 312.

federalismo tipicamente brasileiro, que tolere e respeite os espaços regionais. Se a democracia e o federalismo brasileiro podem hoje parecer trazer mais problemas do que soluções, com certeza, em parte, isso se deve muito mais ao que estamos realizando e muito menos a inconsistências teóricas da democracia e do federalismo.

Conforme bem apontou Roberto Mangabeira Unger: “Um dos inimigos do experimentalismo democrático é o fetichismo institucional: a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária”³⁵.

No Brasil, parece ocorrer isso, ou seja, antes que se concretize o modelo democrático traçado na Constituição de 1988 e no afã de que se adira a outro modelo eventualmente bem sucedido em outra comunidade, inicia-se um processo de redução do papel de auto-governo popular e, por conseguinte, de centralização de poder, de maneira a negar aos problemas coletivos, soluções coletivas, degenerando-se a política numa série de acertos parciais e restritos entre grupos desigualmente organizados, cada grupo descobrindo-se preso no próprio entendimento atual de seus interesses e de sua identidade³⁶.

Apenas na hipótese de que fosse acolhido um conceito meramente procedimental de democracia, que não é o constante da Constituição brasileira, para o qual a igualdade material nada tem a ver com a democracia, poderíamos estar satisfeitos com a prática democrática brasileira. Igualmente é nesse tipo de democracia que “o povo é concebido como um conjunto de indivíduos cuja vontade está voltada à realização dos seus interesses particulares”³⁷. Todavia, conforme explicitado anteriormente, temos que ter presente que o conceito de democracia na Constituição brasileira de 1988 longe está do conceito de democracia procedimental, restando muito mais aproximado do conceito de democracia deliberativa, na medida em que o povo é entendido como uma comunidade, sendo a finalidade da democracia o bem comum e seu funcionamento regido por uma concepção institucionalista de Estado de Direito³⁸.

Nas palavras paradigmáticas de Luis Fernando Barzotto: “A pessoa humana, por sua dignidade de ser racional, deve participar nas decisões que afetem sua vida, ela exige justificativas racionais para todo ato de poder no interior da comunidade e se recusa a obedecer leis, comandos e ordens que não podem se justificar argumentativamente. Por fim, não deve ser esquecida a lição de Aristóteles: a razão prático-política é essencialmente dialógica. A exigência de um “império da razão” no âmbito público, que esteja em conformidade com a dignidade da pessoa humana, exige a existência de um âmbito de discussão e deliberação”³⁹. Na prática, o que se verifica é a não-apresentação das justificativas racionais exigidas numa democracia representativa. Os que atuam no espaço público de debate, tratam a política como ato de vontade, o que está contribuindo para o descrédito da democracia.

³⁵ UNGER. *O Direito...* p. 17.

³⁶ UNGER. *O Direito...* p. 21.

³⁷ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 172.

³⁸ BARZOTTO. *A Democracia...* pp. 175-176.

³⁹ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 181.

Dessa forma, caso não se busque resgatar o papel de agente dos cidadãos, não se quebrará o paradoxo democrático, mesmo porque, conforme lição de Alexis de Tocqueville, sempre atual: “É difícil conceber que homens que renunciaram por completo o hábito de dirigir a si próprios possam sair-se bem na escolha daqueles que devem governá-los. E nada fará crer que um Governo liberal, enérgico e sensato possa sair do sufrágio de um povo de subservientes”⁴⁰. A democracia apenas avança quando há uma efetiva participação da população, quando “*gran parte de las personas corrientes intervenga activamente em el diseño de la agenda pública – y no solo a través del voto, sino también de la deliberación y de la participación en organizaciones autónomas –; cuando se aprovechan de forma activa esas oportunidades; y cuando a las élites no les es posible controlar ni banalizar las modalidades de debate*”⁴¹. Aí está a força criativa da democracia, isto é, no ativismo dos cidadãos.

Ademais, de registrar que igualmente aflige a democracia brasileira, especialmente considerando o desenvolvimento da política no período posterior à última eleição presidencial realizada, o enfraquecimento dos partidos políticos enquanto partidos dotados de programas alternativos, o que é indispensável num processo democrático. Sobre a indispensabilidade ao regime de democrático de partidos opostos, competindo pelo poder político, assim se manifestou Michel Walzer: “(...) exige a presença de líderes alternativos (com programas alternativos), mesmo que nunca cheguem de fato a ganhar uma eleição. São co-participantes, assim como os membros do time adversário num jogo de basquete. Sem eles não há jogo e por isso eles têm direito a fazer cestas e vencer, se puderem”⁴². Ressalte-se que, nos termos da Constituição de 1988, o pluralismo político, conforme artigo 1º, inciso V, é princípio fundamental do Estado democrático de direito, o que, na prática, todavia, não se concretiza, na medida em que há um imenso fisiologismo dos partidos políticos que dominam a cena política brasileira, os quais, embora no discurso afirmem ter programas alternativos, no fundo não os têm, o que vicia o próprio processo de elaboração das leis que não se realiza com representantes que efetivamente estejam racionalmente debatendo seus vários pontos de vista no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas Estaduais e nas Câmaras de Vereadores Municipais com vistas à concretização dos deveres de justiça tendo em vista a realização do bem comum conforme determinado constitucionalmente. Ao contrário, observam-se inúmeras vezes que o processo legislativo é determinado por um grande jogo de interesses, que visa à satisfação de bens particulares e desconsidera determinados valores consagrados constitucionalmente, o que sem dúvida contribui também para a prática excessiva de atos em desconformidade com a lei, visto que a lei mais se apresenta como instrumento imposto visando bens particulares, ainda que de uma coletividade, do que com vistas ao bem comum.

Além disso, a democracia realizada no Brasil também se distancia da exigência, para que ela possa operar, da separação entre a própria política e o Estado. Tal separação impõe que ao partido eventualmente vencedor nas eleições seja vedado transformar

⁴⁰ TOCQUEVILLE. *Da Democracia*... p. 263.

⁴¹ CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Traducción de Francisco Beltrán. México: Taurus, 2004. p. 10.

⁴² WALZER, Michael. *Da Tolerância*. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14.

sua ideologia no credo oficial da religião civil⁴³, o que não ocorreria, por exemplo, caso fosse transformado em feriado nacional o dia da ascensão ao poder de determinado partido ou, ainda, autorizado que se estampasse, nos jardins do Palácio da Alvorada, em grandes dimensões, o símbolo partidário decorrente de um esmerado trabalho de jardinagem. Tais práticas não são democráticas.

Ademais, a desigualdade social é tão grande no Brasil que parece não se ter propiciado sequer a ruptura do projeto “modernista” de inclusividade democrática, de maneira que nem todos os cidadãos são minimamente iguais a ponto de poderem discutir entre si, de participar e de se engajar efetivamente da política democrática. Mais: nem todos os indivíduos conseguem ser cidadãos efetivamente, isto é, titulares de direitos fundamentais, estando por assim dizer afastados da própria noção de povo num Estado constitucional, no sentido de “soma” dos titulares de direitos fundamentais como homens individuados⁴⁴. Veja-se que, para Aristóteles, segundo Luis Fernando Barzotto: “O principal fator da ruína da comunidade política (...) é a ausência da igualdade. Quanto maior for a desigualdade nas riquezas e no poder em um regime, mais próximo estará ele da ruína”⁴⁵. Embora a necessidade de contextualização dos argumentos aristotélicos, conforme bem apontado pelo autor, “de qualquer modo, permanece válida a tese de que a participação política e a democracia encontram na extrema riqueza e na extrema pobreza condições adversas para sua realização”⁴⁶. Com tamanha desigualdade social não é difícil constatar as dificuldades de concretização da democracia no Brasil.

De outra parte, ainda como um problema a ser superado pela democracia brasileira, pode-se apontar uma tendência ao decisionismo na prática jurisdicional, de maneira que, muitas vezes, verifica-se que, no ato judicial, pretende-se dar não uma continuidade ao processo democrático iniciado com o processo legislativo, mas propor-se uma ruptura com tal processo, ainda que sem a legitimação democrática pelo voto popular.

Assim, diante de todas as circunstâncias apontadas, ainda que resumidamente e sem perder de vista que não se estabeleceu efetivamente um espaço público de debate sobre a democracia, não se pode afirmar que a democracia tenha sido submetida a um verdadeiro teste democrático, apresentando-se a pesquisa de opinião realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apenas como um indutor de reflexões sobre a prática da democracia.

Entretanto, é de destacar que, segundo Amartya Sen, os países que se submeteram a um real teste democrático, ainda que com grandes índices de pobreza, não abdicaram da democracia, nesse sentido: “(...) quando o governo indiano, sob a liderança de Indira Gandhi, tentou usar um argumento semelhante na Índia para justificar a “emergência” que ela erroneamente declarava em meados da década de 1970, convocou-se uma eleição que dividiu os eleitores precisamente nessa questão. Nessa eleição decisiva, disputada em boa medida com base na aceitabilidade da “emergência”, a supressão de direitos políticos e civis básicos foi firmemente rejeitada, e o eleitorado

⁴³ WALZER. *Da Tolerância...* p. 106.

⁴⁴ HÄBERLE. *Dimensões...* p. 134.

⁴⁵ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 70.

⁴⁶ BARZOTTO. *A Democracia...* p. 61.

indiano – um dos mais pobres do mundo – mostrou-se tão ardoroso para protestar contra a negação de liberdades e direitos básicos quanto para queixar-se de pobreza econômica. No momento em que de certa forma houve um teste da proposição de que os pobres em geral não se importam com direitos civis e políticos, as evidências foram inteiramente contrárias a essa afirmação. Considerações semelhantes podem ser apresentadas observando-se a luta por liberdades democráticas na Coreia do Sul, Tailândia, Bangladesh, Paquistão, Mianmá (ou Birmânia) e outras partes da Ásia. De forma análoga, embora a liberdade política seja amplamente negada na África, tem havido movimentos e protestos contra esse fato sempre que as circunstâncias permitem, apesar de os ditadores militares terem dado poucas oportunidades para isso⁴⁷.

Destarte, não obstante os problemas que têm que ser enfrentados na realização da democracia, ainda há fundamentadas razões para comemorá-la como o grande legado do século XX e para pensá-la menos como uma “uma flor frágil” e mais “como uma planta robusta, capaz de medrar até no terreno mais estéril”⁴⁸.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto o paradoxo democrático, bem como esclarecidas as concepções de democracia, ainda que de forma sintética, e indicada aquela mais adequada, pelo menos quando se pretende discutir a realidade brasileira, passou-se a enfrentar as possíveis motivações da aparente contradição entre a expansão da democracia e uma possível desilusão sobre ela.

Entretanto, em que pese a análise dos problemas e dificuldades que a democracia vem enfrentando para se concretizar e especialmente os freqüentes ataques que sofre, principalmente quando se apresenta mais fácil, conforme refere Amartya Sen, enfraquecê-la sob o argumento de que, em situações de miséria, primeiro as necessidades econômicas devem ser satisfeitas e depois deve haver a preocupação com as liberdades políticas⁴⁹, ousa-se afirmar que o paradoxo democrático é, em realidade, aparente, porque confronta um ideal de democracia com uma prática democrática que, em muitos países, sequer chegou a ser efetiva.

Embora para alguns possa parecer mais simples a aderência ao discurso da prevalência do combate à fome, ainda que com prejuízo da liberdade, ousa-se concordar que tal dissociação não é viável e adotar a lição de Amartya Sen no sentido de que a satisfação das necessidades econômicas depende da democracia, isto é, não prescinde de discussões e debates públicos abertos⁵⁰, que deveriam ser características das democracias deliberativas. De ressaltar que o exemplo brasileiro não deixa de confirmar tal teoria, na medida em que, embora a democracia brasileira seja do tipo deliberativo, ela não chegou a se concretizar em sua completude, faltando-lhe especialmente um efetivo espaço público de debate. A democracia em si não se presta, conforme já

⁴⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Livraria das Letras, 2000. p. 179.

⁴⁸ GIDDENS. *Mundo...* pp. 90-91.

⁴⁹ SEN. *Desenvolvimento...* pp. 173-174.

⁵⁰ SEN. *Desenvolvimento...* p. 175.

referido, para cópias automáticas de modelos bem-sucedidos para outros países, soluções imediatas, mas sim para uma análise prática de como é exercida. Se não exercermos a democracia de forma a dela obter toda potencialidade de suas oportunidades, certamente não se poderá dela esperar o ótimo. Tem-se que aprendê-la a praticar e essa é, poder-se-ia dizer, uma prática relativamente recente nos países latino-americanos e, portanto, é muito cedo para se dizer que a democracia em si está em crise, mas podemos afirmar que ela está sim em processo de concretização e aperfeiçoamento da prática democrática, mesmo porque o funcionamento da democracia para todas as pessoas, que por um longo período foram ensinadas a obedecer cegamente, é ainda um desafio.

Ao contrário do que o suposto paradoxo democrático poderia levar a acreditar, segundo Amartya Sen, não há registro de país independente, com eleições regulares, com partidos de oposição ativos e imprensa livre, em que tenha ocorrido fome coletiva⁵¹. De sorte que se apresenta extremamente arriscada a adesão ao discurso que tende a conduzir para a promessa da solução de problemas econômicos por meio de um regime autoritário, na medida em que a solução dos problemas econômicos é totalmente compatível e muito mais provável com a democracia, que garante a discussão e o diálogo e, por conseguinte, a compreensão dos próprios problemas econômicos. Como exemplo dos reflexos da prática democrática na solução dos problemas sociais, ainda de acordo com Amartya Sen, a discussão pública sobre as altas taxas de fecundidade em Estados indianos com maiores proporções de pessoas alfabetizadas, conduzida sem coerção, mas buscando destacar a importância de certos valores, repercutiu diretamente sobre a redução de tais taxas⁵². Essa é a boa prática e aquela que faz crer que a democracia é o meio mais adequado para garantir uma sociedade plural, justa e solidária, que é o *telos* pretendido pela Constituição brasileira de 1988, que, se ainda não alcançada, deve-se muito mais as dificuldades de efetivar a prática democrática no Brasil e muito menos à democracia em si.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. Sobre a Revolução. Tradução I. Morais (revista por Manuel Alberto). Lisboa: Relógio D'Água, 2001;

BARZOTTO, Luis Fernando. A Democracia na Constituição. São Leopoldo: UNISINOS, 2003;

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varriale ...[et al.], coordenação da tradução João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5^a ed. Brasília: Ed. UnB, 2000;

⁵¹ SEN. Desenvolvimento... p. 180.

⁵² SEN. Desenvolvimento... p. 181.

Como os Europeus Vêm a Si Próprios. Sondagens de Opinião – Um Espelho da Realidade. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001;

CROUCH, Colin. Posdemocracia. Traducción de Francisco Beltrán. México: Taurus, 2004;

FONTAINE, Pascal. Uma Ideia Nova para a Europa. A declaração Schumann 1950-2000. 2ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000;

GIDDENS, Anthony. Mundo em Descontrole. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003;

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. MAURER, Béatrice ...[et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo. Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 89-152;
Jornal Zero Hora, publicações de 22/04/2004 e 05/06/2004;

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. Revista Trimestral de Direito Público, v. 26. pp. 60-67;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003;

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Livraria das Letras, 2000;

TOCQUEVILLE, Alexis de. Da Democracia na América. Traduzido e condensado para o leitor contemporâneo por José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1998;

UNGER, Roberto Mangabeira. O Direito e o Futuro da Democracia. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004;

WALZER, Michael. Da Tolerância. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A DURAÇÃO DAS FÉRIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL APÓS A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Roberto Padilha Guimarães¹

1 INTRODUÇÃO

A Convenção n. 132, instrumento oriundo da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata de férias anuais remuneradas, em 23.09.1981, foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 47. Posteriormente, em 05/10/1999, o Governo Brasileiro, através do Decreto nº 3.197, promulgou a Convenção em vernáculo nacional, tornando público que o Brasil depositou o instrumento de ratificação na Organização Internacional do Trabalho em 23 de setembro de 1998.

A referida norma internacional trouxe várias modificações na legislação pátria no que tange à disciplina das férias individuais remuneradas, derrogando algumas normas da lei interna brasileira. No entanto, tal preceito ainda é desconhecido por boa parte dos operadores do direito, tendo ingressado no Ordenamento Jurídico Nacional de maneira quase que “*silenciosa*”². Nesse sentido, salienta-se que o desconhecimento acerca da existência e aplicabilidade do mencionado diploma legal reflete-se diretamente nas postulações perante a Justiça do Trabalho fundamentadas na Convenção n. 132, que, em que pese o aumento verificado nos últimos anos, ainda são incipientes.

De outro lado, verifica-se que os estudos científicos que propõe debater a interpretação e a aplicação de tal norma internacional na legislação brasileira revelam que ainda há muitas dúvidas e divergências acerca da matéria.

Nesse contexto, ressalta-se que um dos pontos mais discutidos é o relativo ao período de duração das férias no Brasil após a ratificação da Convenção. No caso, questiona-se se o Instrumento Internacional alterou ou não a disciplina do período mínimo das férias dos trabalhadores brasileiros.

¹ Roberto Padilha Guimarães é Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS, Autor da obra, “*VIGÊNCIA E APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL*”, publicada pela Memória Jurídica Editora; Advogado Trabalhista e Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

² Expressão adotada por SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. *Revista da AMATRA II*, ano I, nº 3, p.5, ago/2000.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 129-141, jul./dez. 2005

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema ou chegar a conclusões definitivas, o presente estudo tem por objetivo discorrer acerca da duração mínima das férias no Brasil a partir da vigência da Convenção 132 da OIT na Ordem Jurídica Nacional, destacando o entendimento da doutrina e da jurisprudência a respeito da matéria.

Previamente, contudo, far-se-á algumas abordagens teóricas de sorte a pavimentar o caminho que os estudos irão trilhar, como o estudo das linhas básicas sobre a Organização Internacional do Trabalho e a sua atividade normativa, representada pelas Convenções Internacionais, bem como a sua incorporação, vigência e aplicabilidade na legislação brasileira.

2 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

A Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versailles em 1919, trata-se de uma pessoa jurídica de Direito Internacional Público, sendo, hoje, um organismo especializado vinculado à ONU. Trata-se de uma organização permanente encarregada de trabalhar pela universalização dos princípios de justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas, mediante a uma atividade normativa tendente a incorporar direitos e obrigações aos sistemas jurídicos nacionais dos seus Estados-Membros. Tem por objetivo, também, o incremento da cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e a harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.

A atividade primordial da OIT e a sua principal razão de ser é a regulamentação internacional do trabalho, competindo a um de seus órgãos³, a Conferência Internacional do Trabalho, na qualidade de assembléia geral da organização, tal tarefa. Essa atividade normativa tem por finalidade fomentar a universalização da justiça social e instrumentaliza-se por meio das chamadas “Convenções Internacionais”.

As Convenções Internacionais constituem-se, segundo ensina o mestre Arnaldo Süssekind, “[...] em tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-Membros, que, uma vez ratificados, devem integrar a respectiva Legislação Nacional”⁴. A respeito disso, constata-se que são multilaterais, porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, pois podem ser ratificados por todos os Estados-Membros da OIT e não apenas aos que participaram da sessão da Conferência Internacional do Trabalho na qual foi aprovado; de caráter normativo, porque enquanto os tratados firmados entre Estados visam à concessão de vantagens recíprocas, as Convenções da OIT têm por fim a universalização de normas de proteção ao trabalho e a sua incorporação ao Direito Interno dos Estados-Membros, tratando-se, portanto, de fontes formais de Direito⁵.

³ A OIT é formada por três órgãos principais, a saber: a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo : LTr, 2000, p.1482.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 31.

De outro lado, cumpre assinalar que, não obstante um dos objetivos primordiais da OIT, expressamente estabelecido no preâmbulo da sua Constituição, seja a universalização tanto quanto possível uniforme das normas internacionais do trabalho, de modo a equilibrar o ônus da proteção ao trabalhador que recai sobre a produção, certo é que tal princípio “*não deve ser invocado com absolutismo, de forma a reduzir direitos assegurados aos trabalhadores nos países em que uma convenção se torne aplicável por força da sua ratificação*”⁶. Nesse sentido, a Convenção é considerada como uma norma mínima de caráter internacional, não podendo prevalecer se houver normas anteriores e posteriores internas mais vantajosas aos obreiros. Tal diretriz, a propósito, está expressamente estabelecida na Constituição da OIT, no art. 19, § 8º, *verbis*: “*Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis do que as previstas na convenção ou recomendação*”.

É importante destacar que a referida norma nada mais é do que a positivação no âmbito internacional do princípio da proteção ao trabalhador. Esse princípio, conforme salienta o mestre uruguaio Américo Plá Rodriguez, “*refere-se ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes*”⁷.

Nesse contexto, a regra da norma mais favorável, consagrada no citado dispositivo, determina que no caso de haver mais de uma norma aplicável deve-se optar por aquela que seja mais vantajosa ao obreiro, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos da hierarquia das normas⁸. Ou seja, se os preceitos legais, normativos ou costumeiros em vigor forem mais favoráveis aos trabalhadores do que os da Convenção ratificada, aqueles continuarão em plena vigência, sem que se opere qualquer derrogação.

Assim, considerando a inserção do Direito Internacional no Direito Interno dos Estados-Membros, três hipóteses poderão ocorrer, a saber: [a] o direito estabelecido na convenção reproduz o direito previsto na legislação interna; [b] a condição assegurada pela OIT inova o universo dos direitos previstos nas normas nacionais; [c] a norma internacional contraria as normas internas nacionais.

Na primeira hipótese, as convenções da OIT reforçarão o elenco dos direitos legalmente consagrados. Já, na segunda hipótese, a convenção ampliará e estenderá o elenco dos direitos do trabalhador. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá o critério da norma mais favorável ao obreiro.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 233-234.

⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo: 1978, p. 27.

⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, p. 42.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 129-141, jul./dez. 2005

3 VIGÊNCIA E APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os mecanismos de inserção do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico de determinado Estado são estabelecidos somente pelo Direito Vigente Internamente.⁹

No Brasil, as normas que regulam a inserção das Convenções Internacionais da OIT na Ordem Jurídica Interna estão estabelecidas na Constituição Federal e na Constituição da OIT¹⁰.

Nesse sentido, dispõe o artigo 21, inciso I, da Constituição Federal que é de competência exclusiva da União “*manter relações com estados estrangeiros e participar de organizações internacionais*”. Além disso, estabelece o artigo 84, inciso VIII, que compete privativamente ao Presidente da República “*celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”, o qual é complementado pelo art. 49, que prevê que é da Competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados internacionais que acarretem compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Por seu turno, dispõe o art. 19, §5º, b, da Constituição da OIT, que os Estados-Membros comprometem-se a submeter, no prazo de um ano, a Convenção aprovada à autoridade ou às autoridades em cuja competência encontre-se a matéria nela relacionada.

A Convenção n. 132 da OIT foi aprovada em 03 de Junho de 1970, entrando em vigor, no âmbito internacional, em 30 de Julho de 1973, podendo, a partir dessa data, obrigar os Estados que a ratificarem ao cumprimento das suas disposições.

A referida norma internacional foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 23 de setembro de 1981, por meio do Decreto Legislativo nº 47. No entanto, o instrumento de ratificação só foi depositado pelo Governo Brasileiro 17 anos depois, em 23 de setembro de 1998, passando a mesma a vigorar, de acordo com o seu art. 18, § 3º, 12 meses após data do registro de sua ratificação, ou seja, em 23 de setembro de 1999. Finalmente, o Decreto Presidencial nº 3.197, de 5 de Outubro de 1999 [DOU 06.10.99], promulgou a referida Convenção.

A questão da vigência e aplicabilidade da Convenção n. 132, a exemplo das demais convenções da OIT, trata-se de questão controversa na doutrina, evocando-se duas correntes doutrinárias que discutem o equacionamento da questão: a primeira, pregada por Georgenor de Sousa Franco Filho¹¹, Aldacy Rachid Coutinho¹², Arnaldo Sússekind¹³ e Sérgio Pinto Martins¹⁴, dentre outros doutrinadores, sustenta que a possibilidade de aplicação da referida norma internacional ocorreu somente a partir da

⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 137.

¹⁰ A Constituição da OIT, adotada em 1919, foi revista em 1946, sendo o seu instrumento de emenda objeto de ratificação pela Brasil, conforme Decreto de promulgação n. 25.696, de 20 de Outubro de 1948.

¹¹ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias, p. 561-2.

¹² COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção 132 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, n. 48, p. 13, jul.-dez/2002.

¹³ SÚSSEKIND, Arnaldo. Alterações na Legislação de férias. *Revista de direito trabalhista*, Brasília, n. 800, p. 09, fev/2000.

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. O direito a férias e a Convenção nº 132 da OIT. *Repertório de jurisprudência IOB*, n.14, caderno 02, p. 396, jul/2002.

sua promulgação pelo Decreto nº 3.197/99; a segunda, sustentada por Glauce de Oliveira Barros¹⁵, defende que a invocação da Convenção já poderia ter ocorrido a partir de 23 de setembro de 1999, ou seja, 12 meses após o depósito da ratificação na Repartição Internacional do Trabalho.

Concorda-se com a segunda corrente, pois, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, não há previsão da necessidade de promulgação da convenção, após a sua ratificação, por um Decreto do Executivo, como condição de aplicabilidade no âmbito interno. De outro lado, ressalta-se que a própria Convenção prevê, expressamente, o início de sua vigência no art. 18, § 3º (12 meses após data do registro de sua ratificação).

Cabe observar, ainda, que o próprio Decreto nº 3.197/1999, que promulgou a Convenção, estabelece que a mesma passou a vigorar, “*para o Brasil, em 23 de setembro de 1999*”.

Nesse contexto, portanto, pode-se concluir que a Convenção nº 132 passou a vigorar, com a possibilidade de ser invocada no Ordenamento Jurídico Nacional, após 12 meses da data do registro da sua ratificação pelo Governo Brasileiro junto à Repartição Internacional do Trabalho, conforme dispõe o seu art. 18, §3º. Ou seja, tendo em vista que este instrumento de ratificação foi depositado em 23 de setembro de 1998, a referida norma internacional passou a vigorar e a produzir efeitos na Ordem Jurídica Brasileira a partir de 23 de setembro de 1999.

4 A DURAÇÃO DAS FÉRIAS NO BRASIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Primeiramente, cabe observar que o Brasil, como a maioria dos países que ratificaram a Convenção¹⁶, optou pela aplicação da referida norma internacional pela via legislativa, estabelecendo, no Decreto de promulgação da mesma, que ela “*deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém*”.

De outra banda, salienta-se que o campo de incidência da Convenção n. 132 é extremamente amplo, pois, nos termos do disposto no art. 2º, §1º, se aplica “*a todas as pessoas empregadas, à exceção dos marítimos*”, os quais têm seus períodos de repouso anual remunerado, atualmente, disciplinados por força das Convenções nº 91 e 146 da OIT. Entretanto, a autoridade competente de cada país pode excluir do âmbito da sua aplicação, mediante consulta às organizações de trabalhadores e de empregadores interessadas, determinadas categorias, desde que sua aplicação cause problemas particulares de execução ou de natureza constitucional ou legislativa de certa relevância [art. 2º, § 2º].

O Brasil, ao ratificar a Convenção vigente sobre férias da OIT, não apresentou nenhuma restrição ou exclusão a determinada categoria no que tange a aplicação da

¹⁵ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT – convenção n. 132 – OIT. *Suplemento trabalhista LTr*, São Paulo, n. 177, p. 954, 2000.

¹⁶ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Tiempo de Trabajo reduccion de la duracion Del trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas: estudio general de la comiso de expertos em aplicacion de convenios y recomendaciones Trabajo*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, informe III (4B), 1984, p. 112.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 129-141, jul./dez. 2005

referida norma internacional. Assim, a Convenção n. 132 é aplicável a todos os trabalhadores que mantêm vínculo de emprego, incluindo-se, aí, os pertencentes à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, os empregados a tempo parcial, bem como aqueles cuja profissão seja regulamentada por normas especiais, como no caso dos empregados domésticos, apenas sendo excepcionados das suas disposições os marítimos.

No que tange ao período de duração das férias, estabelece o art. 3º, §3º do mencionado diploma internacional que: “*A duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 [três] semanas de trabalho, por 1[um] ano de serviço*”.

Conforme salientou a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT¹⁷, tal período de duração é o mínimo admitido para duração das férias no âmbito da Organização. No entanto, o mesmo poderá ser ampliado através da legislação nacional dos Países-Membros, convenções ou acordos coletivos de trabalho, sentenças normativas, laudos arbitrais, etc. Nesse sentido, a Convenção n. 132 estabeleceu no seu art. 3º, §2º que todo membro que ratifique a Convenção deverá especificar a duração das férias em uma declaração apensa à sua ratificação.

Tal declaração, ignorada por muitos autores, deve ser considerada como parte integrante da norma internacional adotada¹⁸, tendo em vista que a estipulação do período das férias é de incumbência do Estado-Membro ratificante, pois “*a norma da OIT não estabelece o período de férias que deve ser adotado, mas somente o limite mínimo que deve ser observado pelo País-Membro ao cumprir o preceituado no art. 3º, §2º*”¹⁹.

Nessa linha, relevante observar o flagrante equívoco verificado na interpretação do disposto no art. 3, parágrafo 3, ao norte de que a Convenção supostamente estabelecerá férias de três semanas, sendo, em vista disso, menos benéfica que o disposto no art. 130 da CLT. Desta forma, já decidiu o Egrégio TRT da 12ª Região: Ementa:

CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT. FÉRIAS. FERIADOS. APLICABILIDADE.
Apesar da ratificação do referido dispositivo internacional, que ocorreu através do Decreto nº 3.197/99, ele não se aplica no solo brasileiro, porque há legislação mais benéfica nessa órbita, constante do art. 7º, XVII, da Constituição da República c/c os arts. 129 e 130 da CLT. O art. 3º da Convenção nº 132 da OIT é aplicável apenas para aqueles países cujas férias não ultrapassem o período de três semanas, o que não é o caso do Brasil, já que o artigo 130 da CLT assegura a fruição de férias num período de 30 dias corridos, o que será sempre superior aos vinte e um dias previstos naquele

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Tiempo de Trabajo reduccion de la duracion Del trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas: estudio general de la comiso de expertos em aplicacion de convenios y recomendaciones Trabajo*, p. 115.

¹⁸ “*Algumas convenções contêm disposições relativas ao envio de declarações, seja na própria ratificação, ou num documento anexo que a acompanhe. Em determinados casos, tal declaração é obrigatória, especialmente para definir o alcance das obrigações assumidas ou indicações de outros pormenores indispensáveis. Em outros casos, essa declaração só é necessária quando o Estado que adere deseja fazer uso de algumas facilidades de exclusões, exceções, etc, ou até ampliar o campo de incidência da convenção. No caso dessas convenções, deve-se considerar, antes da ratificação, a declaração que deve ser realizada, e inclui-la como parte integrante do instrumento a ser adotado*”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Coletânea de Convenções Normas, Princípios e Procedimentos Internacionais do Trabalho*. São Paulo: [s. ed.], 1998, p.50.)

¹⁹ GUIMARÃES, Roberto Padilha. *Vigência e Aplicação da Convenção 132 da OIT nas Relações de Trabalho no Brasil*. São Paulo: Memória Jurídica: 2006, p. 158.

*dispositivo internacional (três semanas), especialmente se for considerado que não há no calendário pátrio nenhuma sucessão de feriados que atinja os 09 dias seguidos faltantes para completar os 30 dias que o trabalhador brasileiro dispõe de férias*²⁰.

Nesse passo, a correta interpretação do art. 3º da Convenção deve ser no sentido de que: segundo o §1º, toda pessoa terá direito a férias anuais remuneradas de duração mínima determinada, sendo que tal período será estabelecido, conforme o §2º do mesmo dispositivo, “pelo Estado-Membro ratificante”, em uma declaração, apensa à sua ratificação, o qual deverá respeitar o limite mínimo estabelecido de três semanas de férias por um ano de serviço, conforme o §3º. Além disso, segundo dispõe o § 4º, o Estado-Membro poderá ampliar, por uma declaração ulterior, o período das férias especificado no momento da ratificação.

O Estado Brasileiro efetuou tal declaração, apensa à ratificação da Convenção nº 132, adotando como período mínimo das férias anuais remuneradas no país, para todos os trabalhadores, sem exceção, 30 dias²¹. Assim, hoje, todas as categorias de trabalhadores regidos pela CLT contam com um período de férias anuais remuneradas de trinta dias.

Por outro lado, cabe referir que, conforme dispõe o art. 4º, §1º da Convenção, toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas, terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas. No caso, tal dispositivo abre a possibilidade do estabelecimento de férias com a duração inferior ao mínimo legal no caso de prestação de serviços por período inferior àquele necessário para a obtenção do direito à totalidade das férias.

Desse modo, discorda-se, *data vênia*, da opinião de Aldacy Rachid Coutinho²² que sustenta que:

[...] urge seja mantido, em qualquer situação, o número mínimo de 3 (três) semanas de férias. Somente a previsão de 30 dias para até 5 faltas e, eventualmente, a de 24 dias para 6 a 14 dias de faltas, não colidem com a norma anterior. As hipóteses de 18 dias corridos para 25 a 23 faltas e 12 dias, se o número for de 24 a 32 faltas nos contratos individuais de trabalho – art. 130, inc. III e IV, da Consolidação das leis do trabalho – restam revogados por incompatibilidade.

Tal interpretação parece, simplesmente, ignorar o disposto no art. 4º da Convenção, o qual, repita-se, autoriza a estipulação de férias proporcionais à duração dos serviços prestados.

Assim, com base no citado dispositivo, entende-se que o art. 130, bem como o art. 130-A da CLT afiguram-se totalmente compatíveis, na parte em que estipulam férias proporcionais ao tempo de serviço durante o ano-emprego, com a norma internacional analisada, estando, portanto, ainda vigentes no Ordenamento Jurídico

²⁰ Acórdão n. 2691/2004 - Juíza Marta M. V. Fabre - Publicado no DJ/SC em 19-03-2004, página: 168.

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ILOLEX. Base de datos sobre las normas internacionales del trabajo. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>>. Acesso em: 15 de set. de 2003.

²² COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção 132 da OIT, p. 29.

Brasileiro. Nesse sentido, a propósito, manifesta-se Gomieri²³, ressaltando que tal entendimento afigura-se razoável tendo em vista que não seria justo “*dispensar tratamento equivalente ao empregado assíduo e ao empregado desidioso*”.

Desse modo, terá direito a férias de trinta dias apenas aquele trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações durante o ano-emprego, havendo a possibilidade da concessão de um período menor, em razão das faltas injustificadas ao trabalho, conforme estabelece a CLT; sendo tal diretriz totalmente compatível com os ditames da Convenção n.º 132 da OIT.

Visto isso, cabe analisar a questão relativa à exclusão dos feriados e dos períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doenças ou de acidentes, do cômputo do período de duração das férias.

Dispõe a Convenção n. 132 que “*os dias feriados oficiais ou costumeiros, quer se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3º do artigo 3º*”.

No Brasil, parte da doutrina, utilizando-se dos critérios de eleição da norma mais benéfica, afirma que, em razão da norma da CLT prever 30 dias consecutivos de férias, inviabilizar-se-ia a aplicação da norma internacional no que pertine à exclusão dos feriados existentes no curso das mesmas. Nessa linha, destaca-se a opinião de Franco Filho²⁴, o qual sustenta que:

Apenas se exceder de nove feriados é que se acrescentariam os dias de feriados excedentes, embora, sabidamente, não exista, no calendário gregoriano brasileiro, nenhum período de 21 ou de 30 dias que inclua tantos sucessivos feriados. É, entretanto, um aspecto que pode vir a ser questionado, sendo de destacar, no particular, que a norma mais favorável, princípio assente no art. 19, § 8º, da Constituição da OIT (favor laboris), é a regra consolidada, a prever trinta dias corridos.

Parte da Jurisprudência vem se posicionando da mesma forma, verbis: Ementa:

Exclusão dos feriados no período de férias – Convenção n. 132 da OIT – Não obstante ter sido ratificada pelo Brasil a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Decreto n. 3. 197, de 5.10.1999, a legislação pátria alusiva às férias anuais remuneradas é mais benéfica que a norma da OIT, que prevê férias anuais não inferiores a três semanas de trabalho, na medida em que assegura ao trabalhador férias anuais remuneradas de trinta dias, com acréscimo de um terço, não havendo falar em derrogação da escala de férias prevista no art. 130 da CLT. A legislação internacional não enseja aplicação na hipótese versada ante a ausência de conflito com a legislação pátria²⁵.

²³ GOMIERI, Olga Aínda Joaquim. A Convenção n. 132 da OIT e a falta de seu manejo pelos aplicadores do direito. *Revista LTr*, vol. 67, n. 02, p. 148, Fev. 2002.

²⁴ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias, p. 563.

²⁵ TRT 12ª Região. R0-V 00537-2002-010-12-00-1 - Ac. 3ª T. 00180/03, 12.11.02 - Relª. Juíza Maria de Lourdes Leiria. DJSC 13.1.03 - p. 84.

Com a devida vênia, discorda-se de tal entendimento, visto que tal interpretação, na verdade, demonstra a incompreensão do art. 3º da Convenção n. 132 da OIT. Nesse sentido, veja-se que a primeira parte do §3º do art. 3º diz que “A duração das férias não deverá ser inferior” a três semanas de trabalho, por um ano de serviço. Ora, a expressão adotada na norma leva claramente ao entendimento, conforme já salientado, de que no mencionado dispositivo não é estipulado o período de férias para efeito de aplicação da Convenção, mas, sim, o período que, de acordo com o § 2º, deve ser respeitado pelo Estado-Membro no momento da estipulação do período mínimo de férias na declaração apensa à ratificação.

Assim, deve-se entender a remissão feita pelo art. 6º, § 1º, não em relação ao parâmetro mínimo do período de férias que deve ser observado pelo Estado-Membro [três semanas], mas, sim, ao período de férias não inferior ao mínimo admitido pela Convenção, estipulado na declaração apensa à ratificação [no caso do Brasil, trinta dias].

Nesse passo, observe-se que em vários dispositivos da Convenção, sempre que há uma remissão ao período mínimo fixado pelo Estado-Membro, existe referência ao art. 3º, §3º do Diploma Internacional, como, por exemplo, se verifica nos arts. 5º, §4º, 6º, § 2º, e no 12. Sob tal perspectiva, observe-se a contradição de alguns autores²⁶ que sustentam a inaplicabilidade do art. 6º, §1º pelo fato de este mencionar o art. 3º, §3º, mas não apresentam qualquer óbice ou limitação para a aplicação do art. 6º, §2º, o qual contém a mesma referência.

Dessa forma, sem dúvida, o art. 6º, §1º deve ser entendido no sentido de que os dias feriados, quer se situem ou não dentro do período das férias anuais, não serão computados como parte do período de férias anuais remuneradas especificada pelo País-Membro na declaração apensa à ratificação.

Nesse sentido, o disposto no art. 6º, §1º deve ser encarado como direito novo, o qual não era consagrado no Ordenamento Jurídico Brasileiro, não tendo qualquer relação direta com a estipulação do período mínimo das férias; mas que acaba, por seu conteúdo, por influir diretamente nesta, pela necessidade de acréscimo, ao final do período de gozo, dos dias que foram feriados, não havendo, portanto, que se falar em aplicação da norma mais favorável.

Da mesma forma, a propósito, manifesta-se Rachid Coutinho²⁷, ressaltando que:

(...) a proibição da integração no cômputo das férias os dias feriados não está vinculada ao período mínimo de 3 (três) semanas de duração previstas na Convenção. Ora, duas e distintas são as regras na convenção 132: uma prevê a duração mínima de (três) semanas, padrão consentâneo com a duração legal aplicável de 30 (trinta) dias corridos e que, nestes termos, é mantida; outra, norma proibitiva, veda que no cômputo – qualquer que seja ele – das férias sejam incluídos os feriados. Não existe relação de alternatividade ou exclusão, (...)

²⁶ GOMERI, Olga Ainda Joaquim. A Convenção n. 132 da OIT e a falta de seu manejo pelos aplicadores do direito, p. 147-9.

²⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção 132 da OIT, p. 30.

Além disso, importa salientar que a norma da OIT se justifica pelo fato de que a finalidade do não-trabalho em feriados não tem por objetivo o descanso do trabalhador a fim de eliminar a fadiga gerada pelo labor, e, sim, permitir ao obreiro que participe das comemorações de acontecimentos e datas de grande significação universal, nacional ou para participar de atividades cívicas ou religiosas. Nesse sentido, por óbvio, que nos dias feriados ocorridos durante as férias não se atingiriam as finalidades destas últimas, havendo, por isso, a necessidade de desconsiderá-los para efeito do cômputo do período de férias.

Desse modo, com a nova regra da OIT, havendo feriados dentro do período de gozo de férias concedidas pelo empregador, eles não podem, como antes ocorria, ser computados, estando, pois, derogada a escala do art. 130 da Consolidação, que refere sempre à *dias corridos*²⁸. Exemplificando, o empregado que gozasse de férias no mês de Outubro ficaria fora do emprego por 31 dias, tendo em vista o feriado do dia 12. Nesse sentido, como bem sintetiza Glauce de Oliveira Barros²⁹:

(...) temos que se o nosso ordenamento jurídico prevê o prazo mínimo de 30 dias para usufruto de férias a cada doze meses de trabalho, é nesse prazo que deverão ser excluídos os feriados que coincidirem com o período de usufruto das férias, concluindo que qualquer feriado que marcar no período de gozo não será computado para esse efeito.

Por fim, vale frisar que, de acordo com o dispositivo da OIT, os feriados, para efeito de aplicação da norma ratificada, não serão apenas os oficiais, mas também os costumeiros, como, por exemplo, a terça-feira de Carnaval³⁰.

Com relação ao disposto no art. 6º, § 2º da Convenção, que dispõe que:

Em condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, os períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doenças ou de acidentes não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais previsto no parágrafo 3º, do Artigo 3º da presente Convenção.

Aplica-se o mesmo raciocínio já delineado em relação aos feriados, no entanto, pertinente tecer algumas considerações especiais.

Tal dispositivo inova no direito brasileiro na medida em que assegura ao trabalhador que adoecer ou sofrer acidente, antes ou durante as férias, a exclusão de tais dias do cômputo das mesmas.

Nesse sentido, a regra estabelecida na Convenção tem por objetivo assegurar a possibilidade de repouso e de recreação da pessoa empregada, a qual, em estado de licença por doença ou acidentária, não estará em condições de usufruí-la. Conforme salienta Glauce de Oliveira Barros³¹:

(...) esta alteração veio atender o objetivo principal visado pelo legislador quando da concessão do direito às férias, qual seja, a oportunidade de o empregado higienizar a mente, restabelecer o sistema nervoso, enfim, recuperar-se biologicamente.

²⁸ Da mesma forma manifesta-se SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na Legislação de férias, p. 09.

²⁹ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT, p. 955.

³⁰ Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas, p. 08.

³¹ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT, p. 955.

Como consequência, a exemplo do que ocorre no caso dos feriados intercorrentes durante o período das férias, a expressão *dias corridos* contida no art. 130 da CLT, não pode ser mais considerada, ante a possibilidade de interrupção destas, em caso de acidente ou doença durante o período da sua fruição.

Em síntese, a aplicação do art. 6º, § 2º da Convenção n. 132 da OIT acarretará as seguintes consequências jurídicas, a saber: [a] caso o empregado adoeça ou sofra um acidente durante as suas férias, o período de licença médica será excluído do seu cômputo, devendo ser desconsiderado do período mínimo de férias anuais remuneradas; [b] caso seja acometido por doença ou sofrer um acidente antes do período de gozo das férias, apenas após a sua licença médica é que começará a ser contado o seu período de repouso anual remunerado.

A propósito, em relação às mencionadas hipóteses, entende-se que dever-se-ia adotar orientação semelhante à prevista no disposto na ON nº 1/1985 da Direção-Geral da Administração Pública do Governo Português que, ao interpretar o citado dispositivo da Convenção n. 132 da OIT, adotada por aquele país em 1982, estipulou que *“a apresentação de atestado médico no decurso do período de férias interrompe o mesmo e transfere o gozo dos dias restantes para momento posterior”*³².

5 CONCLUSÃO

a) O período mínimo de duração das férias para todos os empregados, sem exceção, a partir da vigência da Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, é de trinta dias.

b) O art. 130, bem como o art. 130-A da CLT afiguram-se totalmente compatíveis, na parte em que estipulam férias proporcionais ao tempo de serviço durante o ano-emprego, com a Convenção n. 132 da OIT, estando, portanto, ainda vigentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

c) Os dias feriados oficiais e costumeiros, bem como os períodos de incapacidade, ora por motivo de acidente, ora por motivo de doença, ocorridos no curso da fruição das férias, não serão computados período de duração das mesmas. Assim, com a nova regra da OIT, está, portanto, derrogada a escala do art. 130 da Consolidação que refere à *dias corridos*.

Por fim, é importante ressaltar que não há dúvidas sobre a importância cada vez mais envolvente, abrangente e decisiva do Direito Internacional do Trabalho, o qual, como se estudou, acaba se projetando no âmbito do Direito Interno dos Estados, destinando-se a complementar os direitos do trabalhador no que for mais benéfico, derrogando as normas com ele incompatíveis. No entanto, infelizmente, ainda se verifica que os operadores do direito continuam, de um modo geral, reticentes em encarar o Direito Internacional do Trabalho e as questões a ele relativas, e, mais especificamente, à aplicação da Convenção n. 132, chegando a intitular-lá como lei para inglês ver, ou lei que não implacou.

³² DGAP. Regime Jurídico. Circulares & orientações. Orientação normativa nº 1/ DGAFP/ 85. Disponível em: < <http://www.dgap.gov.pt/3rjur/circulares/1985/1985-on-01.htm>>. Acesso em: 15 de out. de 2003.

Todavia, tal postura deve ser alterada, pois, embora as Convenções da OIT sejam elaboradas no sentido de importar em obrigações aos Estados que as ratificam, os seus beneficiários finais são os indivíduos que estão sob a jurisdição do Estado. Nesse sentido, apenas com a efetiva aplicação das normas emanadas pela OIT no plano nacional, é que se alcançam os fins que justificam a sua existência, como a melhoria e a universalização dos direitos do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT – convenção n. 132 – OIT. *Suplemento trabalhista LTr*, São Paulo, n. 177, 2000.

COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção 132 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, n. 48, jul.-dez/2002.

DGAP. Regime Jurídico. Circulares & orientações. Orientação normativa nº 1/ DGAFP/ 85. Disponível em: <<http://www.dgap.gov.pt/3rjur/circulares/1985/1985-on-01.htm>>. Acesso em: 15 de out. de 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 66, n. 05, mai/2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUIMARÃES, Roberto Padilha. *Vigência e Aplicação da Convenção 132 da OIT nas Relações de Trabalho no Brasil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

GOMIERI, Olga Ainda Joaquim. A Convenção n. 132 da OIT e a falta de seu manejo pelos aplicadores do direito. *Revista LTr*, vol. 67, n. 02, fev/2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. O direito a férias e a Convenção nº 132 da OIT. *Repertório de jurisprudência IOB*, n.14, caderno 02, jul/2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Coletânea de Convenções Normas, Princípios e Procedimentos Internacionais do Trabalho*. São Paulo: [s. ed.], 1998.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Tiempo de Trabajo reduccion de la duracion Del trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas: estudio general de la comiso de expertos em aplicacion de convenios y recomendaciones Trabajo*. Genebra: Conferência Internacional Del Trabajo, informe III (4B), 1984.

RPEGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 129-141, jul./dez. 2005

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ILOLEX. Base de datos sobre las normas internacionales del trabajo. Disponível em: < <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm> >. Acesso em: 15 de set. de 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo: 1978.

SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. *Revista da AMATRA II*, ano I, nº 3, ago/2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na Legislação de férias. *Revista de direito trabalhista*, Brasília, n. 800, fev/2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo : LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

BREVES COMENTÁRIOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Adriana Krieger de Mello*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi concebido a partir de questões práticas enfrentadas ao longo da tramitação de diversas ações de improbidade administrativa que são objeto de acompanhamento por parte da Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Os breves comentários aqui lançados derivam do labor diário com a temática da “probidade administrativa”, assim como da tentativa envidada em todos os trabalhos forenses desenvolvidos no sentido de garantir maior efetividade à Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Em que pese contar a Lei de Improbidade Administrativa com 14 anos de vigência, escassos frutos dela têm sido colhidos. Tal problemática deriva, em muito, da complexidade e extensão das ações de improbidade, aliado ao elevado número de demandas que, diariamente, são distribuídas às Varas da Fazenda Pública, abarrotando os Cartórios de processos e causando inúmeras dificuldades operativas quanto ao cumprimento dos atos que são que lhes são determinados. Demais disso, entraves múltiplos são causados pelas dificuldades introduzidas pelo legislador no tocante à necessidade de notificação de todos os requeridos, conforme adiante será demonstrado.

Enfim, é dentro de tal contexto que são apresentadas a seguir breves conclusões acerca daqueles dispositivos da Lei nº 8.429/92 que apresentam maiores divergências quanto à sua aplicação.

2 BREVE HISTÓRICO

A expressão “improbidade administrativa” foi introduzida a partir da Constituição da República de 1988, entretanto, tanto o Texto Magno de 1946, quanto o de 1967, com as alterações correlatas, já contemplavam a previsão de aplicação das medidas de “seqüestro e perdimento de bens” àqueles agentes públicos que houvessem enriquecido ilicitamente, com abuso do cargo ou função pública.

Assim dispunha a Constituição da República de 1946, artigo 141, § 31, verbis:

* Procuradora do Estado do RS.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

[...] A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego ou de entidade autárquica. (BRASIL, 1946.)

Com supedâneo na norma constitucional acima citada, foram editados dois diplomas legais acerca da matéria. O primeiro deles, a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei nº 3.164/57) previa, tão-só, a punição do servidor público por enriquecimento ilícito, derivado do tráfico de influência, abuso do cargo, função pública, ou de emprego em entidade autárquica (artigo 1º). As medidas sancionatórias aplicáveis à hipótese em voga eram o seqüestro e perdimento dos bens ilicitamente obtidos em prol da Fazenda Pública. A ação judicial respectiva era da alçada do Ministério Público e de qualquer pessoa do povo¹.

Complementarmente, foi editada a Lei Bilac Pinto – Lei nº 3.502/58, que teve por função estender a proteção contra atos de enriquecimento ilícito lesivos ao patrimônio público aos servidores públicos tanto da Administração Direta como da Administração Indireta (não só as autarquias). Além disso, tal Diploma Legal explicitava, no seu artigo 2º, as condutas caracterizadoras do tipo “enriquecimento ilícito”, merecendo destaque, em caráter ilustrativo, o “recebimento de numerário a título de comissão, porcentagem, gratificação ou presente” e a “alienação de bens públicos por valor sensivelmente inferior aos de mercado”.

A Constituição de 1967, alterada pelas Emendas 1/69 e 11/78, no artigo 153, a seu turno, possibilitou a aplicação das sanções de seqüestro e perdimento de bens a todas as hipóteses de dano ao Erário, decorrentes da atuação dolosa do servidor, com abuso da função, emprego ou função pública.

Entretanto, a previsão do ato de improbidade administrativa, como categoria autônoma inserta no âmbito do ilícito administrativo, adveio do disposto no artigo 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assim prevê:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também ao seguinte: [...]

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (BRASIL, 1988, p. 52)

¹ A Lei nº 8.429/92 não atribui legitimidade ativa a qualquer pessoa do povo para fins de propositura de Ação de Improbidade, facultando-lhe, somente, a iniciativa de representação junto à autoridade administrativa competente para fins de instauração de investigação destinada à apuração da prática de ato de improbidade administrativa – artigo 14 da Lei nº 8.429/92.

Em atendimento à Constituição da República, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, disciplinando e caracterizando os atos administrativos passíveis de serem acoimados de ímprobos, bem como prevendo e ampliando as sanções aplicáveis aos agentes públicos responsáveis.

Por se tratar a expressão “improbidade administrativa” de um conceito jurídico indeterminado, inúmeras são as discussões doutrinárias acerca de sua amplitude, conforme se passará a expor no tópico seguinte.

3 A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme se pode observar da redação do “caput” do artigo 37 da CR-88, foi a moralidade administrativa, que até então era subsumida no Princípio da Legalidade, alçada a princípio autônomo.

Demais disso, no § 4º do mesmo artigo, inseriu o legislador constituinte a previsão de sancionamento de todo aquele que incorrer em ato de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A partir daí, passaram a ser travadas discussões na doutrina acerca da extensão do conceito de “improbidade administrativa”, bem como sua inter-relação com o Princípio da Moralidade Administrativa. De início, sustentava-se que moralidade e probidade administrativa eram expressões sinônimas.

Em outra linha de entendimento, Fernandes (1997), afirmava que a improbidade administrativa era mais ampla que a noção de moralidade administrativa.

Atualmente, a posição que predomina tanto na doutrina² quanto na jurisprudência³ é a de que a improbidade administrativa traduz-se em uma imoralidade qualificada. À caracterização da improbidade administrativa, mister reste evidenciada a desonestidade do agente público. A Lei de Improbidade Administrativa alcança o administrador desonesto, ardiloso e não o inábil.

Neste diapasão, ilustrativo se revela recente precedente oriundo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CESSÃO DE EMPREGADO DE EMPRESA ESTATAL – ÔNUS PARA A EMPRESA CEDENTE – POSSIBILIDADE – DECRETO Nº 99.955/90 – VERBAS INDENIZATÓRIAS – MUDANÇA DE DOMICÍLIO – PERCEPÇÃO POR SERVIDOR DA UNIÃO OU POR NOMEADO PARA CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LESÃO AO ERÁRIO – INEXISTÊNCIA – RECURSO PROVIDO – I - A qualificação jurídica das condutas reputadas ímprobos, ou seja, a subsunção dos atos praticados à norma de regência, Lei Nº 8.429/92, constitui questão de direito, viabilizadora da análise do Recurso Especial. Inaplicabilidade da Súmula 07/STJ. II - Lei Nº 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos

² Posição de José Afonso da Silva, Marcelo Figueiredo, Gilmar Mendes, Aristides Junqueira Alvarenga, entre outros.

³ Resp 403.599 – PR, 2ª T, Min. Eliana Calmon (DJU 120503, p. 274) e Resp 427.140 – RO, 1ª T, Min. Luiz Fux (DJU 250803), exemplificativamente.

RPGC, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei Nº 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na Lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé. III - A ocupação de cargo efetivo não constitui requisito para a cessão. Possível a cessão de empregado público, com ônus para a entidade cedente, nos termos do art. 1º e § 2º, do Decreto Nº 99.955/90. IV - Ajuda de custo, despesas de transporte pessoal e de dependentes, despesas com transporte de mobiliário. Previsão legal. Lei Federal Nº 8.112/90, artigos 53 e 56; Decreto Nº 1.445/95, art. 3º; Decreto Nº 4.004/01. Percepção das verbas indenizatórias tanto por servidor federal que passa a ter exercício em nova sede, quanto por aquele, que não sendo servidor, for nomeado para cargo em comissão, com mudança de domicílio. V - Lesão ao erário inexistente. Contraprestação ao esforço laboral edificado pelo funcionário cedido. VI - Não configuração do dissídio. Hipóteses diversas. Descabimento do recurso pela alínea c. VII - Recurso provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 168, grifo nosso).

4 O DIREITO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA – CARACTERIZAÇÃO COMO UM DIREITO DIFUSO

Nos termos em que já asseverado, com o advento da Constituição da República de 1988, a moralidade administrativa deixou de ser um mero apêndice do Princípio da Legalidade, alçando a posição de princípio autônomo e assumindo importante papel no controle dos atos administrativos encetados pela Administração Pública.

Do administrador público passou-se a exigir não só a escorreita observância da lei, como também, dos princípios da eficiência, da impessoalidade, publicidade e da moralidade administrativa - artigo 37, 'caput' e Parágrafo 4º da CRFB. (BRASIL. 2006, p. 49)

Em face de tais mandamentos constitucionais, todo o cidadão tem direito a uma Administração Pública proba, pautada nos princípios constitucionais dantes citados, tendo o constituinte, inclusive, conferido-lhe legitimidade à defesa do patrimônio público através da Ação Popular – artigo 5º, inciso LXXIII da CRFB. (BRASIL. 2006, p. 28)

Vê-se, portanto, que os atuais instrumentos de tutela do Patrimônio Público, tomado em seu sentido amplo (material e imaterial) – Lei da Ação Civil Pública⁴, Lei de Improbidade Administrativa⁵, Lei da Ação Popular⁶ – possuem dimensão mais ampla que a mera recomposição do dano econômico amargado pela Fazenda Pública, visando sobretudo alcançar objetivo de maior relevo, qual seja, a gestão honesta e eficiente dos recursos públicos, voltada ao atendimento do bem comum.

Tal direito é afeto a toda a coletividade, indistintamente, e, destarte, difundido entre número indeterminado de pessoas, razão pela qual ganha a conotação de interesse

⁴ Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁵ Lei 8.429/92, de 02 de junho de 1992.

⁶ Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

difuso - artigo 1º, inciso - IV da Lei nº 7.347/85. (BRASIL. 1985, p. 10649, grifo nosso)

Urge então concluir-se que a conduta do agente público voltada à afronta dos princípios constitucionais regedores da atividade estatal caracteriza violação a direito difuso da coletividade, qual seja, o direito à probidade administrativa.

5 DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Pode-se definir improbidade administrativa como sendo, grosso modo, todo o ato de desonestidade, de má-fé do agente público, que implique enriquecimento ilícito do agente e/ou de terceiro, dano ao erário e/ou ofensa aos princípios constitucionais da administração pública e às normas legais.

É importante que se frise que à configuração do ato ímprobo não basta a mera infringência de regras e dos princípios administrativos da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência. Requer-se que o “animus” do agente seja marcadamente impulsionado pela deslealdade, má-fé e pela desonestidade.

A jurisprudência que sustenta o entendimento acima esposado é copiosa, colacionam-se, em caráter ilustrativo, os arestos que seguem:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CUMPRIMENTO - FORMALIDADES - LEI DE LICITAÇÕES - LEI 8.666/93 - AUSÊNCIA - DOLO - MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - IMPROBIDADE - 1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, bem assim com o proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba. 2. A contratação em caráter emergencial, com dispensa justificada de licitação (Lei 8.666/93, art. 53, § 4º), não constitui ato de improbidade administrativa. 3. Os equívocos que não comprometem a moralidade ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo seria ímprobo, e não é esta a finalidade da Lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção. 4. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal). 5. Apelação provida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região, 2005, p. 26, grifo nosso).

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE - PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DOLO - INEXISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. De acordo com a Lei n.º 8.429/92 consiste em improbidade administrativa a

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

omissão ou o retardamento da prática de ato de ofício. 2. Apesar de tal circunstância ser definida como atentatória aos princípios da administração pública, a aplicação do comando legal não pode prescindir de ponderações acerca do princípio da razoabilidade. 3. Não tendo sido caracterizada a intenção manifesta de mitigar a moralidade administrativa, o que afasta a presença do dolo na conduta do agente político, injustificável o enquadramento da questão como improbidade. 4. O envio das comunicações exigidas consoante o art. 2º da Lei n.º 9452/97, acerca da liberação de verbas federais em favor da edilidade, mesmo que extemporaneamente, não implica, por si só, a falta de transparência na gestão da coisa pública. 5. Remessa oficial improvida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região, 2001, p. 1324)

6 DO SUJEITO PASSIVO

Pela dicção do artigo 1º da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LI), pode-se concluir que o elemento que determina a incidência de tal Diploma Legal é a presença de recursos públicos na formação do capital ou no custeio ou fomento da pessoa jurídica eventualmente atingida pelo ato acoimado de ímprobo.

Desta forma, sempre que determinada Pessoa Jurídica utilizar-se ou receber, a qualquer título, recursos públicos, passível será a responsabilização dos administradores envolvidos por ato de improbidade que tenha por substrato a malversação de tal patrimônio. Melhor explicitando: é possível que determinada entidade, não vinculada à estrutura estatal, receba recursos públicos para fins de aplicação em metas previamente estabelecidas – como, por exemplo, em um Convênio – e, nesta condição, em decorrência de irregularidades graves verificadas na aplicação de tais verbas, passe a figurar como sujeito passivo de ato de improbidade, assegurando-lhe legitimidade à propositura da competente Ação de Improbidade Administrativa, haja vista revestir a condição de Pessoa Jurídica Interessada, nos termos do artigo 17, “caput” da LI.

Destarte, passíveis de enquadramento no âmbito de incidência do disposto no artigo 1º, “caput” da LI:

i. Administração Direta: compreendendo a estrutura administrativa integrada existente no âmbito do Poder Executivo, incluídas Secretarias, Ministérios;

ii. Administração Indireta: Pessoas Jurídicas dotadas de personalidade jurídica própria:

Autarquias: pessoas jurídicas de direito público, com patrimônio próprio e atribuições tipicamente públicas;

Fundações: patrimônio dotado de finalidade pública específica;

Empresas Públicas: pessoa jurídica de direito privado, criada para o fim de executar Serviços Públicos ou para explorar atividade econômica (artigo 173 da CR), com capital exclusivamente público, forma empresarial livre;

Sociedades de Economia Mista: pessoa jurídica de direito privado, criada para o fim de executar Serviços Públicos ou para explorar atividade econômica (artigo

173 da CR), com capital misto, mas prevalentemente público, forma empresarial de sociedade anônima e

Empresa Incorporada: é a empresa privada, sob a forma de Sociedade Anônima, absorvida por Empresa Pública ou por Sociedade de Economia Mista.

Já, no artigo 1º, parágrafo único da LI se encontram as entidades do Terceiro Setor, que desempenham atividade de interesse público ou serviço público não exclusivo do Estado (educação, cultura, pesquisa científica, meio-ambiente e saúde) por iniciativa privada. São elas, exemplificativamente:

i. Serviços Sociais Autônomos;

ii. Entidades de Apoio – Lei 8958/94: pessoas jurídicas de direito privado, que prestam serviços sociais não exclusivos do Estado;

iii. Organizações Sociais – Lei 9637/98: pessoas jurídicas de direito privado, que prestam serviços públicos não exclusivos do Estado – fomento estatal através de recursos orçamentários, humanos...;

iv. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: pessoas jurídicas de direito privado, que desenvolvem serviço social não exclusivos do Estado através de contratos de Parceria – artigo 4º - VII, “d”;

v. Empresas sob Controle Acionário do Poder Público: categoria própria, diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 37, XVII e, 165, § 5º, II da CRFB – 88) e

vi. outras Entidades que recebam subvenções, benefícios ou incentivos fiscais.

7 SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

É “agente público” para fins de aplicação da Lei nº 8.429/92 qualquer pessoa física que, independentemente da forma de investidura e, ainda que transitoriamente e sem remuneração, exerça função em uma das entidades elencadas no artigo 1º e parágrafo único da LI (art. 2º da LI).

Igualmente, o terceiro que colabora com o agente público na consecução do ato de improbidade administrativa ou dele logra proveitos de forma direta ou indireta poderá vir a ser chamado a responder por ato de improbidade administrativa (art. 3º da LI). Veja-se que não se requer à responsabilização deste agente que necessariamente tenha ele obtido qualquer espécie de proveito econômico, bastando se verifique sua participação na realização dos atos ilícitos.

Há que se destacar que a definição dos agentes públicos envolvidos, até meados de outubro de 2005, mostrava-se relevante ao estabelecimento do órgão judicial competente para fins de processamento da Ação de Improbidade Administrativa respectiva, porquanto então em vigor a Lei nº 10.628/02, a qual, alterando a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, estabelecia no Parágrafo Segundo⁷ a

⁷ A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002, DOU 26.12.2002)

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

necessidade de observância, em ações desta espécie, do foro por prerrogativa de função aplicável na esfera criminal. Com o julgamento conjunto da ADI nº 2.797 (proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP) e da ADI nº 2.860 (proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB) pelo Supremo Tribunal Federal, foi declarada, em Plenário, por maioria de votos (7 x 3), a inconstitucionalidade da extensão da prerrogativa de foro para fins de processamento e julgamento das ações de improbidade envolvendo agentes políticos⁸.

Importante é ressaltar-se que tal matéria não se encontra pacificada no âmbito da Corte Suprema. Nos autos da Reclamação nº 2.138⁹, proposta pela Advocacia-Geral da União, está-se discutindo a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, assim como a adoção do foro privilegiado em ações da espécie.

A corrente discrepante continua por sustentar a necessidade de extensão do foro por prerrogativa de função sempre que figurar no pólo passivo da ação de improbidade agente (ou ex-agente) político, bem como pretende ela restringir a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, sustentando a não incidência de tal Diploma Legal no caso de o mesmo ato se configurar como crime de responsabilidade.

8 MODALIDADES DOS ATOS DE IMPROBIDADE

A Lei de Improbidade define, de forma ampla, nos artigos 5º e 6º, os atos passíveis de serem caracterizados como “ímprobos”, explicitando-os, com maior minúcia, nos artigos 9º, 10 e 11.

Questão prévia à escorreita aplicação da Lei nº 8.429/92 consiste na necessidade de determinação dos requisitos que compõem o ato de improbidade administrativa. Por se enquadrar na moldura dos atos ilícitos, obrigatoriamente pressupõe uma conduta contrária a direito e a imputabilidade do agente. Ocorre que, muito embora ilícita possa ser a conduta do agente, nem sempre estará ela compreendida no âmbito de incidência da LI. Suponha-se que um servidor público, lotado no setor responsável pela elaboração da folha de pagamentos de certo órgão, ao efetuar os cálculos da Folha de Salários, apure incorretamente o valor de determinada gratificação de produtividade, lançando-o a maior. Os pagamentos, indevidamente efetivados, são constatados através de Auditoria promovida pelo Tribunal de Contas, anos depois. Evidentemente, em tal exemplo, a conduta do agente enquadra-se na categoria dos ilícitos administrativos, respondendo ele funcionalmente pela infração cometida, bem como pelos prejuízos causados. Entretanto, tais fatos não se mostram suficientes a que o servidor venha a ser punido por ato de improbidade administrativa.

O ato de improbidade administrativa não se caracteriza como ilícito penal, mas, sua configuração exige, na mesma medida, a análise percuciente do “animus” dos agentes envolvidos, dada a gravidade das sanções que podem lhe ser impostas.

A Lei de Improbidade Administrativa não se presta a punir o agente “de poucas luzes”, “incompetente, atabalhado ou negligente”, mas o “corrupto ou desonesto”

⁸ Confira-se, a propósito o Informativo nº 401 do STF.

⁹ A Reclamação nº 2.138 encontra-se ainda em fase de tramitação, estando com vista ao Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa.

(MEIRELLES, 2004). A autorizar-se a aplicação de tão importante instrumento de combate à corrupção a qualquer irregularidade detectada, estar-se-á incorrendo no grave risco de transfigurá-lo em meio hábil à perseguição política e à punição de desafetos, o que, por certo, não foi o desiderato do constituinte, ao inserir o comando constante do § 4º do art. 37 da CR – 88.

Destarte, à completude do suporte fático hipotético do tipo “improbidade administrativa” exige-se um especial ânimo do agente, qual seja, a presença do que a doutrina e a jurisprudência vêm denominando de “dolo de improbidade”, qualificado em todas as hipóteses legais pela vontade livre e consciente de agir com deslealdade para com o Poder Público (FREITAS, 1996, grifo nosso).

Em conclusão, requisito imprescindível e comum a todas as modalidades genéricas de ato de improbidade previstas pelos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 é este especial “animus” do agente. Em não estando caracterizado o “dolo de improbidade”, incabível a aplicação das sanções capituladas pelo artigo 12 da LI.

Identificado o primeiro elemento necessário à configuração do tipo legal em referência, passa-se a discorrer acerca de seus requisitos específicos.

Na hipótese do artigo 9º da LI, enquadram-se todas as condutas lesivas à probidade administrativa que importem enriquecimento ilícito do agente, causando ou não lesão econômica ao Erário¹⁰. Não se trata aqui de vantagem com exclusivo conteúdo pecuniário, mas de qualquer espécie de benefício patrimonial recebido pelo agente, tal como pode ser observado pela leitura do inciso II e seguintes do dispositivo legal em voga.

A enumeração do artigo 9º, assim como a dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 são meramente exemplificativas, tal como já referido.

Há que se destacar que as condutas hipotéticas previstas no artigo 9º - LI subsumem-se, em sua maioria, nos tipos penais do artigo 312 e 317 do Código Penal e do artigo 3º - II e III da Lei nº 8.137/90, razão pela qual, em tomando a Autoridade Administrativa conhecimento de tais práticas, deverá encaminhar, por dever de ofício, todos os documentos e informações já coligidos ao Ministério Público, a quem incumbirá dar início à competente persecução penal. Aos agentes que incorrerem nas condutas enquadradas no dispositivo legal ora tratado caberá a imputação das sanções capituladas no artigo 12 - I da LI.

Digno de nota é o regramento constante do artigo 9º - VII da LI. Veja-se que o artigo 13 do mesmo Diploma Legal estatui a necessidade de manutenção, por parte de todo o servidor público junto ao órgão ao qual vinculado, de Declaração de Bens atualizada, compreendendo todos os imóveis, móveis, dinheiro e demais valores patrimoniais dos quais é titular. É comum o questionamento por parte dos setores de recursos humanos e de controle interno acerca do que fazer com a documentação recebida. Seria possível o próprio órgão proceder à análise da mutação patrimonial dos servidores lá lotados?

¹⁰ *Veja-se que a noção de lesão à probidade administrativa abrange tanto os prejuízos de conteúdo econômico amargados pelo Poder Público, quanto os de ordem moral. O ato de deslealdade do sujeito ativo, em qualquer hipótese, sempre atingirá a moral administrativa.*

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

A leitura de tal dispositivo, indubitavelmente, deve ser efetivada com base no comando encapsulado no artigo 5º - X da CR - 88. Assim, sustenta-se que a Declaração de Bens deve ser entregue ao órgão competente, em periodicidade mínima anual, em envelope lacrado, mas com declaração de seu conteúdo por parte do servidor. A documentação em voga só poderá ter seu sigilo rompido após a anuência expressa do servidor ou com a devida autorização judicial. Por certo o sigilo patrimonial não é absoluto, entretanto, incidente na espécie a cláusula de reserva judicial. Tal afirmação coaduna-se com o que dispõe o artigo 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105/2001¹¹.

Com base na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, conclui-se que: i) a Autoridade Administrativa não está autorizada a proceder à análise das Declarações de Bens recebidas, devendo elas serem guardadas, na forma como recebidas, ou seja, lacradas com declaração de conteúdo; ii) tal documentação somente poderá ser utilizada pela Administração com autorização judicial ou do titular da documentação.

Dessarte, o inciso VII do artigo 9º da LI não pode fundamentar-se exclusivamente na análise procedida pelo órgão em que lotado o agente público com base na Declaração de Bens por ele entregue ao Serviço de Pessoal competente. Até mesmo porque “nemo tenetur se detegere” (ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, é o direito a não auto-incriminação, extraído do plexo de garantias constitucionais). Necessariamente, estará tal conduta associada as outras hipóteses de improbidade administrativa do artigo 9º, porquanto todas elas exigem a prova do enriquecimento ilícito e o inciso VII nada mais é do que a própria tipificação do enriquecimento ilícito.

O artigo 10 da Lei de Improbidade administrativa incide sobre os atos de improbidade hábeis de causarem lesão econômica ao erário. Procedendo-se ao cotejo do rol de condutas enunciadas pelo artigo 9º e o do artigo 10, nota-se que muitas infrações previstas no primeiro dispositivo se repetem, tal como pode mencionar-se exemplificativamente: art. 9º - II e art. 10 - V; art. 9º - III e art. 10 - IV; art. 9º - IX e art. 10 - XI. A aplicação de uma ou de outra hipótese dependerá de restar ou não provada a obtenção da vantagem indevida pelo agente envolvido derivada da prática do ilícito. O artigo 10 acaba, em muitos casos, por funcionar como alternativa à punição do agente infrator, em não tendo a entidade interessada (da qual falaremos mais a seguir, ao tratar da legitimidade ativa) ou o Ministério Público conseguido reunir as provas necessárias à demonstração do enriquecimento ilícito do sujeito ativo decorrente da prática do ato ímprobo.

Merece destaque no artigo 10, “caput” da LI a questão atinente à culpa. Conforme salientado alhures, o ato ímprobo exige a demonstração do espírito de desonestidade e má-fé do agente para com o Poder Público. A estrutura do tipo culposo não se coaduna com a configuração subjetiva que tem sido atribuída ao ato de improbidade

¹¹ Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

administrativa, estando a merecer o dispositivo em voga uma interpretação restritiva.

O tipo culposo é punido não porque se dirige a um fim ilícito, mas porque a conduta, em si, é mal dirigida (o sujeito age com imperícia, imprudência ou negligência). O objetivo colimado pelo agente é conforme o direito. Note-se que, estruturalmente, a conduta culposa não possui a nota de “deslealdade” ou “desonestidade” do sujeito ativo para com o Poder Público, razão pela qual a aplicação do artigo 10 da Lei de Improbidade, no que tange à conduta culposa deve ser adotada com parcimônia. Filiamos ao entendimento esposado pelo eminente Doutrinador Juarez Freitas (1996), o qual sustenta que, nesta espécie de ato de improbidade, deve-se exigir a ocorrência da culpa grave, desconsiderando-se a culpa leve ou levíssima, ‘a fim de preservar a simétrica compatibilidade das eventuais sanções aplicadas com o ato ou omissão em foco, sob pena de injustiças inaceitáveis e irremissíveis, numa afronta manifesta ao próprio princípio da moralidade, vinculado à idéia de proporção.”

Deste modo, empregando-se de empréstimo nomenclatura da seara penal (até mesmo porque a configuração do tipo de improbidade em muito se aproxima da concepção finalista de ação, conforme tendência doutrinária e jurisprudencial atuais), sustenta-se que a aplicação do disposto no artigo 10 da LI está a exigir a configuração de culpa consciente (que é a culpa com previsão e que se verifica quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado possível – a lesão ao Erário -, mas confia convictamente que ele não irá ocorrer). O resultado deve, conforme se expôs no parágrafo anterior, ser capaz de causar significativa lesão ao Erário.

Finalmente o artigo 11 da Lei de Improbidade prevê hipóteses não taxativas de atos de improbidade administrativa que atentem contra os Princípios da Administração Pública. A interpretação restritiva se impõe à espécie, dada a ambigüidade conotativa da norma, sendo entendimento assente em sede doutrinária e jurisprudencial a necessidade de restar configurado o “animus” doloso do agente.¹²

¹² *AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO – 1. A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: A) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele inseridas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de improbas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa (...). É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consecutariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. 1. Recursos especiais providos. (STJ – RESP 480387 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 24.05.2004 – p. 00163) – sublinhei.*

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ACUMULAÇÃO – CARGO – FUNÇÃO – GRATIFICAÇÃO – DOLO – Nem todo ato administrativo ilegal configura ato de improbidade administrativa. O ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública só admite a forma dolosa. Artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Hipótese em que não houve dolo de violar os princípios da Administração Pública na nomeação de servidora titular de dois cargos privativos de médico para a gratificação de função de oficial de gabinete do prefeito, para responder pelo expediente da Secretaria Municipal de Saúde e Meio Ambiente. Ação improcedente. (TJRS – Proc. 70006451413 – 22ª C.Civ. – Relª Desª Maria Isabel de Azevedo Souza – J. 09.12.2003)

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

O artigo 11 da LI funciona, em alguns casos, como regra de reserva, destinando-se àquelas situações em que não se consegue provar a obtenção de vantagem econômica indevida pelo agente ou terceiro ou quando não se verifica lesão ao Erário.

É com fundamento em tal dispositivo que se sanciona a conduta do agente que sem implicar prejuízos de caráter econômico ao patrimônio público ou obtenção de vantagem ilícita, produz grave abalo no patrimônio moral da Administração (artigo 21 – I da LI). O Patrimônio Moral da Administração envolve as idéias de honestidade, boa-fé, lealdade e imparcialidade (DI PIETRO, 2004, grifo nosso).

Por fim, consigne-se que a Lei nº 10.257/2001, artigo 52, – Estatuto da Cidade – prevê hipóteses específicas de atos de improbidade dos Prefeitos Municipais sem, contudo, cominar penas para tais condutas, devendo-se, então, proceder à integração das disposições de tal Diploma Legal com os da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-se-lhes as sanções previstas nesta última.

9 DAS PENAS

No que respeita às sanções aplicáveis ao agente ímprobo, inicialmente merece ser destacado seu conteúdo não penal, conclusão a que se chega com base na leitura do disposto no § 4º, in fine, do artigo 37 da CR – 88.

Quanto à previsão das penalidades cabíveis, tem-se que a Constituição da República, artigo 37, § 4º, estabeleceu seu patamar mínimo, razão pela qual legítimo o rol ostentado pelo artigo 12 da Lei de Improbidade. Assevere-se, ainda, que a “indisponibilidade de bens”¹³ não se traduz em sanção propriamente dita, mas medida cautelar apta a assegurar o integral ressarcimento do dano, bem como a conservar os bens ilícitamente acrescidos aos patrimônio do agente (art. 7º, Parágrafo único da LI).

As penas previstas na Lei de Improbidade devem ser aplicadas em consonância com o tipo de ato ímprobo detectado, tal como se deduz do disposto nos incisos I, II e III do artigo 12, incidentes nas hipóteses dos artigos 9º, 10 e 11, respectivamente.

A ação de improbidade administrativa visa, precipuamente, à punição do agente ímprobo, não se configurando o ressarcimento integral do dano como sanção típica, porquanto será ele devido em qualquer hipótese de ocorrência de prejuízos ao Erário, ainda que afastada a ocorrência de ato de improbidade.

Veja-se que o “dano” objeto de ressarcimento abrange tanto o de conteúdo patrimonial, quanto o moral. O artigo 11 da LI, conforme já destacado, tutela o patrimônio moral da Administração Pública e, assim, cabível o ressarcimento por dano moral ao ente público atingido pelo ato ímprobo.

A perda da função pública é sanção hábil a ser aplicada, ainda que a prática do ato de improbidade não esteja diretamente com ela relacionado. Conforme assevera Osório (1999, p. 96):

¹³ No que respeita aos bens que podem ser objeto da medida cautelar em questão, há que se destacar que todo o patrimônio do sujeito ativo fica a ela submetido, podendo recair, inclusive, sobre os bens adquiridos antes da prática do ato, haja vista que seu patrimônio é a garantia genérica do credores – artigo 652 do CPC. Destarte, ficam ressalvados da indisponibilidade de bens os bens impenhoráveis, salvo se derivados de enriquecimento ilícito por ato de improbidade administrativa. Confira-se, a propósito a obra recentemente publicada pela RT do Exmo. Sr. Ministro do STJ, Teori Albino Zavascki, “Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos”, página 123.

Cabe sublinhar que o agente perde toda e qualquer função pública que estiver exercendo na atualidade da condenação exequível. Vale dizer: se o agente cometeu a improbidade quando era Vereador, e ao tempo da condenação é Prefeito, perderá ele essa função. Não importa que o ilícito tenha sido cometido ao tempo em que era Vereador. Importa é que, ao tempo da condenação, perde o agente público a função pública que estiver exercendo.

O agente que é condenado por ato de improbidade, com imposição da sanção da perda da função pública, deixa de contar com a “fides” necessária à investidura em qualquer cargo ou função pública.

As penas de “suspensão dos direitos políticos”, “pagamento de multa civil” e “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais” são graduáveis quantitativamente, estando seus patamares fixados em conformidade com o tipo de ato de improbidade verificado.

Calha destacar-se que a “multa civil” não exclui a possibilidade de condenação do agente ímprobo pelo ressarcimento do dano moral amargado pela entidade, funcionando ela como sanção autônoma.

A aplicação da pena de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” pode ser assegurada pela medida cautelar de seqüestro prevista no artigo 16 da LI, assinalando-se que os bens amealhados ilicitamente pelo agente ímprobo ou por terceiro por este beneficiado não estão sob amparo da Lei nº 8.009/90 (ZAVASCKI, 2006).

No que respeita à aplicação propriamente dita das sanções, a discussão acerca da obrigatoriedade de sua aplicação “em bloco” resta superada, sendo entendimento assente na jurisprudência¹⁴ que a condenação deve ser pautada nos princípios da proporcionalidade e da individualização, incumbindo ao julgador dosá-la em conformidade com o grau de culpabilidade do agente e de danosidade do ato (lesividade e reprovabilidade da conduta).

¹⁴ SENTENÇA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR CONDUITA OMISSIVA. FISCALIZAÇÃO DE CONSÓRCIOS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E PARCIAL. SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. NATUREZA INQUISITIVA. DISPENSA DO CONTRADITÓRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETARDAMENTO DE ATO DE OFÍCIO. CARACTERIZAÇÃO. PENAS. APLICAÇÃO CUMULATIVA. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - 1. Não é nula por ausência de fundamentação a sentença onde estão expressos os fundamentos fáticos e jurídicos que conduziram a convicção do julgador. 2. É subjetiva a responsabilidade do Estado por sua conduta omissiva, precedentes do STF. 3. Ao Banco Central do Brasil, responsável pela autorização, normatização e fiscalização do sistema de consórcios, não pode ser atribuída a causa direta do prejuízo advindo da má administração da empresa que explora a atividade. A responsabilidade do BACEN limita-se aos prejuízos supervenientes ao momento em que já podia e devia decretar a liquidação extrajudicial, adotando a medida adequada a obstar a prática danosa ao consumidor. 4. A responsabilidade do Banco Central do Brasil é subsidiária, restando limitada à diferença entre o prejuízo causado, nos termos antes referidos, e o montante arrecadado na liquidação extrajudicial e na ação civil que tramita na Justiça Estadual. 5. A sindicância administrativa, de que não resulta qualquer punição, tem natureza tipicamente inquisitiva, dispensando o contraditório. 6. A procrastinação da prática de ato em razão de interesses alheios aos interesses do público, configura o indevido retardamento previsto na Lei de Improbidade Administrativa situação agravada por se tratar de matéria de relevância pública, a proteção do consumidor e a poupança dos consorciados (art. 129, II, da CF/88). 7. Não há obrigatoriedade de que as sanções previstas no inciso III, artigo 12 da Lei nº 8.429/92 sejam aplicadas sempre de forma cumulativa. A aplicação depende do juízo de proporcionalidade e de razoabilidade. 8. Caso em que o valor da multa, fixada em vinte vezes os proventos atualizados do servidor, mostra-se demasiado levando-se em conta a condenação cumulada à perda do cargo público. 9. Parcialmente providas a remessa oficial e a apelação do Banco Central do Brasil, reconhecendo-se sua responsabilidade parcial e subsidiária, e parcialmente provida a apelação do co-réu, reduzindo-se o valor da multa para cinco vezes os proventos atualmente percebidos. (TRF4ª R. - AC 521406 - Proc. 200204010359469 - PR - 3ª T. - Relª Juíza Marga Inge Barth Tessler - DJU 03.09.2003)

Por fim, destaca-se que a aplicação das penas da LI independe da aprovação das contas pelo Tribunal de Contas, haja vista o caráter administrativo de suas decisões – artigo 21 – II da LI.

10 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A Lei de Improbidade Administrativa não mais confere ao cidadão legitimidade ativa à propositura de ação com vistas ao sancionamento do agente público que obteve vantagem indevida decorrente da prática do ato ímprobo. Todavia, no artigo 14, “caput” da LI foi-lhe conferida a possibilidade de “representar” à autoridade administrativa competente, a fim de ser instaurado o procedimento interno com vistas à apuração das irregularidades verificadas.

Discute-se acerca da obrigatoriedade ou não da adoção de tal procedimento administrativo prévio. Doutrinadores de fôlego (MEIRELLES, 2004) recomendam a adoção de uma fase de investigações e averiguações internas prévias à propositura da ação, procedida pela pessoa jurídica interessada ou pelo Ministério Público, garantindo-se aos eventuais envolvidos o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em que pese a jurisprudência sustentar a desnecessidade de instauração de contraditório prévio à fase judicial¹⁵, entende-se ser o procedimento investigatório prévio de todo recomendável, a fim de ser avaliada, com o necessário cuidado, a ocorrência do ato de improbidade, sua dimensão, bem como os agentes envolvidos. É essencial à credibilidade do procedimento de responsabilização dos agentes públicos por ato de improbidade administrativa seja ele adotado de forma criteriosa e com vistas à efetiva promoção da probidade da Administração. Ações açodadas acabam por banalizar a ação e, ao fim, desacreditá-la.

A Lei Complementar Estadual nº 11.742¹⁶, de 17 de janeiro de 2002, no seu artigo 189, estabelece o “Procedimento de Controle de Legalidade”, através do qual, averiguada pelo Órgão Colegiado da Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa e, ato contínuo, pelo Procurador-Geral do Estado, a viabilidade da “representação” recebida, é instaurado procedimento administrativo onde se faz ouvir os agentes virtualmente envolvidos, bem como são coletadas as demais informações e provas necessárias e suficientes à elaboração de parecer conclusivo acerca da ocorrência ou não do ato de improbidade administrativa, restando, assim, plenamente observado o comando encapsulado no artigo 5º - LV da CR – 88.

Demais disso, há que se referir que a “representação” não implica que a Administração seja obrigada a instaurar o respectivo procedimento. Mister ser averiguada sua plausibilidade¹⁷ (art. 14, § 2º).

¹⁵ RMS 11.537 – MA, Rel. Mis. Eliana Calmon, DJU 29.10.2001 – em nota da obra *Mandado de Segurança*, página 214.

¹⁶ Lei Orgânica dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁷ MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE PETIÇÃO. REPRESENTAÇÃO, FORMULADA POR CIDADÃO, PERANTE A MESA DIRETORA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DF, VISANDO ABERTURA DE PROCESSO DE CASSAÇÃO DE DEPUTADOS E APURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O “direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, assegurado pelo art. 5º, XXXIV, I, da CF, tem natureza instrumental: é direito, assegurado ao cidadão, de ver recebido e examinado o pedido em tempo razoável e de ser comunicado da decisão tomada pela autoridade a quem é dirigido. Nele não está contido, todavia, o direito de ver deferido o pedido formulado. 2. O direito de representação por improbidade administrativa, previsto no art. 14 da Lei 8.429/92, não compreende

11 DA AÇÃO JUDICIAL

A ação de que trata o artigo 17 “caput” da Lei de Improbidade é a prevista na Lei nº 7.347/85, não ocorrendo qualquer espécie de incompatibilidade entre ambas, mas antes, complementaridade¹⁸, pois é o ato ímprobo, o fundamento ao manejo da Lei da Ação Civil Pública.

Ora, tal como já ressaltado, o direito a uma administração pública proba enquadra-se entre os direitos e interesses difusos (transindividuais, sem titular determinado), e, portanto, com previsão no disposto no artigo 1º, inciso IV da Lei nº 7.347/85.

Deve-se afastar o argumento de que o interesse defendido no âmbito da Lei de Improbidade é o da Fazenda Pública. Gize-se: o ressarcimento do dano ao erário não é o objeto específico da Lei de Improbidade (o que se mostra de fácil constatação à medida que a condenação pretendida poderia ser alcançada com o manejo de outras espécies de ação, como por exemplo, da Ação Popular).

A Lei de Improbidade visa a restabelecer a “probidade administrativa”, atingida pela prática de atos desleais e desonestos. A especificidade da Lei nº 8.429/92 está nas sanções capituladas aos agentes públicos incursos nos tipos de improbidade administrativa dantes delineados.

Resta superado o entendimento de que haveria inviabilidade de adoção do rito previsto na Lei da ação Civil Pública, porquanto a indenização ali obtida reverteria em prol do fundo previsto no artigo 13 da LACP.

Ocorre que, conforme aduz Martins Júnior (2002), a previsão de indenização por dano a interesses difusos (artigo 1º - IV da LACP) foi introduzida na Lei da Ação Civil Pública pela Lei 8.078/90, não estando, assim, ligada à regra do artigo 13. Além

o de ver necessariamente instaurado o processo de investigação, caso não haja início de prova considerada razoável para tanto. A discussão sobre a existência ou não de provas suficientes para instauração, ainda mais em se tratando de prova que estaria, não no processo, mas “arquivadas na própria Câmara Legislativa”, não pode ser dirimida em mandado de segurança, que não comporta investigação probatória dessa dimensão. 3. Recurso improvido. (STJ - MS 16.424 - DF (2003/0087038-2) - 3ª S. - Rel. Min. Paulo Gallotti - DJU 18.04.2005)

¹⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - 1 - A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2 - A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3 - A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. 4 - Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa a toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais municípios, poupando-lhes de novéis demandas. 5 - As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças. 6 - A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental. 7 - Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediado daquele também influa na categorização da demanda. 8 - A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. 9 - A doutrina do tema referenda o entendimento de que a ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei nº 7.347/85) (Alexandre de Moraes in Direito Constitucional, 9.ed., p. 333-334) 10 - Recurso especial desprovido. (STJ - REsp 510.150 - MA - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 29.03.2004) - sublinhei.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

disso, o § 4º do artigo 37 da CR – 88 prevê, de forma expressa, que o ressarcimento é devido ao Erário.

Com base em tal entendimento, aplica-se à Ação de Improbidade Administrativa o mesmo regime da coisa julgada definido pelo artigo 16 da LACP, ou seja, efeito “erga omnes”, mas “secundum eventum litis” (ZAVASCKI, 2006).

11.1 Legitimidade Ativa

a. Ministério Público:

O Ministério Público, com o advento da Constituição da República de 1988, teve afirmado seu papel na defesa do Estado Democrático de Direito, aí compreendidos os direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis – artigo 127, ‘caput’ da CR -, razão pela qual é parte legítima para propor a Ação de Improbidade Administrativa, cujo desiderato é a reparação dos danos (morais e patrimoniais) causados à Administração Pública, decorrentes da inobservância do dever de probidade.

Conforme dantes asseverado, possui a Lei de Improbidade Administrativa abrangência bem mais ampla que a mera recomposição do dano econômico amargado pela Fazenda Pública, visando, sobretudo, alcançar objetivo de maior relevo, qual seja, a gestão honesta e eficiente dos recursos públicos, voltada ao atendimento do bem comum – interesse difuso, hábil à legitimação do ‘parquet’.

b. Pessoas Jurídicas interessadas:

Todas as entidades elencadas no artigo 1º e Parágrafo Único da LI revestem a condição de Pessoa Jurídica Interessada (artigo 17, LI), devendo-se lembrar que, no caso do sujeito passivo declinado pelo § único, o ato de improbidade deverá estar relacionado diretamente com os recursos de natureza pública.

c. Legitimidade Ativa Disjuntiva e Concorrente:

É o que se depreende do disposto no § 3º do artigo 17 da LI, o qual atribui legitimidade ativa para postular em juízo a aplicação das sanções nela previstas ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada.

Ademais, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, nas duas turmas de Direito Público, já se posicionou¹⁹ no sentido de que o artigo 17, § 3º da Lei nº 8.429/92 estabelece hipótese de litisconsórcio facultativo, não havendo qualquer espécie de nulidade a não-intervenção do ente público. Em tal sentido, a ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO
DO MUNICÍPIO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - NULIDADE -

¹⁹ Resp. nºs. 319.009, 408.219, Edcl.Resp. 329.735.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INOCORRÊNCIA - Na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, a falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, a teor do disposto no artigo 17, parágrafo 3º, da Lei nº 8.429/92, com a nova redação dada pelo artigo 11 da Lei nº 9.366, de 1.966, não tem o condão de provocar a nulidade do processo. No julgamento dos embargos de declaração, se o Tribunal a quo clara suficientemente o ponto omissis indicado pelos embargantes, não há como configurar violação ao artigo 535 do CPC. Recurso improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2001, p. 187).

11.2 Da Legitimidade Passiva

São legitimados a figurar no pólo passivo da demanda todos os agentes públicos, servidores ou não, que tenham praticado ato de improbidade administrativa contra o Sujeito Passivo (item 6), bem como terceiros que, sem revestir a condição de agente público, induzam ou concorram à prática do ato ou dele se beneficiem (artigo 3º da LI).

11.3 Da Notificação Prévia

O procedimento de Notificação Prévia – artigo 17, § 7º se inspira no Procedimento dos Crimes de Responsabilidade dos Funcionários Públicos (Título II – Dos Processos Especiais – Capítulo I do Código de Processo Penal), buscando evitar que pessoa injustamente apontada como autora de ato de improbidade venha a figurar como ré na Ação de Improbidade.

Em que pese o nobre objetivo, o procedimento da notificação prévia tem tornado deveras morosa a tramitação da ação, estando a merecer uma interpretação restritiva.

Ora, se a origem da notificação prévia é o procedimento processual penal aplicado aos crimes de responsabilidade de servidores públicos, há que ser adotado no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, o mesmo entendimento lá vigente acerca do alcance do instituto.

Assim, o procedimento previsto no § 7º do artigo 17 da LI só incidiria nos casos em que o sujeito ativo revestisse a qualidade de agente público²⁰. Ao terceiro – artigo 3º da LI – não se aplicaria a notificação.

11.4 Do Recebimento da Inicial

Conforme se poderá verificar do cotejo dos §§ 7º e 8º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, a fundamentação é obrigatória, no caso de rejeição da ação, somente.

²⁰ RT 714/461.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

A propósito do tema, Alves (2005, p. 605), sustenta que:

Como facilmente se percebe, inspirou-se o Executivo-legislador nas regras contidas no Capítulo II do Título II do Livro II do CPP (art. 513/518), que cuida do procedimento nos “chamados crimes funcionais” (arts. 312 a 326 do CP), estabelecendo, de mais relevante, a oportunidade de oferecimento de uma defesa prévia pelo demandado antes do recebimento da inicial pelo magistrado. Não alterou, no entanto, o caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92, que dispõe ser ordinário o procedimento da ação civil de improbidade. (...) De notar-se, no entanto, que se contenta a lei com a presença de meros indícios, não exigindo, desta forma, que a inicial já apresente a prova cabal da condita lesiva ao patrimônio público.

Assevera ainda o renomado autor que, verbis:

Ao aludir o § 8º à ‘rejeição da ação’ pelo juiz quando convencido da ‘inexistência do ato de improbidade’, institui-se hipótese de julgamento antecipado da lide (julgamento de mérito), o que, a nosso juízo, até pelas razões acima expostas, só deve ocorrer quando cabalmente demonstrada, pela resposta do notificado, a inexistência do fato ou a sua não-concorrência para o dano ao patrimônio público. Do contrário, se terá por ferido o direito à prova do alegado no curso do processo (art. 5º, LV), esvaziando-se, no plano fático, o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV) e impondo-se absolvição liminar sem processo. Relembre-se, mais uma vez, que o momento preambular, antecedente ao recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da ‘causa petendi’ exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Poderíamos afirmar, sem medo, que, tal como se verifica na seara processual penal, deve o Magistrado, neste momento, servir-se do princípio ‘in dubio pro societate’, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial. (grifos do autor)

A fundamentação é obrigatória, sob pena de nulidade, em caso de rejeição da Inicial, pois, se inadequada acabará por impedir que o Autor tenha a oportunidade de, através do exercício do contraditório e da ampla defesa, comprovar os fatos alegados.

Considerando-se que a fonte inspiradora dos §§ 7º a 9º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 é o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (Título II – Dos Processos Especiais – Capítulo I do Código de Processo Penal), há que se buscar o entendimento jurisprudencial acerca do conteúdo da decisão que recebe a Denúncia ou Queixa nos Crimes Funcionais.

Frise-se a acentuada semelhança havida entre o procedimento disciplinado pela Lei de Improbidade Administrativa e o estabelecido pelo artigo 513 e seguintes do Código de Processo Penal, o que pode ser claramente verificado com supedâneo no quadro comparativo ao lado:

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

Código de Processo Penal:	Lei de Improbidade Administrativa:
Art. 513 . Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a <u>queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.</u>	§ 6º <u>A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas,</u> observada a legislação vigente e, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.
Art. 516. <u>O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.</u>	§ 8º Recebida a manifestação, <u>o juiz</u> , no prazo de trinta dias, <u>em decisão fundamentada,</u> rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.
Art. 517. <u>Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado,</u> na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.	§ 9º <u>Recebida a petição inicial, será o réu citado</u> para apresentar contestação.

A jurisprudência, no que respeita à decisão que recebe a Denúncia ou Queixa, já se pronunciou no sentido de sua desnecessidade²¹.

Além disso, os requisitos de recebimento da inicial podem ser extraídos da leitura do próprio § 8º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, quais sejam, a plausibilidade jurídica das alegações e adequação da via eleita. São estes os aspectos que devem ser avaliados nesta fase processual, porquanto o juízo preliminar de improcedência (artigo 17, § 8º da LI) exige cabal demonstração da não ocorrência dos atos de improbidade declinados na Inicial.

Alinhados com tal entendimento, citam-se as ementas que seguem:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DO FUNDEF - FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO. RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. A apreciação, através da qual se poderá rejeitar ou receber a inicial da ação de improbidade administrativa (art. 16, §§ 6º e 8º, da Lei nº 8.429/92), deve se restringir à verificação da existência dos pressupostos processuais e

²¹ "Inexiste dispositivo na nossa legislação processual penal que determine a fundamentação do despacho que recebe a denúncia nos casos de crime de responsabilidade de funcionário público." - RT 608/410.

das condições especiais da ação. Em se tratando de ação civil por atos de improbidade administrativa, é preciso atentar para a plausibilidade mínima das alegações trazidas a exame e para a existência de indícios suficientes da prática de atos de desonestidade administrativa, que justifiquem o prosseguimento do feito. A rejeição in limine apenas pode ser determinada quando manifesta a inexistência do ato de improbidade, quando patente que se trata de pedido infundado, ou em razão de inadequação da via eleita. E mais: considerando os objetivos que permeiam as normas jurídicas regentes da ação de improbidade administrativa; tendo em conta os relevantes interesses protegidos sob o pálio dessa modalidade de ação; e atentando-se para a responsabilidade dos que a manejam, a enjeição de pronto se constitui em medida marcada pela excepcionalidade, por apenas admitir guarida quando evidenciadas, em seus estritos termos, as hipóteses com elenco na lei. Não se estará, pois, realce-se, nesta oportunidade, firmando juízo de convicção sobre o mérito mesmo envolvido na demanda, em todos os seus meandros, ou sobre a responsabilidade do requerido. O recebimento da inicial representará apenas, se determinada, o reconhecimento da imprescindibilidade da continuidade das indagações e averiguações, com ampla produção probatória, que poderá confirmar ou infirmar as denúncias formuladas pelo Órgão Ministerial. 2. Ação civil por atos de improbidade administrativa promovida contra o Prefeito do Município de Natuba/PB, sob a alegação de indevida aplicação dos recursos do FUNDEF, consistente: a) na não aplicação do percentual mínimo de 60%, definido no art. 7º, da Lei nº 9.424/96; b) no saldo a descoberto nas contas correspondentes, no importe de R\$ 37.066,37; c) no custeio de despesas não referentes ao ensino fundamental no valor de R\$ 1.243,60; d) na não prestação de contas do FUNDEF. 3. Competência do TRF/5ª Região, nos termos da Lei nº 10.628/2002, da orientação definida por esta Corte na Questão de Ordem no Inquérito nº 681/PE e da manifestação liminar do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. 4. Dispensável, por ora, a juntada aos autos da decisão administrativa do TCE/PB, relativa à prestação de contas do exercício financeiro de 1999, porquanto está sendo objeto de perquirição, neste feito, a indevida aplicação dos valores atinentes ao FUNDEF, no ano de 1998. 5. Quando a citação for efetivada por meio de carta precatória, o início do prazo para contestar começa da juntada aos autos da carta precatória devidamente cumprida. Tendo a carta precatória citatória sido juntada em 01.04.2002 e o réu contestado em 20.03.2002, não há como se falar em revelia. 6. O próprio requerido reconhece o não atendimento ao limite mínimo estabelecido no art. 7º, da Lei nº 9.424/96 ("Os recursos do Fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do Magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público"). Não afasta a irregularidade o fato de a Edilidade ter gastado percentual maior no ano seguinte, "compensando-se" a aplicação a menor no exercício financeiro anterior, porquanto já materializado o descumprimento da obrigação disposta na norma legal. 7. O Tribunal de Contas do Estado

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

da Paraíba constatou várias irregularidades na gestão do prefeito requerido e, especificamente no que tange ao FUNDEF, verificou que, além da desobediência ao art. 7º, da Lei nº 9.494/96 e da não prestação de contas, estariam materializados saldo a descoberto nas contas do Fundo no importe de R\$ 37.066,37 (devido a transferências para contas não identificadas, à não apresentação de despesas quitadas com cheques e à não discriminação de taxa descontada) e despesas pagas com recursos do Fundo, não pertinentes ao ensino fundamental (pagamento de gastos pertinentes à Secretaria de Infra-Estrutura), no montante de R\$ 1.243,60. O prefeito foi inicialmente responsabilizado pelo montante de R\$ 50.518,73. Posteriormente, em decorrência de pedido de reconsideração, o pronunciamento do TCE/PB foi reformado em parte. Contudo, manteve-se a manifestação contra a aprovação das contas em relação às despesas irregularmente pagas com recursos do FUNDEF, no valor de R\$ 49.516,15, o qual corresponde exatamente ao núcleo desta ação civil por atos de improbidade administrativa. Diversamente do asseverado pelo requerido, não houve mudança do acórdão da Corte de Contas nesse tocante. Ademais, embora alegue ter efetuado o recolhimento aos cofres públicos da “quantia devida às contas do FUNDEF” - expressão empregada pelo próprio requerido -, não juntou qualquer comprovante nesse sentido. Portanto, exsurge o prejuízo ao Erário. 8. O requerido sustenta que teria promovido a prestação de contas do FUNDEF, haja vista que, se assim não fosse, não teria havido manifestação do TCE. Essa afirmação, contudo, não infirma a atuação ministerial, haja vista que fundada na não prestação de contas ao Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF, órgão ao qual, nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.424/96, devem ser disponibilizados os registros contábeis e os demonstrativos gerenciais, mensais e atualizados, relativos aos recursos repassados ou recebidos à conta do Fundo. Não se olvide que a atuação de tais conselhos está na essência da atual compleição conferida à Administração Pública, que propugna pela participação direta dos administrados na fiscalização da coisa pública e no direcionamento das políticas públicas de base. 9. Frente a todas essas constatações, das quais emerge a necessidade de continuidade das perquirições e da produção de provas, é de se reconhecer presentes os requisitos que autorizam o recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa, determinando-se o seu prosseguimento. 10. Pelo recebimento da petição inicial. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região, 2005, p. 568, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – Impõe-se o recebimento da ação civil por ato de improbidade administrativa sempre que não se revelem manifestamente infundadas as suspeitas levantadas na inicial contra o réu. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região, 2005, p. 1102, grifo nosso)

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

INICIAL – LEI Nº 8.429/92, ART. 17, § 8º. INDÍCIOS SUFICIENTES – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – 1. Somente deverá ser rejeitada a petição inicial quando o julgador se convencer de plano, da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Aplicação do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. 2. Havendo indícios suficientes da prática de atos de improbidade, deve a petição inicial ser recebida, a fim de que a ação tenha seu trâmite normal com a produção de provas. Precedentes desta Corte Regional Federal. 3. Agravo improvido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região, 2004, p. 32, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92 – Recurso contra a r. Decisão do MM. Juízo a quo que recebeu a petição inicial da ação ordinária de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da ora Agravante. A atividade jurisdicional, a nível penal, não define a atividade a nível administrativo relativamente ao mesmo fato, porque a exigência de prova da ilicitude penal é mais rigorosa do que para a ilicitude administrativa. É mais rigorosa, porque apesar de inexistir diferenças entre as ilicitudes (penal, civil e administrativa), existe uma escala de gravidade da mesma ensejando com isso respectivas sanções mais ou menos graves. O fato da prova dos autos não ser admissível, em tese, para uma reprimenda penal, pode ser mais do que suficiente para uma consequência punitiva administrativa. Ausentes os motivos para afirmar, de plano, a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92 Confirmação da decisão. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região, 2004, p. 99)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONVÊNIO – VERBA FEDERAL REPASSADA A MUNICÍPIO – INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – RITO ESPECIAL DA LEI N 8.429/92 – MANIFESTAÇÃO ESCRITA DO RÉU – NÃO CONVENCIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE – RECEBIMENTO DA INICIAL – INTEGRAÇÃO À LIDE DA UNIÃO FEDERAL E DE EMPRESA QUE TERIA CONCORRIDO PARA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO – 1) Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 209), compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de ações em que se discutem questões relativas a verbas federais incorporadas ao patrimônio do Município em razão de convênios firmados com a União Federal, de onde oriundos os recursos. 2) Para a inadmissibilidade da inicial, é imprescindível que o denunciado demonstre, de plano, a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (art. 8, da Lei n 8.429/92), sem o quê deve ser instaurada a relação processual, acolhendo-se a peça exordial. 4) Recebimento da petição inicial. 5) Não é necessário que a União Federal integre o

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

pólo ativo da lide que visa estabelecer responsabilidade por ato de improbidade administrativa, por malversação de recursos dela provenientes através de convênio, pois, integrada tal verba ao patrimônio do município, é deste o interesse no desfecho da causa. 6) Litisconsórcio ativo negado. 7) Nada demonstrando o réu quanto à participação de empresa privada na indução ou concorrência para a prática do ato ímprobo em apuração, ou dele tenha se beneficiado de forma direta ou indireta, não pode aquela pessoa jurídica ser chamada a ingressar na lide, na condição de litisconsorte passiva necessária. 8) Litisconsórcio passivo negado. (AMAPÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça, 2004, p. 21, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO - RECEBIMENTO DA INICIAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - CONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 84 DO CPP - LIMINAR PARA BLOQUEIO DE BENS - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - 1) em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o recebimento da inicial é medida que se impõe, ainda mais quando o requerido, notificado para os fins do § 7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, nada trouxe de concreto, em sua defesa, para ilidir a inicial. 2) de acordo com a súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento das ações onde são discutidas questões relativas a verbas federais em razão de convênio, incorporadas ao patrimônio do município. 3) estando plenamente em vigor o § 2º do art. 84 do CPP, alterado pela Lei nº 10.628/02, apenas sendo objeto de adi perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda passível de julgamento, sua constitucionalidade está preservada até o julgamento final, máxima quando esta egrégia corte de justiça já declarou constitucional o referido dispositivo legal. 4) presentes os indícios autorizadores da presente ação, com possível perda do patrimônio público, o bloqueio de bens e valores do requerido se impõe. (AMAPÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça, 2004, p. 17, grifo nosso)

Demais disso, eventual alegação de constrangimento ilegal em face da inexistência de “fundamentação” da decisão que recebe a inicial deve ser de todo repelida, porquanto ao demandado, ao longo da instrução, será oportunizada a produção das provas necessárias à demonstração da veracidade de suas alegações, em observância ao due process of law. Aliás, quanto a tal aspecto, já se pronunciou nosso Tribunal de Justiça:

AGRAVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECEBIMENTO DA INICIAL - O tão-só recebimento da inicial de ação civil pública não enseja dano irreparável a ponto de autorizar a sua suspensão em sede de tutela recursal, tanto mais quando presentes indícios da existência do ato de improbidade.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

De todo exposto, forçoso é concluir-se que:

I. fundamentação exauriente só se faz obrigatória, nas hipóteses de rejeição da Inicial, fulcrada na inexistência de ato de improbidade, improcedência da ação ou inadequação da via eleita: à configuração das duas primeiras hipóteses, deverá haver prova cabal e inequívoca da inoportunidade de ato de improbidade, sob pena de dar-se ensanchas à violação do Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, haja vista a impossibilidade de a pessoa jurídica lesada demonstrar, através da Instrução, os fatos declinados na Exordial;

II. Em havendo plausibilidade jurídica nas alegações declinadas na Peça Inaugural e tendo sido adotada a via processual adequada, deverá ser aquela recebida: veja-se que da leitura do § 6º do artigo 17, basta a ocorrência de indícios suficientes da existência do ato de improbidade, razão pela qual a decisão de recebimento da inicial, fundamenta-se em juízo de probabilidade e não de certeza, não se lhe exigindo, portanto, exame aprofundado da 'causa petendi'. O juízo de admissibilidade busca, tão-só, evitar lides temerárias. Não se deve olvidar que, em havendo dúvidas acerca da real ocorrência dos atos de improbidade, deve-se adotar o princípio 'in dubio pro societate', conforme bem anotado pela doutrina dantes citada.

12 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição encontra-se regulada pelo artigo 23 da LI.

Por primeiro, há que se fazer referência que, nos termos do disposto no artigo 219, § 1º do Código de Processo Civil, a citação válida interrompe a prescrição desde a data da propositura da ação. Destarte, em tendo a Ação de Improbidade sido proposta (artigo 263 do CPC) nos prazos previstos no artigo 23 da LI, não há que se cogitar de prescrição. É comum os requeridos, na fase da Notificação Prévia alegarem a prescrição, porquanto ainda não perfectibilizada a citação. Ocorre que a demora muitas vezes verificada é atribuível ao próprio procedimento da Notificação Prévia, que torna morosa a tramitação do feito, conforme dantes comentado.

A propósito do tema, Teixeira (2004, p. 44), assim se manifesta:

Entendida a citação como o ato judicial que tem por finalidade comunicar o demandado ou aos interessados o ajuizamento da demanda, para que passem a integrar a relação jurídica processual, resta claro que a 'notificação' prevista no § 7º do artigo 17 da Lei nº8.429/92 trata-se, na realidade, de citação, pois haverá a "triangularização" da relação jurídica processual, com a comunicação da existência do ajuizamento da denominada ação de improbidade administrativa, passando o demandado a integrar a relação jurídica

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

processual. É verdade que esse ato citatório contém, em si, o objetivo de cientificação da pretensão traduzida pelo autor, ou seja, uma intimação para apresentação da defesa prévia, não se desnaturando, porém, sua natureza jurídica.

Em conseqüência, a 'citação para apresentação de resposta após constatada a inexistência de motivos para que se rejeite de plano o processamento da demanda delineada n o § 9º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, não é um efetivo ato citatório, constituindo apenas uma intimação para que o demandado apresente resposta, tendo em vista que haverá ciência dos atos e termos do processo, para que ele faça alguma coisa (art. 234 do CPC). De fato, como já houve citação para a apresentação da defesa preliminar, uma vez recebida a petição inicial, o demandado será intimado para responder. Portanto, nas ações de improbidade administrativa, o demandado deverá ser citado para apresentar a defesa preliminar. Posteriormente, caso recebida a petição inicial, deverá ser intimado para a resposta. Algumas questões de ordem prática decorrem dessa conclusão. Primeiramente, considerando que o primeiro chamamento do demandado, equivocadamente denominado de notificação no texto legal, é verdadeiro ato citatório, a interrupção da prescrição dar-se-á com o despacho do juiz, mesmo que incompetente, que ordenar a citação para apresentação da defesa prévia - art. 202, I CC/2002 -, ainda antes do ato formal de recebimento da petição inicial, que somente irá ocorrer após a defesa preliminar.

Não tendo havido revogação do artigo 219, § 1º do CPC, os efeitos da citação retroagem à data da propositura da demanda, bastando o ajuizamento tempestivo para que o autor escape da possibilidade de incidência da prescrição, ressalvando, contudo, que a citação válida do réu continua indispensável à validade do processo, somente podendo ser suprida pelo seu comparecimento espontâneo. (grifo nosso)

Ressalta-se que na doutrina não pairam dúvidas acerca da aplicabilidade do artigo 219 do CPC às ações de improbidade, travando-se discussões, tão-só, acerca da natureza jurídica da "notificação prévia", conforme pode ser verificado do excerto acima transcrito, cujo entendimento é compartilhado por estudiosos da matéria (DINAMARCO; ALVES, BUENO e PORTO FILHO apud TEIXEIRA, 2004).

O artigo 23 regula o prazo prescricional para fins de aplicação das sanções típicas da Lei de Improbidade, a saber: a. perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b. perda da função pública; c. suspensão dos direitos políticos; d. multa civil e proibição de contratar com o Poder Público.

O ressarcimento de dano derivado de ato de improbidade (seja ele de conteúdo moral ou patrimonial) é imprescritível conforme exceção à regra da prescribibilidade constante do § 5º do artigo 37 da CR - 88.

Há que ser destacado que, em se tratando de cargo efetivo ou emprego, os prazos prescricionais são os estabelecidos no respectivo estatuto ou lei específica para as faltas disciplinares previstas com demissão.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar nº 10.098/

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

94, artigo 197 – IV estatui o prazo prescricional de 24 meses à prescrição da aplicação da pena de demissão, em não havendo hipótese de ilícito penal. Caso a infração também se subsuma em tipo penal, aplica-se o prazo prescricional da pena em abstrato.

Nesse diapasão, há que ser destacado que o prazo prescricional da pena “in abstrato” subsiste, ainda que a pena concretizada seja por lapso de tempo inferior. Em tal sentido vem se manifestando o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, valendo ser destacada a ementa constante da Apelação Civil 70003638541, da lavra do Eminentíssimo Desembargador Vasco Della Giustina:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CERRO LARGO. ESCRIVÃO JUDICIAL. LEI Nº 8.429/92. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. INDEPENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL DA CRIMINAL. ESTATUTO DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA COMPLEMENTADO PELO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO. O PRAZO PRESCRICIONAL NÃO É O DA PENA CONCRETIZADA NA SENTENÇA. INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL. CONSTITUI ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA O PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO, QUE ATENTA CONTRA A LEI PENAL, ESPECIALMENTE SE O FOI NO ÂMBITO DA ATIVIDADE FUNCIONAL DO AGENTE, VALENDOSSE DOS MEIOS QUE A FUNÇÃO LHE PROPORCIONA. ART. 11, I DA LEI Nº 8429/92. ART. 743 DA LEI Nº 5256/66 E ARTS. 177 E 178 DA LEI Nº 10098/94. INICIAL QUE NÃO É INEPTA, TANTO QUE POSSIBILITOU A AMPLA DEFESA DO ACUSADO. COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA CONTINUADA DO FATO TIPIFICADO COMO USURA. DÚVIDAS A RESPEITO DA CORRUPÇÃO PASSIVA. APENAMENTO NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA EXPIAR E PREVENIR NOVAS CONDUTAS. MODIFICAÇÃO NA SANÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça, 2001)

Por fim, entende-se que a diferenciação de tratamento, no que tange aos prazos prescricionais aplicáveis aos agentes com vínculo (artigo 23 – II) e os titulares de cargo em comissão, função de confiança ou mandato não subsiste em face do Princípio Constitucional da Isonomia. Ora, não é incomum que no mesmo ato de improbidade participem servidores e agentes políticos titulares de mandato. Não se mostra conforme a Constituição aplicar-lhes prazos de prescrição diferenciados. Merece a lei, no ponto, ser alterada, a fim de que todos os que atuem de forma ímproba venham a ser alvo de idêntico tratamento. Assim, entende-se que, em qualquer situação, deveria a lei aplicar o regime previsto nos estatutos ou leis específicas dos servidores ou empregados públicos.

13 CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, conclui-se que:

13.1 O direito a uma Administração Pública proba subsume-se na categoria

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

dos interesses e direitos difusos – artigo 1º - IV da Lei nº 7.347/85;

13.2 À tipificação do ato de improbidade requer-se a presença do “dolo de improbidade” dirigido à promoção do enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros (artigo 9º), à produção de dano ao erário (artigo 10) ou à violação dos princípios constitucionais da administração pública ou às normas legais;

13.3 Poderão ser sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa, além das Pessoas Jurídicas que compõem a Administração Pública Direta e Indireta, qualquer entidade que tenha recebido recursos, subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios de ente público, em havendo malversação de tais bens ou valores;

13.4 Sujeito Ativo é todo o agente público (inclusive os agentes políticos) ou terceiro que execute, concorra ou induza à prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie;

13.5 As sanções previstas no artigo 12 da LI não requerem sejam aplicadas em bloco, devendo a condenação ser pautada nos princípios da proporcionalidade e da individualização, incumbindo ao julgador dosá-la em conformidade com o grau de culpabilidade do agente e danosidade do ato;

13.6 O Procedimento Administrativo Investigatório, em que pese não ser obrigatório, muitas vezes mostra-se recomendável, a fim de restar plenamente caracterizado o ilícito administrativo, sua autoria, bem como dimensionar o dano;

13.7 A Lei de Improbidade Administrativa é, precipuamente, de conteúdo material, sendo seu processamento realizado através do rito previsto na Lei nº 7.347/85;

13.8 A Legitimidade Ativa é disjuntiva e concorrente, ou seja, podem postular em juízo a aplicação das sanções previstas na LI tanto o Ministério Público, quanto a Pessoa Jurídica Interessada;

13.9 Ao recebimento da inicial não se exige fundamentação, bastando sejam analisadas pelo magistrado a ocorrência da plausibilidade jurídica das alegações e adequação da via eleita;

13.10 A citação dos requeridos, após a manifestação prévia, interrompe a prescrição desde a data da propositura da demanda, bastando tenha ocorrido o ajuizamento de modo tempestivo (artigo 219, § 1º do CPC);

13.11 É imprescritível a ação de ressarcimento por dano (moral ou patrimonial) derivado da prática de ato de improbidade administrativa (artigo 37, § 5º da CR-88);

13.12 No caso da prática por agentes públicos com e sem vínculo e em concurso de ato de improbidade administrativa que possua capitulação penal, está a LI a merecer alteração no que respeita à regulação do prazo prescricional previsto no artigo 23 - I, porquanto, não se mostra justificável, na espécie, tratamento diferenciado, entendendo-se conveniente a remissão à aplicação dos prazos prescricionais previstos na Lei Penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson;. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AMAPÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça. Ação civil pública n 023/ - (6666). Relator: Desembargador Dôglas Evangelista. Diário do Estado (Amapá), 11 maio 2004, p. 17.

AMAPÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça. Ação civil pública n 02403 - (6790). Relator: Desembargador Raimundo Vales. Diário do Estado (Amapá), 02 jun. 2004, p. 21.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. CLT, Legislação Trabalhista e Previdenciária, Constituição Federal. Organizador: Nelson Mannrich. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição (1947). Disponível em: https://www.planalto.gov.br//ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 08 ago. 2006.

BRASIL. Lei Ordinária n 7.347, de 24 de julho de 1985. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985, p. 10649.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 269683, 2 Turma, Santa Catarina. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 03 nov. 2004, p. 00168.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 329735-RO, 1 Turma. Relator: Ministro Garcia Vieira. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 out. 2001, p. 187.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível n 200132000102452-AM, 3 Turma. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 13 maio 2005, p. 26.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento n 200301000241852-GO, 4 Turma. Relator: Juiz Federal Conv. Marcus Vinicius Bastos. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 03 dez. 2004, p. 32.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Agravo de Instrumento n 200202010067338-RJ, 2 Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Espirito Santo. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 dez. 2004, p. 99.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Remessa Ex Officio n 185968, 2 Turma. Relator: Desembargador Federal Araken Mariz. Diário da Justiça da União,

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

Brasília, DF, 13 maio 2005, p. 26.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Ação Civil Pública n.º 16-PB (200182000079561). Relator: Desembargador Federal Francisco de Barros e Silva. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 02 março 2005, p. 568.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Agravo de Instrumento n.º 54936-PE (20040500008474-4). Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 jun. 2005, p. 1102.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Editora RT, 1987.

COSTA, José Armando da. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 136, p. 101-108, out./dez. 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Estudos de Direito Administrativo. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Do Princípio da Probidade Administrativa e de Sua Máxima Efetivação. Porto Alegre: Revista Jurídica, n.º 221, 1996.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 143-173, jul./dez. 2005

- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GORDILLO, Augustin A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do Trabalho Científico*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUER, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo, 1993.
- MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Judicial dos Atos Administrativos*. RDP 9/55.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2v.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *As sanções da lei n. 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 766, p.88-99, 1999.
- PAZZAGLIN FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. e aum.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. v. 5.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n 70007441959, 21. Camara civil. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. Julgamento: 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 08 ago. 2006.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. Apelação cível n 70003638541. 4. Câmara cível. Relator: Vasco Della Giustina. Julgamento: 28 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 08 ago. 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SEABRA FAGUNDES, M. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1967

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A citação nas ações de improbidade administrativa. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 18, p. 38-45, set. 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Editora RT, 2006.

HIPERCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

Sabrina Hübner Bergmann**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da constitucionalização do direito administrativo a partir da Constituição Brasileira de 1988. A inserção de diversos dispositivos de direito material e processual no texto da nossa Constituição não foi fenômeno exclusivo do direito administrativo, mas o trabalho se preocupará em entender os motivos da inclusão de minúcias relativas ao administrador e seus efeitos.

Inicialmente, a parte geral abrangerá dois aspectos: serão estudadas as relações entre direito constitucional e administrativo, suas origens, desenvolvimento e atuais configurações, a fim de demonstrar diferenças e semelhanças entre os dois ramos e, principalmente, o que elas representam atualmente, a partir da inclusão de inúmeros artigos de direito administrativo na Constituição. Após, será realizada uma análise histórica da presença do direito administrativo nas Constituições Brasileiras e também do contexto político em que o texto foi elaborado, assim como a forma de elaboração da atual Carta.

Na segunda parte caberá examinar as conseqüências da constitucionalização do direito administrativo, em especial o controle que o administrador sofre pelo Poder Judiciário, cada vez mais efetivo, já que, não obstante o controle de legalidade, há controle de constitucionalidade sobre a conduta administrativa. Dessa forma, merecerá atenção o princípio da legalidade na doutrina e jurisprudência atuais e a importância dos demais princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, será estudada a separação dos poderes desde a sua criação e como se apresenta no ordenamento jurídico atual.

Por fim, pretende-se concluir se houve superdimensionamento do direito administrativo na Constituição Federal, as conseqüências dessa qualificação e as mudanças percebidas no sistema brasileiro a partir da inovação.

*O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

**Procuradora do Estado do RS. Especialista em Direito do Estado.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

2 ASPECTOS GERAIS

2.1 Relações entre Direito Administrativo e Direito Constitucional

O direito administrativo, considerado como o conjunto de normas que regulam a relação entre os particulares e a Administração, sempre existiu, mas sua independência como matéria autônoma de estudos foi refém de uma longa trajetória histórica. O direito administrativo teve sua origem extremamente ligada ao direito constitucional: ambos tiveram como marco inicial o Direito Canônico e mais tarde surgiram como instrumentos jurídicos para limitar o Estado nas Revoluções Liberais Burguesas. As mudanças na vida política dos Estados a partir do nascimento do constitucionalismo nos Estados Unidos, a eclosão da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem tiveram forte influência na relação entre os particulares e a administração. Do momento anterior, quando não se questionava o poder ilimitado do Estado, passou-se à idéia de pesos e contrapesos para tutelar as liberdades públicas.

A origem da idéia de contrapesos ao administrador é explicada por Eduardo Enterría¹. Ensina o doutrinador espanhol que a legalidade partiu da tese de Rousseau de que a lei representava a vontade geral. A lei geral seria a base do pacto social pois o soberano estaria atuando conforme a vontade coletiva, ou seja, a lei geral, como legítima expressão da vontade geral do povo, deveria ser respeitada pelo soberano a fim de possibilitar o livre desenvolvimento dos membros do grupo social.

Contudo, o pressuposto lógico do absolutismo era o uso da razão privada, continua Enterría². Houve inversão desse conceito com nitidez a partir de Kant, que afirmava que a saúde do estado não há que se entender como o bem dos cidadãos, mas a harmonia da Constituição com os princípios do direito. O direito passou a ser garantia da liberdade, que era a concepção jurídica do livre arbítrio. Logo, o Estado tinha como fim concretizar o direito – a Constituição deveria assegurar simplesmente a coexistência das liberdades dos súditos.

As leis gerais, portanto, deveriam atuar como proteção à liberdade dos cidadãos. Kant e Rousseau, segundo Enterría³, sustentaram a idéia de soberania da lei considerando como seu conteúdo essa liberdade geral. Mas o Direito Administrativo hoje, completa o doutrinador, não resistiria a esse critério porque sua causa, sua disposição e sua finalidade exorbitam o direito dos indivíduos e não é suscetível de generalização. O direito administrativo, ao contrário, é transpessoal, é um direito que habilita uma supremacia geral sobre as liberdades. Justamente essa inadequação da Administração à lei civil (interprivada) e a idéia do direito administrativo como acessório acabaram fortalecidos após a Revolução Francesa.

A separação dos poderes também sofreu nova interpretação a partir da Revolução de 1789 e influenciou a concepção atual do Direito Administrativo, como abordaremos posteriormente.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 22-24.

² ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 26-27.

Portanto, a evolução histórica do relacionamento entre os cidadãos e o Estado determinou o que hoje pode se estudar como direito constitucional, direito administrativo e Constituição. Se no Brasil atual a Constituição tem um papel fundamental nos deveres e direitos do Estado perante os seus administrados (assim como na relação inversa), isso é fruto do desenvolvimento de pelo menos dois séculos de história mundial, onde se transitou do absolutismo ao liberalismo.

Do poder estatal juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens do soberano – Estado de Polícia - ao emprego limitado desse poder - Estado de Direito -, ainda tivemos um período intermediário onde o Estado, embora não mais absoluto, ainda era visto como um aparato criado para garantir e tutelar os direitos do homem, em especial os direitos civis, com o de propriedade⁴. Somente na segunda metade do século XIX o liberalismo foi efetivamente introduzido na ordem política e permitiu que no início do século XX essa idéia pudesse ser aplicada na ordem econômica mundial, causando um intercâmbio marcante que culminou na globalização de direitos humanos, econômicos e de idéias, hoje ainda mais difundido com as recentes “uniões” de países europeus e sul-americanos⁵. No século anterior, as Constituições foram reconhecidas como instrumentos limitadores da Administração; já no século XX houve nova mudança na relação Estado-particulares, abrangendo agora a garantia a direitos sociais reclamados pelos cidadãos, dando início ao Estado-Social ou Estado-Providência, tão conhecido na Constituição Brasileira de 1988. A Administração, de ameaça ou restrição à liberdade dos indivíduos, passou a ser vista como um pressuposto de bem-estar e fundamental para a efetividade dos direitos sociais⁶.

Todas essas transformações históricas foram, inevitavelmente, acompanhadas pelos direitos constitucional e administrativo, embora o desenvolvimento dessas áreas não tenha sido isonômico. Na medida em que o Estado tinha seu poder limitado e os particulares tinham direitos supremos reconhecidos, a Constituição ganhava força como instrumento garantidor dessas mudanças. Em todos os regimes e sistemas políticos, atuais ou passados, encontram-se idéias e regras jurídicas a defini-los e a legitimá-los (ou a procurar legitimá-los), e a sujeição do Estado ao direito é a base do direito público e, antes de mais nada, do direito constitucional⁷. Quando ganhou força, no século XX, em especial a partir da Segunda Guerra Mundial, o direito constitucional se firmou como o núcleo das ordens jurídicas nacionais e tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do Direito. Portanto, embora a Administração sempre tenha acompanhado as Constituições modernas, o direito administrativo autônomo não se desenvolveu de forma contemporânea; somente a partir da expansão do constitucionalismo moderno⁸ o direito administrativo conseguiu afirmar sua identidade,

³ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 35-36.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.II-7, vol. I.

⁵ A União Europeia passa por um momento de reflexão após as decisões populares francesa e holandesa de não apoiarem a Constituição Europeia.

⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 310.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, v. I, p. 13.

⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 46-48.

separando-se de um conjunto maior de regras relativas à atividade estatal, hoje conhecido como Direito do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹, pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França em decorrência da criação da jurisdição administrativa ao lado da jurisdição comum. As decisões do órgão de cúpula da jurisdição especializada, o Conselho de Estado, criaram inúmeros princípios formadores do direito administrativo, que nasceu como direito não legislado porque serviu justamente para preencher lacunas da legislação, então inexistente, explica a autora.

Os autores pesquisados concordam que laços estreitos ligam o direito constitucional e o direito administrativo, mas cada um guarda atualmente características próprias, embora não inteiramente independentes. No ordenamento brasileiro essa independência foi ainda mais relativizada após a Constituição de 1988, que introduziu minúcias inéditas relativas à Administração Pública, que serão analisadas posteriormente.

Odete Medauar relata os diversos conceitos relacionados às diferenças entre o direito constitucional e o administrativo, entre as quais a célebre afirmação de Fritz Werner, em 1959: “O direito administrativo é a concretização do direito constitucional”; o ensinamento de Benoit, para quem o direito administrativo seria o direito público cotidiano e o constitucional as normas abstratas de organização do Estado; e a lição de Santi Romani, que tratava o direito constitucional como o estudo anatômico dos órgãos do Estado e o administrativo como o estudo das funções estatais¹⁰.

O administrativista argentino Agustín Gordillo ensina que cada capítulo do direito administrativo está encabeçado por uma introdução de direito constitucional. Além disso, afirma que há influências recíprocas entre um e outro. A Constituição tem influência sistêmica no direito administrativo; já este exerce influência relativa à eficácia da Constituição. Contudo, o autor também ressalta diferenças entre esses dois sistemas jurídicos correlatos: enquanto a Constituição é uma estrutura, é o ordenamento fundamental do Estado e predomina o estático, o Direito Administrativo é um órgão jurídico desse Estado e prioriza o dinâmico, realizando suas atividades dentro do marco e diretrizes básicas fixadas por aquela estrutura. Outrossim, na Constituição há estruturação e estabelecimento de limites abstratos, no direito administrativo há expressão de atividade concreta e choque contra os limites pré-fixados¹¹. Análise semelhante entre as características que aproximam e afastam os dois ramos é feita pelo doutrinador pátrio Hely Lopes Meirelles, que ressalta o caráter estrutural, anatômico e estático do direito constitucional, ao mesmo tempo em que salienta os aspectos organizacional interno e dinâmico do direito administrativo¹².

Jorge Miranda igualmente reconhece a dificuldade em traçar com nitidez as fronteiras do direito constitucional e administrativo, até porque, no século XX, o Estado se apresentava muito mais como um Estado administrativo do que legislativo e muito do que é administrativo se elevou a constitucional. Diante desse quadro, o doutrinador

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo. *Instituto de Estudos, Direito e Cidadania*. São Paulo. Disponível em www.iedc.org.br. Acesso em 26 de junho de 2005, p. 1 e 2.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157-160.

¹¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VIII-5 e 6, vol. I.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

português explica que será de direito constitucional tudo quanto estiver em relação imediata com os valores e concepções que presidem à legitimação e ao exercício do poder político e será de direito administrativo tudo quanto contender com a sua concretização ou efetivação, por meio das formas próprias de agir da administração¹³.

Embora não se negue a importante afinidade que une esses ramos jurídicos e seja reconhecida a importância da Constituição como fonte jurídica das regras que regem a administração pública, no Brasil a Constituição Federal vigente provocou uma fusão sem precedentes desses dois campos autônomos, o que traz importantes conseqüências práticas, ressaltadas já em 1955 por Rafael Bielsa: o valor de uma constituição se determina em relação a seus méritos frente à Administração; assim, não se pode considerar de modo absoluto que uma Constituição não é boa se não se for assim considerada em suas relações com a administração. Outrossim, quando o povo começa a duvidar de determinada administração, com o tempo passa a duvidar da bondade da Constituição. Por fim, o cidadão só poderá participar no poder legislativo e decidir, quando convocado para tal, se conhecer a Administração e puder apreciar convenientemente a bondade da Constituição¹⁴. Em um sistema como o nosso, em que os dois ramos são ainda mais interligados, essa relação de bondade se torna por demais próxima, o que justificaria as constantes reformas constitucionais sempre que uma nova crise se aproxima.

2.2 Evolução Histórica do Direito Administrativo nas Constituições Brasileiras

Como já referido, a Constituição Brasileira de 1988 foi um marco na democracia moderna no país. Depois de um período marcado por políticas autoritárias e centralizadoras, a nossa Constituição coroou o Estado Democrático de Direito, institucionalizando definitivamente esse regime político, o Estado-Social, através de inúmeras providências assistenciais a cargo da Administração, e a federação, que ampliou a distribuição de competências entre as diversas unidades que a compõe.

Para demonstrar a opção por esses valores e pelos demais interesses eleitos, os constituintes aprovaram um texto minucioso, com mais de duzentos artigos - constantemente reformados - no qual se sobressai o grande número de dispositivos que versam sobre a administração, desde sua estrutura interna até os limites de intervenção na ordem econômica. Antes de verificarmos quais são os principais dispositivos previstos na Constituição de 1988 que versam sobre o funcionamento do Estado e interferem diretamente no direito administrativo, serão analisados os textos constitucionais precedentes e as previsões sobre o assunto que eles continham. Desde já podemos ressaltar que os textos promulgados de 1824 a 1967, embora em momentos históricos diversos, tiveram uma única preocupação em matéria administrativa constitucional: o acesso aos cargos públicos e alguns direitos daí decorrentes.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, p. 20-21, vol. I.

¹⁴ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955, p.66.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

2.2.1 O Império e a Constituição de 1824

A primeira Constituição do Brasil independente e monárquico previu a forma de Estado Unitária, com poderes centralizados na esfera central, no Rio de Janeiro. Outorgada por Dom Pedro I, previa a separação de poderes com forte posição do Imperador, titular do poder moderador e chefe do executivo¹⁵. Frente às práticas constitucionais comuns na época, o texto mencionava dois artigos de direito administrativo: os artigos 102, IV, e 178, item 14, que versavam sobre acesso aos cargos públicos. O primeiro estabelecia a competência do Imperador para nomear os empregos civis e políticos e o outro determinava a igualdade de acesso aos cargos públicos “sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

2.2.2 A Constituição Republicana de 1891

Com a proclamação da República em 1889, foi elaborada uma nova Constituição, aprovada pelo Congresso Constituinte em 1891. O sistema de governo adotado era o presidencialismo e o poder foi reorganizado e distribuído entre a União e os Estados, seguindo o modelo vigente nos Estados Unidos, com proteção explícita à federação e previsão igualitária de competências e poderes entre as unidades federativas.

Novamente a Constituição cuidou somente do acesso aos cargos públicos em dois artigos e acrescentou outra norma referente à aposentadoria dos funcionários públicos, todos na Seção II – Declaração de Direito -, Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros. Além disso, continuou a prever a atribuição centralizada do Presidente da República para nomear cargos públicos civis e militares federais, com exceção de algumas restrições constitucionais - artigo 48, parágrafo 5º -, e ainda proibiu o cidadão investido em funções de qualquer dos poderes estatais federais de exercer as de outro – artigo 79. Mas o texto foi marcado por uma característica que se assemelha à nossa atual constituição sob um aspecto: foi nominal, já que muitas disposições de ordem política restaram não aplicadas na prática, principalmente em decorrência da mudança brusca nas instituições públicas: da monarquia e poder centralizado passou-se à república federativa e presidencialista, rompendo com uma história de mais de trezentos anos¹⁶.

2.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

O período em que a Constituição de 1934 foi promulgada ficou marcado por crises político-militares e sucessão de governos, ora autoritários, ora liberais, e não serviu para alterar as principais previsões de direito administrativo no texto. Foram reservados seis artigos para tratar da Administração Pública – artigos 168 a 173 – e foi a primeira a esboçar uma preocupação constitucional em relação ao assunto e, em especial, novamente com o acesso aos cargos públicos. O Título VII, que reuniu os

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, p. 223-224, vol. I.

¹⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 44.

artigos citados, denominava-se “Dos Funcionários Públicos” e ressaltava a incompatibilidade entre cargo público efetivo e outro eletivo. Foi o primeiro texto a prever a estabilidade aos funcionários públicos nomeados após concurso público e com exercício efetivo de função estatal por mais de dez anos. Nas matérias correlatas ao direito administrativo, consagrou a justiça eleitoral e introduziu o mandado de segurança, instituto até hoje de reconhecida importância no combate aos atos administrativos ilegais.

2.2.4 A Constituição de 1937

Com a ruptura na ordem jurídica vigente, a adoção de institutos autoritários e a centralização quase absoluta dos poderes na figura do Presidente da República, a nova constituição tratou apenas de manter formalmente algumas disposições relativas aos funcionários públicos, nos artigos 156 a 159.

2.2.5 A Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946 tratou de garantir novamente a democracia e o liberalismo no Brasil. Contudo, em relação aos artigos de direito administrativo, não apresentou muitas inovações, novamente com previsões limitadas aos cargos públicos e aos direitos decorrentes, como a igualdade de acessibilidade, estabilidade, regra geral de vedação à acumulação de cargos, aposentadorias e revisão de proventos. A grande novidade foi a adoção da responsabilidade objetiva do Estado.

2.2.6 A Constituição de 1967

De existência curta, o texto não trouxe inovações significativas. Pode ser ressaltada a previsão expressa de aplicação das regras do funcionalismo para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas esferas federal, estadual e municipal.

As emendas constitucionais e os atos institucionais posteriores, embora tenham alterado substancialmente a Constituição de 1967, não provocaram mudanças profundas no âmbito do direito constitucional administrativo. Chegaram a vinte e um os dispositivos de direito administrativo, a maioria sobre funcionários públicos, como nas Constituições anteriores. Nem se poderia, em um regime autoritário, esperar que normas ampliativas de direito administrativo fossem pré-fixadas na Constituição.

2.2.7 A Constituição de 1988

A abertura política lenta e gradual inicialmente provocou a revogação dos atos institucionais em 1978 e deu início ao novo período democrático brasileiro. A fim de restabelecer o Estado de Direito e os direitos fundamentais, foi convocada, através da Emenda Constitucional n.º 26, uma Assembléia Nacional Constituinte em 1985, responsável pelo texto aprovado em 1988.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

Entretanto, antes da eleição da referida Assembléia, o jurista Afonso Arinos presidiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, criada pelo Decreto n.º 91.450, de 1985. Formada por cinquenta membros denominados de “notáveis”, a comissão desenvolveu pesquisas e estudos a fim de elaborar um anteprojeto constitucional. Apesar do documento ter tido todas as características de anteprojeto, foi sumariamente arquivado e deu-se lugar à eleição dos membros da constituinte. Embora não tenha vinculado o trabalho dos congressistas, cabe ressaltar que o documento igualmente era extenso e minucioso, com mais de duzentos e cinquenta artigos, e, apesar de algumas inovações, repetia o espírito das Constituições anteriores, ou seja, não constitucionalizava princípios e dispensava maior atenção às regras do funcionalismo público¹⁷.

Sem um projeto anterior, já que o documento elaborado por Afonso Arinos fora arquivado, a matéria constitucional foi dividida em oito partes, cada uma delas entregue a uma comissão temática específica¹⁸. Cada comissão foi ainda subdividida em três novas subcomissões, a fim de facilitar o trabalho. Após os diversos anteprojetos terem sido reunidos e compatibilizados por uma Comissão de Sistematização, presidida pelo presidente da “Comissão de Notáveis”, Afonso Arinos, e composta por quarenta e nove membros, além dos presidentes e relatores das demais comissões, o projeto definitivo foi encaminhado ao plenário.

Sobre as comissões cabe ressaltar alguns pontos importantes. Entre as oito temáticas, os assuntos foram distribuídos de acordo com a ordem que, hoje, se encontram na Constituição. Assim, foram constituídos os seguintes grupos¹⁹: I – Comissão de Soberania e de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social e VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Os grupos foram organizadas de modo a, na medida do possível, solucionar problemas partidários e participativos, já que todos os constituintes se mostravam ávidos por contribuir.

O trabalho desenvolvido pela Comissão de Sistematização, a partir dos anteprojetos elaborados, resultou em um texto com quinhentos e um artigos. Além disso, foram recebidas mais mil emendas, o que demonstra o árduo trabalho realizado para se chegar ao texto aprovado em 1988, com duzentos e quarenta e cinco artigos na parte permanente e setenta nas disposições provisórias.

O método adotado, através das comissões, atendeu ao reclame dos constituintes que ansiavam por manifestar seus interesses, valores e tendências, sejam pessoais ou partidárias, já que oportunizou que muitos tivessem espaço ativo. Por óbvio, todas as comissões trabalharam com o intuito de verem seus estudos inseridos na Constituição Brasileira, o que provocou um fluxo imenso de matérias, muitas delas estranhas à

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 79.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 462.

natureza constitucional, conflitantes e redundantes. Entre as centenas de emendas que o relator recebeu, algumas demonstram a minudência das proposições, como uma que previa²⁰: “*Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. Parágrafo único: Lei Complementar definirá qual a cor*”. Diante desse único exemplo, já podemos entender o difícil trabalho realizado pelos constituintes que relataram o anteprojeto e o projeto votado em plenário e compreendemos que o texto promulgado, em que pese o detalhamento muitas vezes criticado, foi resultado de inúmeras intervenções corretivas e aperfeiçoativas. Além de toda a participação dos constituintes, ainda foi assegurada a intervenção dos cidadãos, através de emendas populares que chegaram a um milhão de assinaturas pela reforma agrária e quinhentas mil pela estabilidade no emprego.

Por meio desse processo, a Constituição de 1988 levou a cabo a democracia exaltada no seu texto, antes mesmo da sua promulgação. Como bem analisa Paulo Ricardo Shier, o produto final pode ter ficado com alguns vícios em decorrência desse processo constituinte, mas isso não comprometeu o resultado, pelo contrário, potencializa suas virtudes, exigindo o compromisso dos operadores jurídicos²¹. Também José Eduardo Faria destaca os impasses enfrentados para a elaboração da nossa atual Constituição²².

O processo de elaboração foi democrático, o árduo trabalho teve boas intenções, em muitos aspectos a nossa Constituição é moderna, mas o fato é que depois de mais de dezesseis anos da promulgação da Constituição de 1988 as críticas se avolumam. E uma delas é a grande quantidade de artigos sobre direito administrativo, mais ainda com as constantes reformas constitucionais. Como foi demonstrado, a Constituição de 1988 não foi construída seguindo modelos anteriores, não se baseou em outras constituições brasileiras antecedentes, nem em qualquer outro texto estrangeiro. Mas o trabalho dividido em comissões fez com que, no total, fossem incluídos cerca de 65 dispositivos somente sobre a Administração Pública, na data da promulgação. Com as reformas posteriores, já chegam a mais de 78 os artigos sobre o assunto, conforme contagem citada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³. Se buscarmos referências nas vigentes Constituições européias ou na americana, o exemplo brasileiro é ainda mais discrepante. As Constituições Americana, Italiana e Uruguia possuem duas normas sobre a Administração Pública. As Constituições do Chile e da Argentina, um só artigo. Já Portugal tem em sua Constituição, promulgada em 1976, um número expressivo de

²⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4^ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 461.

²¹ SHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional, Construindo uma nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p.92-93.

²² “*Resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembléia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural*”. FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 18-19.

²³ O doutrinador ainda refere que a Emenda Constitucional n.º 19/98 contém 95 normas, mas mais de um terço depende de lei para ser aplicada. Ao todo são 37 previsões de lei, incluindo 4 Leis Complementares e encontram-se enumerados ainda 24 tipos diferentes de remuneração dos servidores públicos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11 e 130-134.

normas de direito administrativo: 54 dispositivos no total, segundo Jorge Miranda²⁴, incluindo normas sobre os direitos fundamentais dos administrados perante a Administração, normas sobre bens públicos, sobre competências de natureza administrativa do Chefe do Estado ou do Governo, normas sobre responsabilidade estatal, regras sobre administração local autárquica, sobre regulamentos, sobre a função pública e também sobre as Forças Armadas.

De todos os artigos da Constituição Brasileira sobre direito administrativo, o destaque é a inclusão dos princípios que regem a administração pública, muito pertinentes em um país marcado pelo regime autoritário. Mas fixar princípios é função natural de uma Constituição. Já regulamentar a organização e o funcionamento dos poderes, fixar a remuneração do funcionalismo e distinguir cargo efetivo e cargo em comissão, por exemplo, traduzem o casuismo com que a Administração foi tratada e um certo desprestígio do legislador ordinário. As conseqüências desse detalhamento e os problemas causados serão tratados a seguir.

3 DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO

3.1 O princípio da legalidade e os valores vinculados a Administração

Como analisado anteriormente, o direito administrativo atual teve origem nas transformações ocorridas na Europa a partir do final do século XVIII e foi “uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”²⁵. O doutrinador espanhol Eduardo Enterría explica que os revolucionários franceses rejeitaram dois aspectos fundamentais: que a fonte do direito era o soberano, e que ele atuava como legítimo representante da vontade de Deus na comunidade. A nova concepção trouxe profundas mudanças ao estabelecer que a fonte do direito seria a própria vontade geral, e não uma instância diversa superior aos cidadãos, e essa vontade coletiva deveria ser expressa legitimamente através da lei geral²⁶.

A própria idéia substancial de direito foi modificada para assegurar a liberdade dos cidadãos, “a liberdade de quem até esse momento estava situado como simples súditos passivo, com respeito a um poder alheio e transcendente”.²⁷ Ao lado da liberdade, consolidou-se como origem e finalidade do direito a igualdade, até hoje preceito básico nos ordenamentos jurídicos modernos.

Da concepção de que a lei geral é a expressão da vontade do povo, a necessidade de lei prévia passou a ser requisito para legitimar a ação do poder, justamente a fim de garantir a obediência ao mandamento legal. Ou seja, se é da vontade geral, cumpra-se.

²⁴ MIRANDA, Jorge. A Administração Pública na Constituição Portuguesa. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 191-192.

²⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

²⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367-368.

A exigência de previsão legal anterior também decorreu da divisão de poderes: ao Executivo coube aplicar a lei nos casos concretos, justamente *executar* os mandamentos. Essa separação dos poderes foi sustentada de forma diferente por Locke, Montesquieu e Rousseau²⁸ mas a idéia global de funcionamento do Estado para esses juristas era de um lado, as leis e tribunais, e de outro, a força pública para manter as decisões dos legisladores e dos juristas e defender a independência exterior.

O novo quadro entre os poderes oriundo da Revolução Francesa tornou necessário um poder administrativo poderoso e autônomo, capaz de atender as mudanças sociais almejadas em qualquer revolução, o que beneficiou o Executivo diretamente²⁹. Essa nova estrutura social foi marcada por um poder centralizado no Executivo para que ele pudesse garantir a igualdade. Ensina Enterría que entre igualdade e Administração existe uma ação recíproca, já que aquela impõe o surgimento dessa, e uma Administração centralizada e poderosa determina uma extensão e perfeição da igualdade³⁰.

A Administração passou a ser sujeito concreto e atuante, ao contrário da idéia de sujeito de abstrata função³¹. A partir dessa visão de Administração com caráter subjetivo e de sua presença como sujeito real e verdadeiro foi sendo construído o direito administrativo. E essa nova concepção do direito foi possível a partir do reconhecimento do sistema jurídico público como uma criação abstrata, sem vínculo pessoal com o soberano ou outro titular do poder.

Após a criação do Princípio da Legalidade, foram duas as interpretações emanadas de seu conceito: vinculação negativa da Administração à lei, ou seja, “*o objeto da atuação administrativa não é, pois, executar a lei, mas servir aos fins gerais, o qual há de fazer-se, não obstante, dentro dos limites da legalidade.*”³² Já a vinculação positiva da Administração à legalidade sustenta que a Administração só poderá atuar se existir prévia disposição legal que a autorize. Segundo Eduardo Enterría, ao explicar que na Espanha o Princípio da Legalidade é adotado dessa forma, “*não há espaço franco ou livre de lei no qual a Administração possa atuar com um poder ajurídico e livre.*”³³

Também no Brasil o Princípio da Legalidade se desenvolveu não como limite à Administração, mas como condição, estando integralmente vinculada à lei³⁴. A legalidade como condição serve principalmente para proteger o administrado, ou seja, positivar uma previsibilidade que garanta as liberdades individuais – o administrado deve saber como o Estado irá agir -, não como proteção ao administrador.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 28-34.

²⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 48-51.

³⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 61.

³¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 73-75.

³² ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 371-372.

³³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 375.

³⁴ A definição mais conhecida e reproduzida do princípio demonstra que a legalidade serve para condicionar a atividade administrativa: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 82.

Mas a submissão total da administração à lei foi tornando-se cada vez mais irrealizável e hoje, com o Estado-Providência, existem sérios problemas de adequação das atribuições estatais à lei. Patrícia Baptista explica as principais causas que contribuíram para a formação desse quadro³⁵:

- fator jurídico-filosófico: a crise da lei formal, desvalorizada pela perda do seu conteúdo de justiça, pela sua politização e pela sua proliferação;
- fator político: a lei perdeu o caráter de expressão da vontade geral;
- inflação legislativa em decorrência da complexidade da vida moderna e diversificação do papel do Estado;
- aumento das atribuições legislativas da própria Administração, ainda mais no momento atual do Brasil, com as facilidades da Medida Provisória³⁶.

A partir de 1988 foram publicadas diversas leis nacionais, a fim de regulamentar as disposições de direito administrativo previstas na Constituição, tais como:

- Lei n.º 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública;
- Lei n.º 8.852/94, que dispõe sobre a aplicação dos artigos 37, incisos XI e XII e 39, parágrafo 1º da Constituição, acerca do pagamento e limites dos vencimentos, da remuneração e dos subsídios;
- Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição;
- Lei Complementar n.º 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal;
- Lei n.º 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Todos esses problemas, cumulados à existência de conceitos jurídicos indeterminados na lei e na própria Constituição, produziram um movimento de remodelação do Princípio da Legalidade, na qual o administrador não estaria somente vinculado ao sentido positivo da lei, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo, em especial aos princípios e regras dessa ordem estabelecida³⁷.

Nesse aspecto, maior importância teriam os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição de 1988, todos de extrema relevância na atividade pública. Esses valores estampados na Constituição serviriam basicamente de liame entre a Administração e o direito, sem que lei em sentido formal fosse condição do ato administrativo. Mas como se não bastasse a inflação legislativa e a crise exposta acima, o constituinte brasileiro tratou de super dimensionar as regras de direito administrativo na Constituição, ao prever casuísmos que o administrador local poderia resolver de

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98-99.

³⁶ Previstas para os casos de relevância e urgência, de atribuição do Presidente da República, as medidas provisórias tem força de lei, segundo o artigo 62 da Constituição Federal.

³⁷ Essa também é a opinião do Professor Leonel Pires Owlweiler: "No intuito de que se possa caminhar para uma compreensão ontológico do regime administrativo, inicialmente, faz-se mister ter como pressuposto que a atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais". OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 320.

forma mais peculiar, como a fatia orçamentária que deve ser aplicada em saúde e educação e as regras do funcionalismo público.

A moralidade, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência e a própria legalidade estão previstos como instrumentos de busca da transparência e da probidade, principalmente em função do momento histórico anterior vivido pelo país. A homogeneização de princípios não configura exagero do constituinte de 1988, o que se discute é a constitucionalização de normas sobre aposentadoria, remunerações, incompatibilidades, limite salarial, gerência, contratação, publicidade e mecanismos de controle. Não que essas normas tivessem que ficar no âmbito de discricionariedade, mas entendemos que poderiam ser fixadas pelo legislador ordinário local, tendo em vista as diversidades culturais, sociais e econômicas do país.

3.2 A Hiperconstitucionalização do Direito Administrativo

Diante da história constitucional do Brasil, da análise do grande número de normas de direito administrativo na Constituição e do estudo do princípio da legalidade como obediência aos valores esculpidos na ordem jurídica vigente, deverão ser estudadas as conseqüências desse quadro, ou seja, se os reflexos que emanam dele são positivos ou há um real exagero na decisão do constituinte.

Como visto anteriormente, a vinculação da administração pública à lei provocou, na conjuntura política moderna, a supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo. Isso porque, na concepção original do Princípio da Legalidade, o administrador fica condicionado à previsão legal e essa subordinação acarreta as seguintes conseqüências³⁸:

- o Poder Legislativo dispõe o que o Poder Executivo pode ou não gastar;
- o Poder Legislativo dispõe que o Poder Executivo deve ou não fazer;
- se o Poder Legislativo não estiver satisfeito com a gestão do Poder Executivo pode remover o chefe do Executivo mediante os institutos políticos previstos;
- no processo legislativo, embora o Poder Executivo possa vetar uma lei, a decisão final cabe ao Poder Legislativo.

Atualmente essa relação vertical proporciona episódios em que o jogo político se sobressai, fulminando a moralidade e a impessoalidade, que deveriam ser valores sempre presentes. Deixar o Executivo dependente do Legislativo gera tensões entre os dois poderes; no Brasil causa um verdadeiro jogo de interesses, em especial quando esses interesses estão em lados partidários diversos. Além disso, o Legislativo hoje não representa a vontade popular contra a posição do Monarca.

Outrossim, atualmente vemos uma profunda confusão entre política e direito. No Estado Democrático de Direito, a supremacia do direito é elemento essencial para que o regime democrático efetivamente se imponha. Mas essa supremacia não pode ser alavancada a um patamar que subjugue os dois campos que são ligados pelo direito: a ética e a política. O direito só representa equilíbrio entre a ética e a política se não

³⁸ GODILLLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, tomo I, p. III-3.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

anular nenhum dos dois, se agir para torná-los isonômicos, com forças semelhantes. Se a política for superior ao direito e à ética, há autoritarismo e o regime estatal passa a ser a autocracia. Na situação inversa, com o direito anulando o campo de atuação da política, há totalitarismo jurídico³⁹, ou seja, o equilíbrio deve ser a busca constante.

A supremacia do direito não representa negar espaços que são próprios da ética e da política, mas atualmente no Brasil é isso que acontece. O direito substitui a política quando há constitucionalização de diversas matérias que não são materialmente constitucionais. Já a ética é substituída pelo direito quando este quer impor valores éticos através da lei, como ocorre desde 1992 com a Lei de Improbidade Administrativa.

Como o ordenamento jurídico brasileiro, embora com institutos inspirados na *common law*, tem origem na tradição romano-germânica, quem “diz o direito” é o legislador, e este tem demonstrado cada vez mais que faz confusão entre esses três campos correlatos. O bom direito depende da consciência ética da sociedade e de instituições políticas fortes, caso contrário, a democracia só estará garantida no papel.

Mas a constitucionalização do direito administrativo trouxe outra consequência prática muito relevante: a intervenção efetiva do Poder Judiciário na atividade administrativa. A jurisprudência é uma das principais fontes do direito administrativo desde o Conselho de Estado Francês, que teve sua Idade de Ouro no período compreendido entre 1870-1970, quando esse ramo do direito foi realmente trabalhado como ciência na França, e no Brasil hoje tem ainda maior importância porque as normas constitucionais ampliaram a possibilidade de interpretação dos institutos jurídicos atinentes a elas. Da inexistência de intervenção do Poder Judiciário na atividade administrativa, nos séculos passados, passou-se à larga influência da hermenêutica constitucional na Administração Pública. Assim, se por um lado o tratamento constitucional trouxe mecanismos para enaltecer a probidade e outros valores, por outro é responsável por hipertrofiar o Supremo Tribunal Federal, que sofreu ampliação inédita em sua competência, e está congestionado com processos que buscam, em tese, a guarda da Constituição. Alexandre de Moraes reforça que, a partir de 1988, a construção jurisprudencial decorrente da interpretação das regras básicas da Administração contidas na Constituição caracterizou-se pelo caráter criativo e limitador do Poder Executivo, buscando a consagração dos valores constitucionais na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados⁴⁰. Pode-se dizer, portanto, que a atuação do Juiz é fundamental na construção prática dos princípios constitucionais e efetivação concreta dos valores pré-estabelecidos.

O controle judicial da atividade administrativa dispõe de diversos instrumentos processuais previstos no texto constitucional de 1988, entre os quais:

- Mandado de Segurança: artigo 5º, inciso LXIX, regulamentado pela Lei n.º 1.533/51;

³⁹ “A relação entre o Direito e a Política configura-se como uma das relações mais tensas existentes no Estado Democrático de Direito. A política simboliza as decisões tomadas pela sociedade com a finalidade de alcançar os objetivos escolhidos pela sua população, tendo como uma de suas principais características a discricionariedade de sua escolha. O Direito tem como uma de suas principais características, de modo inverso, a previsibilidade de sua normatização. Assim, devido ao caráter diverso de duas principais características, o Direito e a Política devem gerar atritos.” (MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. (Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 222)

- Habeas Data: artigo 5º, inciso LXXII, Lei n.º 9.507/97;
- Ação Popular: artigo 5º, inciso LXXIII, Lei n.º 4.717/65;
- Mandado de Injunção: artigo 5º, inciso LXXI;
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: artigo 102, parágrafo 1º, Lei n.º 9.882/99
- Ação de Improbidade Administrativa: artigo 37, parágrafo 4º, Lei Federal n.º 8.429/92.

Outro órgão que ganha cada vez mais importância na fiscalização da Administração Pública é o Tribunal de Contas, seja em nível estadual ou federal. O órgão colegiado é responsável pelo controle externo nos entes administrativos, em contraponto à fiscalização interna efetuada pelos próprios poderes estatais em suas respectivas esferas. A Constituição Federal previu o Tribunal de Contas nos artigos 70 e seguintes e o instituiu como órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas com autonomia própria para sindicatar de forma independente.

O Tribunal de Contas exerce o controle externo basicamente de duas formas: emitindo parecer prévio sobre a prestação de contas realizada pelos ordenadores de despesa e também através do julgamento da tomada de contas. O artigo 71 da Constituição Federal elenca as atribuições do órgão, mas destacamos alguns instrumentos da fiscalização externa:

- realização de auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- representação sobre irregularidades ou abusos apurados no exercício de suas atividades fiscalizadoras;
- apreciação, para fins de registro, da legalidade das admissões de pessoal a qualquer título e das concessões iniciais de aposentadorias;
- apreciação dos contratos de locação de prédios e de serviços firmados;
- determinação de providências acauteladoras do erário em qualquer expediente submetido à sua apreciação e
- aplicação de multas e sanções aos responsáveis.

Como se percebe, além do Poder Judiciário, as contas dos administradores são analisadas pelo Tribunal de Contas a fim de verificar a obediência às autorizações legislativas e às regras de contabilidade pública, mais ainda a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Ademais, a constitucionalização das sujeições e prerrogativas da administração trouxe outra consequência: a federalização das atividades estatais em todo o Brasil. Essa centralização é criticada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴¹, que tece críticas em especial a partir da Reforma Administrativa, aprovada nas Emendas Constitucionais n.º 18 e 19, de 1998. Embora o doutrinador afirme que a centralização por meio de regras gerais (princípios e conceitos) não seja um inconveniente técnico ou político,

⁴⁰ MORAES, Alexandre. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. *Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

compromete o modelo federativo adotado pela própria Constituição Federal e esvazia paulativamente a autonomia político-administrativa das unidades da federação. Como já referido anteriormente, a aplicação homogênea das regras administrativas estabelecidas no texto constitucional atropela as diferenças culturais, sociais e políticas das unidades federativas em um país tão heterogêneo como o Brasil.

Outro aspecto negativo da qualificação do direito administrativo foi provocar a constante reforma do texto promulgado em 1988. Atualmente a nossa Constituição foi emendada quarenta e sete vezes, situação sem precedentes no direito comparado. Sempre que as indicações do modo-de-ser da atividade administrativa não se mostram eficazes para atingir determinados fins políticos, o quorum de três quintos não impede que se façam as modificações almejadas. Essas alterações frequentes fragilizam a Constituição e demonstram o seu “curto fôlego histórico”⁴².

Por outro lado, a constitucionalização das normas administrativas não foi exclusivamente negativa, trouxe reflexos positivos, como a evolução latente do direito administrativo. A doutrina se desenvolveu, hoje temos larga jurisprudência sobre os mais diversos aspectos, seminários, cursos e modernos e inovadores institutos. Outrossim, o administrador está sujeito a intervenções efetivas da população, do Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Embora a corrupção esteja presente desde o descobrimento do Brasil⁴³ e não vá desaparecer tão cedo, hoje a participação em defesa dos interesses individuais ou coletivos possui instrumentos, possui valores pré-fixados e, principalmente, está na Constituição Federal, o que a qualifica sobremaneira.

A supremacia do interesse público está na Constituição, a busca do bem comum também, assim como a democracia, estampada no preâmbulo, mas as previsões escritas não garantem obediência prática a elas. O administrador foi cerceado, teve sua discricionariedade limitada, fiscalizada, mas podemos lembrar diariamente que “o Brasil não é um país sério”⁴⁴. Não podemos imaginar se a situação estaria pior, mas podemos afirmar que constitucionalizar várias minúcias do direito administrativo não garantiu a dignidade da pessoa humana. Prever, por exemplo, no artigo 198, parágrafo 2º, o percentual orçamentário que deve ser aplicado em saúde não evitou venda de fichas nos postos de saúde. Estabelecer a destinação de verbas mínimas em educação não impediu as noites de sono nas filas para obter vaga em escolas públicas. O administrador passou a ser um mero tesoureiro, distribuidor de receitas.

Por fim, diante da intervenção indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo, da verdadeira confusão entre política e direito, diante da perda de autonomia das unidades federativas e da ineficácia de inúmeros dispositivos administrativos constitucionais, concluímos que estamos diante de uma hiperconstitucionalização do direito administrativo, agravada pelas constantes reformas constitucionais.

Como referido, não cabe aqui fazer exercício de previsibilidade, tampouco tentar solucionar os problemas do país, mas entendemos que dois instrumentos podem auxiliar na busca pelo verdadeiro Estado Democrático de Direito: a transparência na gestão

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 50.

⁴³ Sobre o assunto, ver *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção*, de Sérgio Habib, Sérgio Antônio Fabris Editor.

⁴⁴ Frase atribuída ora ao ex-presidente francês Charles de Gaulle, ora ao embaixador brasileiro Carlos Alves de Souza.

pública e a participação efetiva da sociedade nas decisões políticas, seja através de plebiscito, seja através de referendos. A população deve ser mais responsável pelas decisões que regem o país, não somente a cada dois anos, quando lembramos, nas eleições, que somos os verdadeiros titulares do poder. E a transparência pode e deve ser cobrada como real prestação de contas.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise dos aspectos propostos na introdução desse trabalho, concluiu-se que houve hiperconstitucionalização do direito administrativo.

As diferenças entre direito administrativo e constitucional, conhecidas em todos os ordenamentos jurídicos modernos, não são relegadas no Brasil, mas a grande quantidade de normas atinentes à Administração Pública no texto constitucional provoca um embaraço entre os dois ramos específicos, causando reformas constantes que, cada vez mais, “engessam” o administrador e trazem insegurança ao administrado.

A evolução histórica do direito administrativo nas Constituições Brasileiras demonstrou que o país inovou muito no novo texto, constitucionalizando inúmeras matérias que não são encontradas nos outros sistemas estrangeiros com essa qualificação. O contexto ditatorial vivenciado no país provocou a consagração da democracia e, como conseqüência, uma limitação à discricionariedade administrativa, amplamente desenvolvida hoje através do controle judicial sobre a conduta administrativa. Também a forma de elaboração da Constituição, com participação ampla dos membros da Constituinte, fez com que o detalhamento fosse marcante.

O princípio da legalidade, diante desse novo quadro, deve ser entendido como a obediência do Poder Executivo ao sistema jurídico como um todo, a fim de tornar exeqüível a máquina estatal e valorizar as vigas mestras esculpidas no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal. Conceituar a legalidade como respeito aos valores pré-definidos nos princípios também evita outro efeito atual da hiperconstitucionalização: a supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo.

Outrossim, podemos criticar, em virtude dessa constitucionalização, o desrespeito ao sistema federativo do Estado, já que prever normas amplas às unidades federativas viola a autonomia político-administrativa que a própria Constituição exalta no seu preâmbulo e no artigo 1º.

Apesar de ter tido alguns resultados positivos, demonstrados no trabalho, a constitucionalização do direito administrativo foi exagerada, pois não evitou a ineficácia de diversas garantias aos administrados e trouxe inúmeras conseqüências danosas ao administrador.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Administração na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 27, n.º 108, out/dez 1990.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo. *Instituto de Estudos, Direito e Cidadania*. São Paulo. Disponível em www.iedc.org.br. Acesso em 26 de junho de 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GODILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, tomo I.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização das Regras da Administração Pública e o Controle do Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 421, set 2004. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 13 de setembro de 2004.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRA, José de Castro. Administração Pública na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, a. 30, n. 119, jul/set 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRANDA, Jorge. A Administração Pública na Constituição Portuguesa. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I e II.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. *Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. A Administração Pública na Constituição de 1988 (2ª Parte). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 206, out/dez 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 60-67, 1999.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v.3

TRABALHOS FORENSES

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Porto Alegre, 1^o de junho de 2006.

Of. G.G./PGE n^o

Excelentíssimo Senhor Desembargador:

Honra-me cumprimentá-lo e, na oportunidade, em atendimento ao **Of. n 756/2006-STP**, apresentar as informações da Procuradoria-Geral do Estado, que ora acolho, dando-as por integrantes do presente, relativas à **Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 70015121841**, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, sendo requeridos o Governador do Estado do Rio Grande do Sul e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e tendo por objeto a Lei Estadual n 12.416, de 26 de dezembro de 2005.

Na oportunidade, renovo-lhe meus protestos de estima e consideração.

GERMANO ANTÔNIO RIGOTTO,
Governador do Estado.

Exmo. Sr. Des.
JOSÉ AQUINO FLORES DE CAMARQO
DD. Relator da ADIN n^o 70013980909
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Porto Alegre, 1^º de junho de 2006.

Ofício GAB/PGE nº

Excelentíssimo Senhor Governador:

Atendendo à solicitação de Vossa Excelência, encaminho as informações relativas à **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70015121841**, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo requeridos o Governador do Estado do Rio Grande do Sul e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objeto a Lei Estadual n. 12.416, de 26 de dezembro de 2005.

HELENA MARIA SILVA COELHO
Procuradora-Geral do Estado

Exmo. Sr.
GERMANO ANTÔNIO RIGOTTO
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul.
Palácio Piratini.

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**INFORMAÇÕES NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 70015121841**

Proponente: **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Requeridos: **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e
ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Pretende o proponente seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 12.416, de 26 de dezembro de 2005, com o seguinte teor:

Art. 1 — Fica a Universidade Estadual do Rio Grande do Sul —UERGS — autorizada a contratar recursos humanos, em caráter emergencial, pelo prazo de até doze meses, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT —, de acordo com o inciso IV do art. 19 da Constituição Estadual, com o art. 18 da Lei nº 11.646, de 10 de julho de 2001, e nos termos desta Lei.

§ 1 - Considera-se caráter emergencial, para os efeitos desta Lei, a necessidade inadiável de admissão de pessoal, esgotadas outras formas permissíveis de admissão, para a prestação dos serviços afetos a esta entidade, sem solução de continuidade.

§ 2 - As contratações emergenciais a que se refere o “caput” deste artigo serão precedidas de processo seletivo, nos termos do art. 2 .

§ 3 - As contratações emergenciais autorizadas por esta Lei ficam limitadas a 70 (setenta) vagas de docentes temporários, para as áreas de conhecimento e unidades definidas pela Reitoria.

§ 4 - A contratação de recursos humanos, em caráter emergencial, de que trata esta Lei, fica condicionada ao atendimento do previsto na Lei Complementar Federal n 101, de 4 de maio de 2000.

§ 5 - O contrato emergencial de que trata o “caput” poderá ter seu termo final antecipado

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 197-206, jul./dez. 2005

pela admissão dos docentes de que trata a Lei n 12.235, de 13 de janeiro de 2005, selecionados por concurso público, para desempenho de funções compatíveis com a área em que o contratado emergencialmente tenha sido selecionado.

Art. 2 - O processo de seleção dos recursos humanos a que se refere o artigo anterior e seu § 2 será do tipo simplificado, constituído de prova de conhecimento e de títulos, a ser realizado por instituição especializada contratada ou conveniada com a UERGS para este fim.

Art. 3 — A UERGS publicará edital do processo seletivo, no qual serão estabelecidos os critérios de inscrição, seleção dos candidatos inscritos, classificação e admissão dos candidatos aprovados.

Parágrafo único — Havendo desistência do candidato aprovado, será contratado em seu lugar o candidato cuja classificação tiver sido imediatamente inferior à do desistente.

Art. 4 - Os salários-base dos docentes a serem emergencialmente contratados, nos termos da presente Lei, corresponderão ao estabelecido no art. 1, § 3, da Lei n 11.741, de 13 de janeiro de 2002, de acordo com a respectiva titulação.

Parágrafo único - O salário de que trata o “caput” deste artigo corresponde a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais, na forma do art. 2, § 1, da Lei n 11.741/02, podendo, a critério da Reitoria, ser fixada para menos, sendo, neste caso, o salário calculado proporcionalmente às horas contratadas.

Art. 5 - Fica a UERGS autorizada a prorrogar, por prazo determinado de no máximo doze meses, os contratos firmados com base nas Leis n 11.741/02, n 11.879, de 27 de dezembro de 2002, n 12.017, de 11 de dezembro de 2003, n 12.195, de 28 de dezembro de 2004, que se encontrarem em vigor em 31 de dezembro de 2005, na medida de suas necessidades.

Parágrafo único — A prorrogação de que trata o ‘caput’ poderá ter seu termo final antecipado pela admissão dos docentes de que trata a Lei n 12.235/05, selecionados por concurso público, para desempenho de funções compatíveis com a área em que o contratado referido no “caput” tenha sido selecionado.

Art. 6 - As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Art 7 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a contar de 31 de dezembro de 2005.

Art. 8 - Revogam-se as disposições em contrário.

A ação tem como fundamento a incompatibilidade da norma impugnada com a Constituição do Estado, especificamente o art. 19, IV — “as contratações autorizadas não buscam a atender situações temporárias e de excepcional interesse da coletividade local” — e *caput* — “na medida em que resta claro ser possível à Administração contratar seus apaniguados” — e o art. 20 — “está sendo possibilitado o acesso a emprego público sem a necessária realização de certame”.

Malgrado as alegações vazias de prova quanto a interesses não mencionáveis, tem-se que a Universidade do Estado necessitou — e obteve — autorização legislativa para dar início ao cumprimento de seu objetivo social antes mesmo de elaborado o

quadro de pessoal e aberto o certame público.

A Reitoria da UERGS deu início à elaboração do anteprojeto de lei instituidora do quadro de pessoal permanente da Universidade, que foi submetido à apreciação da Procuradoria-Geral do Estado e do Grupo de Assessoramento Especial do Gabinete do Governador, sendo concluído em agosto de 2003, ocasião em que foi submetido à consideração governamental para encaminhamento à Assembléia Legislativa do Estado.

O projeto de lei n 286/2004 foi aprovado pelo Legislativo e transformado na Lei n 12.235, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Plano de Empregos, Funções e Salários da UERGS, mas, um dia antes, havia sido publicado o Decreto n 43.561, de 12 de janeiro de 2005, que, como medida de contenção de despesas, suspendeu a realização de concursos públicos pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Posteriormente foram editados o Decreto n 43.935 de 15 de julho de 2005, e o Decreto n 44.250, de 13 de janeiro de 2006, ambos suspendendo a abertura de concursos públicos pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias

Não obstante encontrar-se em vigor a proibição, a UERGS obteve a autorização governamental para abertura de concurso público para recrutamento de servidores do corpo técnico e do corpo de apoio administrativo, o qual realizou-se em janeiro do corrente ano.

Assim a Universidade já está contratando empregados técnicos e administrativos aprovados no Concurso Público, não sendo renovados os contratos temporários para esses empregos.

Os Concursos Públicos para compor o corpo docente da Universidade, entretanto, envolvem aspectos de maior complexidade e, por isso, estão sendo programados com especial atenção pelo Conselho Superior da Universidade — CONSUN e pela Reitoria.

Assim, a Resolução CONSUN n 19/2005, de 21 de setembro de 2005, distribuiu os percentuais de vagas para Professor Adjunto, Professor Assistente e Professor Auxiliar, bem como a carga horária a ser cumprida pelos docentes, e a Resolução CONSUN n 7/2006, de 24 de janeiro de 2006 editou as normas de concurso público para provimento dos cargos de professor adjunto na UERGS a ser realizado em 4 (quatro) fases: (a) prova escrita, (b) prova de títulos, (c) prova didática e (d) prova de defesa da produção intelectual.

Em 04 e 05 de maio de 2006, a Universidade publicou editais de abertura de concurso público para contratação de 41 (quarenta e um) professores adjuntos, em diferentes áreas do conhecimento, para lotação nos 7 (sete) Centros Regionais da UERGS englobando 29 (vinte e nove) Unidades de Ensino em cidades diferentes.

No dia 15 de maio de 2006 foram publicados novos Editais, oferecendo mais 41 (quarenta e um) empregos de professor assistente, a serem providos mediante concurso público de ingresso.

A Lei Estadual n 12.235, de 15 de janeiro de 2005, que instituiu o Quadro de Empregos Permanentes da Universidade, criou 300 (trezentos) empregos de professor. Os concursos no entanto têm de ser efetuados paulatinamente, devido à diversidade de disciplinas e porque exigem um nível de grande especialização dos candidatos, a fim de

que a UERGS possa selecionar professores realmente capacitados para compor seu corpo docente. Por este motivo estão sendo selecionados nesta primeira etapa 82 (oitenta e dois) professores e, até que possa ser implantado o quadro definitivo, a Universidade tem necessidade da colaboração dos docentes admitidos em caráter emergencial, a fim de dar continuidade aos serviços que oferece à comunidade escolar mas, à medida que os concursos públicos vierem a ser concluídos, os contratos temporários serão gradativamente rescindidos ou não serão prorrogados.

Em síntese:

a) a Universidade já realizou concurso público para contratação em caráter definitivo dos servidores técnicos e administrativos. Os contratos temporários destas categorias de servidores (técnicos e administrativos) não estão sendo renovados.

b) quanto ao corpo docente, encontram-se em andamento diversos concursos públicos para provimento de 41 (quarenta e um) empregos de professor adjunto e de 41 (quarenta e um) empregos de professor assistente, para diversas áreas de conhecimento, com lotação nos centros regionais da UERGS, compreendendo unidades de ensino em 29 (vinte e nove) municípios distintos.

c) os contratos temporários de docentes serão rescindidos ou não serão renovados na medida em que, concluídos os concursos, vierem a ser contratados professores em caráter efetivo.

Como se viu, é transparente a necessidade de manutenção dos contratos temporários até que integralmente composto o quadro docente por profissionais aprovados no concurso público de provas e títulos que ora se desenvolve.

E a aprovação do quadro de pessoal e abertura de concurso público nada mais demonstra que o esforço do Governo do Estado para suprir as necessidades da Universidade sem interromper a continuidade do serviço de extrema relevância por ela prestado.

A defesa jurídica material da norma apontada como inconstitucional será exercitada no prazo assinado, o que não obsta tecer algumas considerações.

Como exceção à regra constitucional do concurso público, a contratação temporária tem como pressuposto não apenas a excepcionalidade, mas a temporariedade da função a ser desempenhada, de modo a evitar a burla ao concurso público com a contratação emergencial de pessoas para atividades de natureza permanente.

Há que se lembrar, entretanto, que a própria Constituição atribui ao Executivo a realização do bem comum, seja com a manutenção da saúde, prestação da educação, preservação do ambiente, segurança e tantos outros aspectos necessários à vida em sociedade.

A atividade estatal, então, a par de complexa, é inesgotável, não termina com a prestação total de uma das garantias a alguma pessoa; é incessante, variável e mutante, conforme fatores econômicos, naturais e políticos, locais ou internacionais.

Assim, propôs-se o Executivo gaúcho a proporcionar o ensino superior gratuito e, amparado na colaboração do Legislativo, obteve êxito na criação e implementação da UERGS.

Alguém haverá de indagar sobre o lapso decorrido entre a criação e a efetivação do quadro de pessoal com a realização de concurso público. Tal é resultado de uma associação de contingências, como o cuidado devido à integração do aluno com necessidades especiais e ao ensino fundamental e médio, apenas para não desbordar do tópico educação.

Ainda, atividade estatal teve continuidade mesmo com a mudança política na condução do Estado, mantendo-se os contratados emergencialmente para a docência por sua própria titulação e competência, o que afasta, de pronto, velada insinuação sobre a utilização dos contratos na UERGS para fins escusos.

Com certeza não é dado ao administrador justificar a ausência, mesmo que temporária, de prestação de serviço ou garantia de direito. A realidade, no entanto, algumas vezes se sobrepõe ao desejado e algumas ações não podem ser levadas a efeito com a presteza almejada.

Surge, então, diante dos olhos, um fio tênue representando o dever de escolha imposto ao administrador: se não lhe é permitido — e nem desejável — esquivar-se da lei e a escassez de recursos impõe que resolva qual atividade estatal será levada a efeito, é na própria lei maior que terá a resposta para a ação a ser implementada.

Não se questiona que para quem fiscaliza baste a constatação de um fato. Ao Judiciário, entretanto, incumbe verificar todos os elementos formadores desse fato, não apenas o substrato legal, mas os fatores que levaram o administrador, em dado momento, a agir de tal ou qual forma. Daí não existir mero aplicador de lei, mas a responsabilidade de ler a lei e o fato social, daí extraindo a melhor decisão.

Na prática, o problema posto diz com a manutenção ou não dos contratos emergenciais dos docentes atualmente em atividade na UERGS e a complementação numérica, através de novas contratações, para manter as turmas que vão alcançando níveis mais adiantados.

Esclarecendo: mantém-se a contratação ou suspende-se o ensino até contratação dos professores aprovados no concurso público que está na fase inicial?

Claro que tudo sofrera o crivo da adequação da norma impugnada ao texto da Constituição Estadual que, no ponto, repete o quanto consta da Constituição Federal.

E se ao administrador não é dado justificar seus atos nas consequências que de seu desfazimento podem advir, também à sociedade não é possível atribuir tal responsabilidade.

Nessa direção caminha o Supremo Tribunal Federal, como demonstra a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88.

1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 197-206, jul./dez. 2005

necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permante.

2. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal.

3. Ação direta julgada improcedente.

(ADIn n. 3.068-0 DF, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, j. 25-ago-2004.)

Não raro situações como essa acontecem: a espada se desloca de sobre a cabeça de Dionísio para pairar sobre Dâmocles: se antes o administrador teve a difícil tarefa de escolher entre implementar ou postergar o ensino superior gratuito no Estado, agora ao julgador impõe-se que decida entre sua suspensão ou manutenção. O conflito é inadiável: prestigia-se o concurso público ou a continuidade do serviço público?

Mas nessa análise é fundamental considerar que a implantação da Universidade, contratação de pessoal de apoio e docentes, contou com respaldo legislativo, estando todos os atos sujeitos ao controle interno e externo. Em conclusão: a norma impugnada encontra adequação fática e formal aos valores postos no ordenameiito jurídico pátrio, constitucional e infraconstitucional.

Essas as informações que nos cabia prestar.

Porto Alegre, 1 de junho de 2006.

HELENA MARIA SILVA COELHO
Procuradora-Geral do Estado

KARLA LUIZ SCHIRMER
Procuradora do Estado
OAB/RS n 30.175

PARECERES

PARECER Nº 14.531

Alienação de imóveis pela Administração Pública. Impossibilidade, na atual sistemática legislativa, de pagamento da oferta com créditos de precatórios por ofensa ao princípio da legalidade e da observância da ordem cronológica no pagamento dos precatórios.

Senhora Procuradora-Geral:

Vem a esta Procuradoria-Geral do Estado consulta subscrita pelo Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos Substituto, indagando acerca da possibilidade de serem utilizados créditos de precatórios como pagamento de imóveis a serem alienados pelo Poder Executivo.

O expediente administrativo foi instaurado com solicitação de informações à Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos (SARH), em especial, para orientar acerca da possibilidade de *“aceitar créditos de precatórios como pagamento dos imóveis a serem alienados, atentando, no caso particular, para o artigo 11, inciso II, da Lei Estadual número 10.959/97 e, no geral, quanto ao disposto nas demais leis que autorizam a alienação de imóveis via licitação, quais sejam as de números 10.721/96, 10.928/97”*.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica da SARH, após comentar acerca do alcance das Leis Estaduais nº 10.721/96, nº 10.928/97 e nº 10.959/97, bem como referir sobre a tramitação do Projeto de Lei nº 85/2005, de autoria do Deputado Gerson Brumann, o qual tem por objeto permitir *“a toda pessoa física ou jurídica, que seja credora em precatório, adquirir com estes créditos, imóveis a serem alienados pelo Poder Executivo”*, solicita que a consulta seja apreciada pela Procuradoria-Geral do Estado, consignando que a deliberação sobre a matéria posta em apreciação traz em seu bojo complexidade e produção de efeitos que extrapolam as competências da Assessoria Jurídica da SARH.

Encaminhado o presente expediente ao Senhor Secretário da Administração e dos Recursos Humanos Substituto, este ratifica os termos da consulta e determina sua remessa à Procuradoria-Geral do Estado, para apreciação.

É o relatório.

Como se percebe do relato acima desenvolvido, o objeto da consulta limita-se em examinar a possibilidade de se aceitar créditos de precatórios como pagamento de imóveis a serem alienados pelo Poder Executivo.

Inicialmente, deve-se ter presente que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, segundo o qual, o administrador somente pode agir de acordo com aquilo que está previamente autorizado pela lei, divergindo das relações entre particulares, uma vez que, por força da autonomia da vontade, a eles é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio de legalidade é caracterizado como o da completa submissão da Administração às leis, senão veja-se:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.¹

No caso em apreço, a venda de imóveis pela Administração Pública, por ser uma forma de contratação administrativa, deve observar as normas constitucionais disciplinadas nos art. 22, XXVII e art. 37, XXI, da Constituição Federal, que assim rezam:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1, III;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nota-se que em caso de licitação e contratação pública, compete à União estabelecer normas gerais, em todas suas modalidades, devendo ser resguardada a igualdade de condições a todos os concorrentes e a obrigatoriedade de pagamento.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 59-60.

É cediço que a norma contida no art. 22, XVII, da Constituição Federal, em que pese a omissão no seu texto constitucional, também deve observar o disposto no art. 24 e seus parágrafos do mesmo diploma constitucional, que aduz:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Sobre o tema, importante destacar a lição de José Afonso da Silva:

Por outro lado, foi omissa, quando deu à União competência privativa para legislar sobre *normas gerais*: a) de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpo de bombeiros (art. 22, XXI); b) de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (art. 22, XXVII). No entanto, não inseriu a matéria no art. 24, para indicar que Estados podem legislar também sobre essas matérias, como fez, p. ex., relativamente à polícia civil. Não é, porém, por que não consta na competência comum que Estados e Distrito Federal (este não sobre polícia militar, que não é dele) não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que, nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre *normas gerais* não exclui (na verdade até pressupõe) a competência *suplementar* dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as *normas gerais* indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da *legislação principiológica* (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.”²

Ao seu tempo, a Lei Federal nº 8.666/93 estabeleceu as normas gerais para a licitação e contratação pública, destacando-se, em seu art. 3º, que esse procedimento se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

No art. 17 da Lei de Licitações, há expressa previsão que a alienação de bens imóveis pela Administração Pública será precedida de avaliação e de licitação na modalidade de concorrência, cuja habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação, nos termos do art. 18.

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, pp. 439-440.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

Ainda, o art. 45 da Lei nº 8.666/93 aduz que a concorrência para alienação de bens imóveis da Administração Pública deverá ser realizada pelo tipo de maior lance ou oferta.

De outra senda, o art. 53 da Lei de Licitações e Contratos aduz que os bens arrematados no leilão (para venda de bens móveis ou de imóveis referidos no art. 19) deverão ser pagos à vista, ou no percentual não inferior a 5%, obrigando-se ao pagamento do valor remanescente no prazo estipulado no respectivo edital.

O insigne doutrinador Marçal Justen Filho, ao analisar o dispositivo em voga, assevera que:

4) Condições de Pagamento do Preço e Recebimento da Coisa
Caberá ao edital estabelecer as condições de pagamento do preço. Seria desejável (mas não obrigatório) o pagamento integral à vista, para evitar futuros litígios para a Administração. O edital pode estabelecer uma entrada não inferior a cinco por cento, determinando prazo para complementação do preço.³

Conforme se observa, as normas genéricas que tratam do procedimento licitatório em nenhum momento contemplam a hipótese de pagamento do valor da oferta pelo imóvel por meio de créditos decorrentes de precatórios.

Cumpre anotar que o Código Civil, em seu art. 315, estabelece que as dívidas em dinheiro devem ser pagas no seu vencimento, em moeda corrente e pelo seu valor nominal. Logo, da oferta apresentada na concorrência ou no leilão advém uma dívida em dinheiro (honrar o valor da oferta), a qual deve ser paga em moeda corrente.

Aliás, o precatório caracteriza-se como um direito de crédito que se espera receber do ente público em momento futuro, não correspondendo a dinheiro, exigência contida no Código Civil para pagamento das dívidas dessa natureza.

Sobre o tema, interessante a lição de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, a seguir transcrita:

É incorreta, logo, a afirmação encontrada em alguns arestos, de que a nomeação à penhora de precatório deve ser aceita “como se dinheiro fosse”, porquanto o direito de crédito não tem a eficácia liberatória da moeda corrente e a mera existência do precatório não implica disponibilidade imediata de quantia em dinheiro, como ressaltado por acórdão do TJSP, aplicando-se, pois, ainda que com temperamentos, as justificativas fornecidas por Liebman para a inclusão dos *direitos e ações* em último lugar na gradação legal: ‘Isso porque a lei não pode deixar de considerar que, no momento atual, eles representam apenas a expectativa de um bem que se espera receber em tempo futuro, expectativa cujo fundamento e cuja realização dependem de muitas e variadas circunstâncias de caráter jurídico, econômico e até pessoal. Com efeito, em razão do prazo a que podem estar sujeitos, e das demoras a que pode dar lugar a cobrança, a obtenção do bem que forma o seu objeto pode requerer espera mais ou menos longa. Além disso, é incerto o resultado que a cobrança poderá dar, dependendo a disposição do terceiro em satisfazer a sua

³ FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004 p.476.

obrigação e de seu estado de maior ou menor solvência. Todas essas circunstâncias, sem tirar ao direito, considerado como bem econômico, todo o seu valor, concorrem porém para depreciá-lo e para tornar difícil e incerta a sua avaliação, rebaixando correspondentemente a sua procura nas praças públicas.¹

Deveras, a expedição do precatório, por si só, não configura pagamento da dívida, tanto que admitida a sua penhora e prosseguindo o processo de execução, deverá o precatório (*rectius*, direito de crédito) ser transformado em dinheiro, através da realização de leilão, para que o produto do ato de alienação judicial seja entregue ao credor.⁴

Idêntico o entendimento jurisprudencial, *ex vi* da seguinte ementa:

CIVIL. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM LICITAÇÃO. PRETENSÃO DE EFETUAR O PAGAMENTO COM PRECATÓRIO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

Os precatórios judiciais não são moeda corrente, cuidando-se de créditos reconhecidos judicialmente que futuramente serão convertidos na moeda, observados os comandos insertos no art. 100, da CF/88. Em não se tratando de moeda corrente e ante a inexistência de previsão legal para utilização dos precatórios no presente caso, a apelada não poderia ser obrigada a aceitá-los como forma de pagamento do preço equivalente aos imóveis porventura adquiridos pela apelante.⁵

Então, enquanto vigentes as normas acima invocadas, inviável mostra-se o pagamento de imóveis alienados pela Administração Pública com créditos decorrentes de precatórios, porquanto tal instituto não se caracteriza como dinheiro.

De outro lado, destaca-se que a legislação estadual não estabeleceu normas gerais ou específicas acerca de licitações e contratos, mas, ainda que fizesse, nos termos do art. 24 da Constituição Federal, não poderia contrariar as normas gerais contidas na legislação federal.

Não obstante, tanto a Lei Estadual nº 10.721/96⁶ como a Lei Estadual nº 10.928/97⁷ fazem previsão expressa de que o produto da alienação dos imóveis referidos nas respectivas leis será destinado à aquisição de imóveis necessários ao serviço público estadual ou a obras de conservação e/ou reforma do patrimônio do Estado, o que se mostra absolutamente incompatível com a aceitação de precatório para pagamento da oferta, uma vez que a sua mera existência não implica disponibilidade imediata de quantia em dinheiro para atender à finalidade das aludidas normas estaduais.

⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Revista Dialética de Direito Processual - v. 26 pp. 13-14.

⁵ Apelação Cível nº 2003.01.1.008168-8, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Desembargador Waldir Leônicio Júnior julgamento: 31/05/04.

⁶ "Art. 2º - O produto da alienação dos imóveis, constantes dos Anexos 1 e 2, destinar-se-á à aquisição de imóveis necessários aos serviços públicos ou às obras de conservação e/ou reforma do Patrimônio do Estado".

⁷ "Art. 2º - O produto da alienação dos imóveis referidos no artigo anterior será destinado à aquisição de imóveis necessários ao serviço público estadual ou a obras de conservação e/ou reforma do patrimônio do Estado".

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

Igualmente, a Lei Estadual nº 10.959/97, em seu art. 11, II⁸, não autoriza a aquisição de imóveis alienados pelo Estado do Rio Grande do Sul com créditos decorrentes de precatórios, uma vez que se restringe a autorizar o uso dos imóveis lá referidos para dação em pagamento ou em garantia de dívidas do Estado ou de obrigações por ele assumidas.

Com efeito, a previsão contida na Lei Estadual nº 10.959/97 diz respeito às obrigações extrajudiciais assumidas pelo Estado do Rio Grande do Sul, não abrangendo as dívidas oriundas de decisões judiciais, pois estas devem ser satisfeitas na forma prevista pelo art. 100 da Constituição Federal, inexistindo a hipótese de pagamento de precatório por meio de dação em pagamento.

A título de argumentação, caso se pretenda utilizar os imóveis pertencentes a extinta Caixa Econômica Estadual para pagamento de precatórios, o procedimento correto será, primeiramente, aliená-los na forma prevista no art. 11, IV, da Lei Estadual nº 10.959/97 e, com o produto da alienação, quitar os precatórios na sua ordem cronológica, conforme dispõe o *caput* do art. 100 da Constituição Federal, o qual será melhor abordado adiante.

Outrossim, faz-se mister sublinhar que a utilização de créditos de precatórios para aquisição de bens imóveis leiloados pelo Estado do Rio Grande do Sul equivale à compensação, uma vez que, nesse caso, as obrigações seriam extintas por meio do encontro de dois créditos recíprocos entre as mesmas partes.

Maria Helena Diniz, fazendo um breve histórico do instituto da compensação, ensina:

O termo compensação deriva etimologicamente do substantivo latino *compensatio*, *onis*, significando *compensação*, *balança*, *remuneração*, que se origina do verbo latino *compensare*, ou seja *compensar*, *remunerar*, *colocar em balança*, *contrabalançar*, que, por sua vez, advém de *compendere*, isto é *pesar com*, *pesar juntamente*. Os dois verbos apresentam como prefixo a preposição *com* (*cum pensare* e *cum pendere* no sentido de *pesar com*, de *pesar ao mesmo tempo nos pratos de uma balança*). Isto porque, para medida comum de valor, os romanos se utilizavam de metais que precisavam ser pesados, pois naquela época não traziam o seu valor marcado por qualquer sinal. Esse balanceamento, diz Serpa Lopes, é reproduzido na compensação, na qual se pesam e contrapesam o crédito e o débito de um com o crédito e o débito de outro, ambos interligados a esses dois ativos e passivos. A compensação evoca a imagem de uma balança, como se, em seus pratos, fossem pesadas as obrigações até o igualamento das posições.⁹

Entretanto, o instituto da compensação possui restrições quando oposta em face dos entes públicos. De fato, o art. 54 da Lei 4.320/64 veda a compensação com direito creditório contra a Fazenda Pública, senão veja-se:

⁸ "Art. 11 - Os bens móveis e imóveis que atualmente pertencem à Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, que não forem utilizados pela Caixa Estadual S.A. - Agência de Desenvolvimento, poderão ter as seguintes destinações, a critério do Poder Executivo: I - ser cedidos a órgãos da administração direta ou indireta que deles necessitem; II - ser utilizados para dação em pagamento ou em garantia de dívidas do Estado ou de obrigações por ele assumidas; III - ser incorporados ao patrimônio do Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BANRISUL; IV - ser alienados, mediante procedimento licitatório, nos termos da Lei."

⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pp.297/298.

“Art. 54. Não será admitida a compensação da observação de recolher rendas ou receitas com direito creditório contra a Fazenda Pública.”

Não se desconhece o fato do Código Tributário Nacional, em seu art. 170, admitir a compensação com direito creditório contra a Fazenda Pública, na hipótese de existir lei autorizando. Todavia, no caso objeto da presente consulta, o crédito do ente público é de origem não-tributária, não sendo alcançado, pois, pela norma tributária.

João Luiz de Moraes Barreto, ao interpretar o art. 54 da Lei nº 4.320/64, assim ensina:

De ampla divulgação entre os que lidavam com as Finanças Públicas no Brasil, eis que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro aplicáveis à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, a Lei 4.320/64, em seu art. 54, constituiu verdadeira pá de clã na compensação de débitos fiscais, estendendo a proibição às três categorias de Governo e impossibilitando a legislação estadual e a municipal de ressaltarem casos expressos de encontro de contas.

Tanto estavam os administradores fazendários do País certos da inaplicabilidade da compensação no setor público, que poucos se aperceberam de que o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), entre as normas de direito tributário que estabeleceu, também aplicáveis à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, revogou tacitamente parte do art. 54 da Lei 4.320/64, ao facultar a compensação de créditos tributários como créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170).

A revogação foi tácita, porquanto o art. 170 da lei posterior (Lei nº 5.172/66) é incompatível com o art. 54 da lei anterior (Lei 4.320/64), hipótese de revogação prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942); foi parcial porquanto se restringiu à compensação de créditos tributários, não se aplicando, *ipso facto*, às receitas públicas de outra natureza que, malgrado a repulsa da doutrina e o tradicionalismo histórico, continuam sob a égide do art. 54 da Lei 4.320/64.¹⁰

Similar o entendimento de Antônio Flávio de Oliveira:

Agrava-se a situação ao se contrapor às leis autorizadoras de tais compensações as regras que vedam esse procedimento, tais como o art. 54 da Lei nº 4.320/1964, que continuam plenamente vigentes e, por disporem sobre regras gerais, não podem ser consideradas como revogadas pelas disposições locais, o que torna duplamente irregular a realização de tais compensações. (...)

Não obstante regramento autorizador da compensação, contido no CTN, ser mais recente do que aquele que a veda, há que se ressaltar que a ordem legislativa emanada do Código Tributário apenas autorizou a compensação de créditos tributários, razão pela qual somente se fez

¹⁰ BARRETO, João Luiz de Moraes. A compensação no direito tributário, in Revista de Administração Municipal, Rio de Janeiro, v. 18, nº 105, pp. 7-32.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

possível a compensação autorizada pelo CTN quando se tratar o débito do particular, que busca a compensação, de dívida referente a tributos.

Quanto às dívidas existentes para com a Fazenda, cuja origem não seja tributária, a estas se aplica o disposto no art. 54 da Lei nº 4.320/1964, seja porque o CTN no art. 170 fez referência apenas a créditos tributários, ao autorizar a compensação, seja pela incidência do princípio da especialidade, segundo o qual *lex generali non derogat lexi speciali*.¹¹

Destarte, diante da atual vedação legal acerca da compensação com direitos creditórios contra a Fazenda Pública, inviável se apresenta a aquisição de imóveis da Administração Pública com créditos decorrentes de precatórios.

Por outro turno, ainda que superada a vedação contida no art. 54 da Lei nº 4.320/64, o que se admite apenas para fins de argumentação, a compensação pretendida seria inexecutável, por implicar em ofensa à ordem cronológica no pagamento dos precatórios, consoante se passa a demonstrar.

Como é sabido, na execução por quantia certa contra as pessoas jurídicas de direito público, cujo patrimônio está sujeito ao regime dos bens públicos, não se pode utilizar o procedimento consistente na apreensão e expropriação forçada, justamente porque os bens que lhes pertencem não são suscetíveis de alienação, salvo nos casos e na forma previstos em lei.

Assim, para a satisfação dos débitos decorrentes de condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, aplica-se o procedimento previsto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, c/c art. 100 da Constituição Federal, por meio do qual ficam as entidades de direito público obrigadas a reservar, nos respectivos orçamentos, dotações suficientes para atender aos pagamentos de débitos oriundos de sentenças judiciais, de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, a fim de assegurar isonomia entre os credores.

Precatório, portanto, equivale a uma requisição de pagamento emitida pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda, por meio do qual a Fazenda Pública obriga-se a inserir no seu orçamento anual valores necessários ao adimplemento das respectivas requisições, a ser efetuado exclusivamente na sua ordem cronológica de apresentação, nos termos do *caput* do art. 100 da Constituição Federal.

Destarte, tendo em vista que a compensação significaria pagamento indireto da obrigação, eventual utilização de créditos decorrentes de precatório para aquisição de imóveis nas alienações realizadas pela Administração Pública, na hipótese do adquirente não figurar em primeiro lugar na ordem cronológica, implicaria em subversão da ordem de pagamento, o que é vedado pela norma constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar situação idêntica a da presente consulta, entendeu pela impossibilidade de compensação de créditos contra a Fazenda Pública, consoante atesta o seguinte julgado:

¹¹ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. "Precatórios". Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 80 e 94.

ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PERMISSÃO COM CRÉDITOS CONSTANTES DE PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (DF). IMPOSSIBILIDADE.

1. O pagamento das dívidas da Fazenda Pública decorrentes de sentenças judiciais está submetido a regime próprio, estabelecido no art. 100 da Constituição, mediante precatório. Sendo esse o modo normal de pagamento daquelas dívidas, não lhes são aplicáveis, ainda mais quando não autorizados expressamente pelo legislador, os institutos de direito privado que possam comprometer o regime constitucional, nomeadamente os que se dizem respeito à previsão orçamentária (art. 100, § 1º) e à ordem de precedência (§ 2º).

2. Não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios judiciais com débitos não-tributários da Fazenda Pública. Aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito administrativo, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar. Isso ficaria mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganharia um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º).

3. Recurso especial improvido.¹²

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.405, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, concedeu medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 5º e 6º da Lei Estadual nº 11.475/00, por ofensa aparente da ordem cronológica no pagamento dos precatórios.

Eis o teor de parte da ementa da aludida ADI nº 2.405:

Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. (...) V - Precatório e cessão de crédito tributário: plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 100, da CF, pelos arts. 5º e seu parágrafo único e 6º, ambos da lei impugnada, que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos: deferimento da suspensão cautelar dos mencionados preceitos legais. (...) ¹³

¹² REsp 586172/DF; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; Relator p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA; Julgamento 06/04/2006; DJ 02.05.2006.

¹³ ADI-MC 2405/RS; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator: Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 06/11/2002; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 17-02-2006.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

Como se percebe, também diante da atual redação do *caput* do art. 100 da Constituição Federal, mostra-se inadmissível a compensação de créditos decorrentes de precatórios contra a Fazenda Pública, conforme entendimento uníssono tanto do Superior Tribunal de Justiça, como do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, cabe destacar que o Projeto de Lei Estadual nº 85/2005, de autoria do Deputado Gerson Burmann, que dispõe sobre a utilização de créditos de precatórios para a aquisição de imóveis alienados pelo Poder Executivo, não foi abordado na presente consulta, pois, além de ser de duvidosa constitucionalidade, conforme entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, foi objeto de parecer contrário na Comissão de Constituição e Justiça, exarado pelo Deputado Jair Soares em 18/04/2006.

ANTE O EXPOSTO, o parecer é pela impossibilidade de aceitação de créditos decorrentes de precatórios para aquisição de imóveis alienados pelo Estado do Rio Grande do Sul, seja diante da ausência de previsão nas normas gerais de licitação, seja diante da vedação expressa contida no art. 54 da Lei 4.320/64, seja diante da ofensa à ordem cronológica no pagamento dos precatórios.

Este é o parecer.

À sua consideração.

Porto Alegre, 4 de maio de 2006.

Cristiano Xavier Bayne,
Dirigente da Equipe Cível da PEP.

Processo nº 000575-24.00/06-2

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.531, da Procuradoria de Execuções e Precatórios, de autoria do Procurador do Estado Doutor CRISTIANO XAVIER BAYNE.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 17 de julho de 2006.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;

b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;

c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;

d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 209-221, jul./dez. 2005

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom

em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhadas da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vanin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica - IIJ (atualmente denominado Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional - PIDAP). Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. A correspondência deve ser dirigida para Av. Borges de Medeiros, nº 1501 - 13º andar (CAERGS) em Porto Alegre - RS.

